FERNANDO DA COSTA
TOURINHO FILHO

PROCESSO PENAL

32ª edição

3

Editora Saraiva

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

PROCESSO PENAL

3º VOLUME

21ª edição

revista e atualizada

1999

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tourinho Filho, Fernando da Costa, 1928-

Processo penal 1 Fernando da Costa Tourinho Filho. - 21. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 1999.

Obra em 4 v.

Bibliografia.

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

98-5620

CDU-343.1

índice para catálogo sistemático:

1. Processo penal : Direito penal

343.1

3984

Edi~a

PO Saraiva

Avenida Marquês de SãoVicente, 1697-CEP 01139-904-Tel.: PABX (011) 861-3344-Barra Funda

Caixa Postal 2362 -Telex: 1126789- Fax (011) 861-3308- FaxVendas: (011) 861-3268-S.Paulo- SP

Endereço Internet: httpllwww saraiva. com.br

Distribuidores Regionais

AMAZONASIRONDÔNIAIRORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 - Centro

Fone/Fax: (092) 633-42271633-4782

Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dárea, 23 - Brotas

Fone: (071) 381-5854 / 381-5895

Fax: (07 1) P81-0959 - Salvador

BAURUISAQ PAULO

Rua Monsenhor Claro, 2-55 - Centro

Fone: (014) 234-5643 - Fax: (014) 234-7401

Bauru

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. 13 - Loja 97 - Setor Industrial Gráfico Fone: (061) 344-29201344-2951

Fax: S061) 344-1709 - Brasilia

GOIASITOCANTINS

Rua 70, 661 - Setor Central

Fone: (062) 225-28821212-2806

Fax: (062) 224-3016 - Goiània

MATO GROSSO DO SULIMATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 - Centro

Fone: (067) 782-3682 - Fax: (067) 782-0112

Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Padre Eustáquio, 2818 - Padre Eustáquio

Fone: (031) 464-34991464-3309

Fax: (031) 462-2051 - Belo Horizonte

PARÁIAMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 - C.P.: 777 Batista Campos Fone: (091) 222-9034

Fax: (091) 224-4817 - Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Alferes Poli, 2723 - Parolin

Fone/Fax: (041) 332-4894

Curifiba

PERNAMBUCO/PARAIÍBAIR. G. DO NORTE/

ALAGOASICEARÁIPIAUí/MARANHÃO

Rua Gervásio Pires, 826 - Boa Vista

Fone: (081) 421-4246

Fax: (081) 421-4510 - Recife

RIBEIRAO PRETOISÃO PAULO

Rua Padre Feijó, 373 - Vila Tibério

Fone: (016) 610-5843

Fax: (016) 610-8284 - Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPIRITO SANTO

Av. Marechal Rondon, 2231 - Sampaio

Fone: (021) 501-7149 - Fax: (021) 201-7248

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 - São Geraldo

Fone: (051) 343-14671343-75631343-7469

Fax: (051) 343-2986 - Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697

(antiga Av. dos Emissários) - Barra Funda

Fone: PABX (011) 861-3344 - São Paulo

1

A Sheyla, Hans Marcos, Fernando Erik e Sofia Stephanie, rneus netos.

0 AUTOR

.p

Indice

1.Noçõesgerais

CAPíTULo 33

RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS

1

3

3

4

2. Coisas que podem ser apreendidas

1

3. Coisas que não podem ser apreendidas

.....

4. Restituição: objetos restituíveis, oportunidade, procedimento ....

5. Coisas que podem e que não podem ser restituídas. Instrumentos do crime

.....

.....

6. A apreensão na hipótese do art. 19 da LCP

.....

7. Produtos diretos e indiretos do crime

.....

8. Restituição feita pela Autoridade Policial

.....

9. Restituição feita pelo Juiz criminal 11

10. Direito do terceiro de boa-fé

.....

11. Restituição de coisas facilmente deterioráveis

.....

12. Coisas adquiridas com os proventos do crime

.....

13. A concessão de porte

.....

14. Destino dos objetos apreendidos

.....

15. Coisas apreendidas em face de contrabando ou descaminho .....

16. 0 art. 34 da Lei n. 6.368, de 21-10-1976 .....

CAPíTULo 34

DAS MEDIDAS ASSECURATóRIAS

10

13 13 16 18 21 23

1. Generalidades 25

2. Medidas precautórías penais

..... 3.

Restituição, ressarcimento e reparação

.....

4. 0 ofendido e as medidas assecuratórias

.....

5. 0 seqüestro

.....

.....

6. Embargos ao seqüestro

.....

7. Levantamento do seqüestro

.....

8. Seqüestro de móveis

.....

9. Sentença penal condenatória

.....

10. Hipoteca legal

.....

..... 11. Pressupostos

.....

..... 12. Medida preventiva

.....

.. 13. Liquidação definitiva

.....

14. Absolvição

.....

..... 15.

16.

17.

Seqüestro (arresto) de móveis

.....

Bens fungíveis

.....

.....

Responsável civil

.....

....

CAPíTULo 35

DO INCIDENTE DE FALSIDADE

1. Origem da palavra documento

..... 2. Razão de ser do incidente

.....

3. Súmula do incidente 1

4. Procedimento .

5. A remessa ao Ministério Público

.....

6. Faz coisa julgada a decisão?

.....

7. Legitimidade

.....

.....

8. 0 Juiz poderá suscitar?

.....

9. 0 processo principal ficará suspenso?

.....

CAPíTULo 36

DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO

1.0 ....

.....

2.Aantijuridicidade

26 27 27 28 31 33 35 35 37 38

41 42 43 44

46 47

49 50 51 52 53 54 54 55 56

57 58

3. A culpabilidade

.....

..... 4. A imputabilidade

.....

.... 5. A importância do exame

..... 6.

Critérios para se aferir a ínímputabilidade

..... 7. Os menores de 18 anos S. Os amentais

9. A embriaguez

.....

.....

10. Critério biopsicológico

.....

11. Comprovação da inimputabilidade

.....

12. Oportunidade para o exame de sanidade

.....

13. Legitimidade

.....

..... 14. Procedimento

15. Quesitos

.....

..... 16. A doença mental antes e depois da infração

..... 17. Não-vinculação do Juiz à perícia

.....

CAPíTULo 37

DOS FATOS E ATOS PROCESSUAIS

I. Noções gerais. Fato e ato processuais .

.....

2. Os atos processuais. Conceito

.....

3. Critérios para a classificação

.....

4. Atos das partes.,

.....

.....

5. Atos dos Juízes

6. Atos dos Auxiliares da Justiça

.....

7. Atos de terceiros

.....

.....

8. Atos simples, complexos e compostos

.....

9. Termos

.....

.....

W. Audiências

.....

.....

11. Sessões

12. Limites de lugar

.....

.....

13. Limites de forma

.....

....

14. Limites de tempo

.....

....

15. Prazo

16. Preclusão

59 60 60 61 62 62 63 64 65 67

68 68 70 70 71

73 75 75 76 79 80 81 81 82 83 86 86 88 92 92 94

17. Espécies de prazo 97

18. Contagem dos prazos

98

19. Fixação do dies a quo

101

20. Prazos contínuos e peremptórios

104

CAPíTULo 38

DAS NULIDADES

1. Noções preliminares

.....

2. Ato inexistente

.....

.....

3. Atos nulos e irregulares

.....

4. 0 ato inexistente, o ato nulo e a coisa julgada

.....

5. A nulidade

.....

.....

6. Não há nulidade sem prejuízo

.....

7. Irrelevância do ato

.....

..

8. Atos e formalidades essenciais

.....

9. A classificação dos atos e das formalidades

.....

10. A incompetência, suspeição e suborno do Juiz

.....

11. Ilegitimidade de parte

.....

12. A omissão da peça acusatória ou da representação

.....

13. Ausência de corpo de delito

.....

14. Ausência de defensor e curador

.....

15. A falta de intervenção do Ministério Público

.....

16. A falta de citação do réu, do seu interrogatório, quando presente, e dos prazos concedidos à acusação e à defesa

..... 17. A falta de pronúncia, libelo, e entrega da respectiva cópia .....

18. A falta de intimação do réu para a sessão de julgamento, quando não puder ser julgado à revelia

..... 19. A falta de intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade

.....

.....

A falta de quorum para a instalação da sessão do Júri .....

A falta de sorteio dos jurados do Conselho de Sentença em nú mero legal e sua incomunicabilidade

.....

A falta de quesitos e das respectivas respostas

.....

20. 21

22

108

110

112

114

117

118

118

119

125

125

126

127

129

131

133

136

142

144

145

146

147

149

23. A falta de acusação e defesa na sessão de jul ament 24. 25.

9

o .....

A falta de sentença

.....

.

Ausência do recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido

.....

.....

26. A falta de intimação, nas condições estabelecidas na lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso ..... 27.

A falta de quorum nos julgamentos levados a cabo pelo STF e Tribunais de Justiça

.....

28. Nulidades absolutas e relativas no CPP

.....

29. Momento para a argüição da nulidade

.....

30. Poderá o Juiz, sem provocação, conhecer da nulidade? .....

31. Quem pode argüir a nulidade?

.....

32. Modos de sanabilidade

..... 33.

Pode haver nulidade em inquérito?

.....

CAPíTULo 39

DA CITAÇÃO, NOTIFICAÇÃO E INTIMAÇÃO

1 - Considerações gerais

.....

2. Conceito

3.

órgãos da citação

.....

...

4.

Vinculação à instância. Haverá necessidade de se proceder à ci tação na execução?

.....

.

S. Quem pode ser citado

.....

6. Citação de incapazes

.....

7. A citação como garantia individual

.....

S. Pode o réu ser cientificado da acusação, antes da citação? .....

9. Conseqüências do não-atendimento à citação

.....

10. Efeitos da citação válida

.....

11. Espécies de citação

.....

12. Citação por mandado. Requisitos intrínsecos e extrínsecos .....

13. Citação por meio de carta precatória

.....

14. Pode o réu ser ouvido no juízo deprecado?

.....

15. Precatória por telegrama

.....

16. É possível a precatória por telefone?

.....

157

158

160 161 165 167 168 169 170

174 174 174

175 175 176 177 177 178 179 179 180 181 183 187 187

1

17. Citação do militar

.....

... 18. Citação do funcionário público

..... 19. Citação do preso

.....

..... 20. Réu que se encontra no estrangeiro. Como se procede à citação.

A rogatória. Haverá necessidade de legalização consular? 0

art. 210 do CPC

.....

.....

21. Citação em legações estrangeiras

.....

22. A carta de ordem

.....

....

23. Citação ficta. Conceito

.....

24. Citação ficta. Crítica

.....

25. As hipóteses em que se permite a citatio edictalis

.....

26. Se o réu não for encontrado

.....

27. Quando o réu se oculta

.....

28. Quando o lugar em que estiver o citando for inacessível .....

29. Quando incerta a pessoa do citando

.....

30. Quando o réu se encontrar no estrangeiro, em lugar não sabido ..

31. Como se procede à citação por edital?

.....

32. Revelia. Hipóteses. Conseqüências

.....

33. Das notificações e intimações

.....

CAPíTULo 40

DA PROVA

1

XT-A-

2. Prova emprestada

.....

...

3. Liberdade de prova

.....

.

4. Ônus da prova

.....

.....

5. Apreciação das provas

.....

6. Das perícias em geral

.....

7. Realização da perícia

.....

8. Necropsia

.....

.....

9. Exumação

.....

.....

10. Exame complementar

.....

11. Exames dos escritos

.....

12.Examesporprecatória.....

.....

188 188 189

190 191 192 192 193 203 204 206 206 207 207 207 209 212

219 223 224 235 239 242 253 254 256 256 259 261

CAPíTULo 41

DO INTERROGATóRIO

1. Noçoes gerais

.....

.....

2. Necessidade

.....

.....

3. Oportunidade

.....

.....

4. Caracteres

S. Faculdade de não responder

.....

6. Não-participação da defesa

.....

7. Conteúdo

8. Co-réus

9. Oralidade

10. Acusado menor

11. Confissão

12. Força probatória da confissão

.....

13. Divisão

14. Espontaneidade

.....

15. Retratabilidade

16. Divisibilidade

17. Confissão ficta

CAPíTULo 42

OFENDIDO E TESTEMUNHAS

1. Conceito de ofendido ou vítima

.....

2. Ofendido e testemunhas. Sançoes

..... 3. Haverá necessidade de a parte arrolar o ofendido?, ... 4. Valor probatório da palavra do ofendido

.....

5. Conceito de testemunha

..... 6.

Fundamento da prova testemunhal

.....

7. Valor probatório

.....

.....

8. Classificação

.....

.....

9. Caracteres do testemunho

.....

10. Oralidade

.....

.....

11. Objetividade

263 266 269 269 270 272 278 280 280 281 282 283 285 286 286 287 287

289 291 291 293 294 295 295 298 298 299 299

12. Retrospectividade

.....

... 13. Capacidade

.....

.....

14. Dever de depor

.....

.....

15. Exceções ao dever de depor

.....

16. Subdeveres

.....

.....

17. Comparecimento

.....

.....

18. Exceções ao dever de comparecer

.....

19. Sanções

.....

.....

20. Dever de prestar compromisso

.....

21. Ausência de compromisso

.....

22. Importância do compromisso

.....

23. Providências que se tomam quando a testemunha depõe falsamente

.....

.....

24. Depoimento: verificação de identidade; verificação de possível vinculação com as partes; advertência e objeto concreto do depoimento

.....

.....

25. Número de testemunhas

.....

26. Oportunidade para arrolar testemunhas

.....

27. Contradita e argüição de defeito

.....

28. Contradita

.....

.....

29. Argüição de defeito

.....

CAPíTULo 43

RECONHECIMENTO, ACAREAÇÃO E DOCUMENTOS

1. Do reconhecimento de pessoas e coisas

..... 2. Procedimento

.....

..... 3. Reconhecimento de coisas

..... 4. Da acareação

.....

..... 5. Procedimento

.....

..... 6. Qual o valor das acareações?

..... 7. Dos documentos

.....

..... 8. Documentos em sentido estrito

..... 9. Documentos e instrumentos. Instrumentos e papéis

..... 10. Classificação dos documentos

.....

300

300

301

301

306

306

307

309

312

313

314

318

321

323

324

326

327

327

329

331

332

332

333

335

336

337

338

340

11. Momento para a apresentação

..... 12. Quais os documentos que podem ser apresentados? ..... 13.

Providência do Juiz

.....

14. Autenticidade

.....

..... 15. Documentos em língua estrangeira

..... 16. Desentranhamento

.....

.. 17. Dos indícios

.....

.....

CAPíTULo 44

DA BUSCA E APREENSAO

1. Noção geral

.....

..... 2. Oportunidade

.....

..... 3. Iniciativa

.....

..... 4. Sujeito ativo

.....

..... 5. Sujeito passivo

.....

..... 6. Busca domiciliar

.....

..... 7. Inviolabilidade, do domicílio

..... 8. Noção de domicílio

.....

9. Finalidade

.....

.....

10. Apreensão de cartas

.....

11. A enumeração feita pelo § 1.' do art. 240 do CPP é taxativa? .... 12.

Condição de legitimidade

..... 13.

Necessidade de mandado

..... 14.

Quando se procede às buscas e apreensões domiciliares? .....

15. Como se procede às buscas domiciliares?

..... 16. Busca sem mandado

.....

17. Busca com mandado

.....

18. Busca pessoal

.....

..... 19. Finalidade

.....

..... 20. Quem pode realizá-la?

..... 21.

Haverá necessidade de mandado?

..... 22. Busca em mulher

.....

....

23.Adocumentação.....

.....

343 344 344 346 346 346 347

351 352 352 352 353 353 353

356 357 358 359 359 360 362 362 364 366 367 367 367 368 368

24. Poderá ser realizada a busca no escritório do Advogado?

369

25. E nas repartições públicas?

370

26. Apreensão em território sujeito a jurisdição alheia 371

CAPíTULo 45

DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISóRIA

1. Conceito .....

2. Prisão-pena e prisão sem pena

.....

3. A prisão-pena

.....

.....

4. A pena de reclusão. A pena de detenção

.....

5. A prisão-pena nas contravenções

.....

6. Prisão na Lei de Imprensa

.....

7. Prisão-albergue

.....

.....

Prisão sem pena

.....

.....

A prisão cautelar de natureza processual

.....

Princípios constitucionais

.....

Disposições gerais

.....

..

A Autoridade competente

.....

Prisão temporária

.....

....

Aordemescrita.....

.....

8. 9.

10.

li.

12.

13.

14.

15. Duplicata

.....

..... 16. Prisão realizada por mandado

.....

17. Prisão solicitada por precatória

.....

18. Prisão solicitada por telegrama

.....

19. Prisão solicitada por telefone

.....

20. Prisão em outra comarca

.....

21. Custódia

.....

.....

Perseguição material

.....

Realização da prisão por mandado

.....

Momento para a realização da prisão

.....

Inviolabilidade do domicílio

.....

Usodaforça

22.

23.

24.

25.

26.

27. Prisão especial

.....

.....

28.Interpretaçãorestritiva

373

374

374

375

379

380

380

380

381

383

386

387

390

396

399

399

400

400

400

401

402

402

402

403

404

407

409

413

CAPíTULo 46

DA PRISAO EM FLAGRANTE

1. Origem da palavra flagrante..

2. Fundamento

.....

.....

3. 0 flagrante no Direito anterior

.....

4. Natureza jurídica

.....

.....

5. Sujeito ativo

6. Sujeito passivo

.....

.....

7. Flagrante nos crimes de ação penal pública condicionada e nas hipóteses de ação privada

..... 8.

Flagrante nas contravenções

.....

9. Espécies de flagrante

.....

10. Diferenças entre as modalidades de flagrante

.....

11. Infrações permanentes e habituais

.....

12. 0 auto de prisão em flagrante: formalidades, importância das for malidades, prazo para a lavratura do auto

.....

13. A nota de culpa

.....

.....

14. Comunicação da prisão

.....

15. Infração praticada em presença da Autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções

.....

16. Prisão efetuada fora do locus delicti

.....

17. Concessão da liberdade provisória

.....

18. Poderá a Autoridade Policial relaxar a prisão?

.....

19. Flagrante preparado

.....

.

20. Flagrante protelado

.....

..

21.Flagranteforjado

1

CAPíTULo 47

DA PRISÃO PREVENTIVA

1. Noções gerais

.....

.....

2. Espécies

.....

.....

3. Prisão preventiva compulsória

.....

4. Prisão preventiva facultativa

.....

5. Fundamento

.....

.....

6.Pressupostos.....

.....

420 422 423 425 426

429 431 431 435 437

439 446 447

448 450 451 458 458 460 460

461 463 463 467 469 469

7. Momento para a decretação

.....

8. Quem pode decretá-la?

.....

9. Quem poderá requerer a medida?

.....

10. Circunstâncias que autorizam a preventiva

.....

11. As hipóteses legais

.....

..

12. Fundamentação

.....

.....

13. Recursos

.....

.....

14. Proibição

.....

.....

15. Preventiva nas contravenções

.....

16. Revogação

.....

.....

CAPíTULo 48

DA LIBERDADE PROVISóRIA

1. Generalidades

.....

..... 2. Sucedâneos da prisão provisória

..... 3. A prisão domiciliar

.....

.. 4. A liberdade provisória com ou sem fiança

..... 5. Conceito de liberdade provisória

..... 6.

Fundamento

.....

..... 7. Antecedentes

.....

..... 8. Liberdade provisória

.....

9. A liberdade provisória sem fiança, mas vinculada

..... 10. As hipóteses de liberdade provisória vinculada sem fiança .....

11. 0 art. 3 10 do CPP

.....

....

12. 0 parágrafo único do art. 310 do CPP

.....

13. Restrições legais

.....

.....

14. A conversão da liberdade sob fiança em liberdade sem fiança ...

15. Obrigações

.....

.....

16. Recurso

.....

.....

17. Réu pobre

.....

.....

18. Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação

.....

19. Conversão, nos termos do art. 310, parágrafo único

.....

20. Outra hipótese de liberdade provisória sem fiança e sem vinculação

.....

..... 21. Liberdade provisória mediante fiança. As hipóteses legais .....

22.Conceitodefiança.....

.....

470 474 474 475 478 479 481 483 484 484

487 493 495 496 496 497 498 499 500 502 502 503 506 507 509 509 509 513

516

517 521 539

23. Finalidade

.....

..... 24. É definitiva a fiança?

.....

25. Momento para a prestação

..... 26. Quem pode prestá-la?

.....

27. As obrigações do afiançado

..... 28.

Limites da fiança

.....

..... 29. Extinção da fiança

.....

... 30. Quebramento

.....

..... 31. Quem pode decretar o quebramento? Recurso

..... 32. Conseqüências

.....

..... 33. Destino da fiança

.....

..... 34. Liberdade provisória, mesmo quebrada a fiança

..... 35. Perdimento da fiança

.....

36. Conseqüência

.....

..... 37. Recurso

.....

..... 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48.

Cassação da fiança

.....

... Conseqüência

.....

..... Recurso

.....

..... Fiança sem efeito

.....

..... Reforço

.....

..... Autoridade competente para julgar a fiança sem efeito ..... Absolvição

.....

.....

Extinção da punibilidade

.....

Condenação

.....

..... Execução

.....

..... Abolição da fiança

.....

...

CAPíTULo 49

540 540 540 541 542 544 550 550 550 551 552 552 553 553 554 554 555 555

555 556 558 558 558 559 559 559

Lei n. 7.210, de 11-7-1984, que institui a Lei de Execução Penal 563

APÊNDICE

Portaria n. 26, de 14-8-1990 .....

607

BIBLIOGRAFIA

613

capítulo 33

1. Noções gerais

Restituiçao de Coisas

Apreendidas

SUMÁRIO: 1. Noções gerais. 2. Coisas que podem ser apreendidas. 3. Coisas que não podem ser apreendidas. 4. Restituição: objetos restituíveis, oportunidade, procedimento. 5. Coisas que podem e que não podem ser restituídas. Instrumentos do crime. 6. A apreensão na hipótese do art. 19 da LCP. 7. Produtos diretos e indiretos do crime. 8.

Restituição feita pela Autoridade Policial. 9. Restituição feita pelo Juiz criminal. 10. Direito do terceiro de boa-fé. 11. Restituição de coisas facilmente deterioráveis. 12. Coisas adquiridas com os proventos do crime. 13. A concessão de porte. 14. Destino dos objetos apreendidos. 15. Coisas apreendidas em face de contrabando ou descaminho.

16. 0 art. 34 da Lei n. 6.368, de 21-10-1976.

Durante a feitura do inquérito policial, cuja finalidade é a apuração do fato típico e a identificação do respectivo autor, a Autoridade desenvolve intensa atividade,

ouvindo testemunhas, ofendido, indiciado, juntando documentos, procedendo a reconhecimentos e a acareações, determinando a realização de exames periciais,

apreendendo os instrumentos e todos os objetos que tiveram relação com o fato e, enfim,

colhendo todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e da autoria.

Interessa-nos, nesta oportunidade, o problema atinente a apreensão dos instrumenta sceleris e dos objetos que tiverem relação com o fato delituoso. Às vezes, a

apreensão é feita de modo singelo, no próprio locus delicti. As autoridades encarregadas da elucidação do crime encontram, no local onde se verificou o fato típico,

instrumentos utilizados para a prática do ato delituoso e outros objetos que, de certa forma, podem conduzir-lhes à elucidação. Nesse caso, lavra-se um auto de

apreensão, e tais objetos e instrumentos ficam custodiados na Polícia, após liberados pela perícia, nos termos do iric. 11 do art. 6." do CPP, com a redação dada pela

Lei ri. 8.862, de 28-3-1994.

Note-se que a própria lei autoriza essa apreensão, como se constata pela leitura do iric. Il do art. 6.' do CPP. óbvia a razão dessa permissão.

Outras vezes, a apreensão não se faz com tanta facilidade. Urge se realizem diligências nesse sentido. Daí as buscas domiciliares e pessoais, que podem ser

levadas a cabo pela própria Autoridade ou por pessoas a ela subordinadas.

A busca é a diligência que se faz a fim de ser encontrado o que se procura. Havendo êxito, procede-se à apreensão, que vem a ser o objetivo da busca. Daí a

denominação que se dá a essa diligência: busca e apreensão.

A busca e apreensão, grosso modo, é a diligência que se realiza durante a feitura do inquérito. Pode, também, ser realizada antes e até mesmo no curso da

instrução criminal ou após sentença conderiatória. A prisão do réu, por exemplo, é providência normalmente tomada após um decreto de condenação.

Os instrumentos do crime e, enfim, os objetos que tiveram relação com o fato, notadamente os producta sceleris, se apreendidos, acompanham os autos do

inquérito, tal como determina o art. 11 do CPP. Os instrumenta sceleris, na fase policial e, às vezes, durante a instrução, são submetidos a exames periciais para

constatação da sua natureza e eficiência (art. 175). Os producta sceleris são avaliados, em face do que preceituam os arts. 155, § 2.0, 170, 171, §

1.', e 180, § 1% do

CP, porquanto somente assim se poderá aferir da sua pouquidade, para os fins a que se referem aquelas normas penais.

2. Coisas que podem ser apreendidas

0 CPP, no art. 240, § 1.', b, c, d, e, f e h, cuida dos objetos sobre os quais pode incidir a diligência de busca e apreensão. São eles: a) coisas achadas ou obtidas

por meios criminosos; b) os instrumentos de falsificaçao ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; c) armas e munições, instrumentos utilizados na

prática de crime ou destinados a fim delituoso; d) objetos destinados à prova da infração ou à defesa do reu; e) 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;)) qualquer elemento de convicção.

E bem verdade que os arts. 6.', 11, 121, 240, § 2.', e 244 do mesmo diploma aludem a outros objetos. Seriam estes diversos daqueles? A resposta negativa se

impõe. Lendo-se, atentamente, as disposições contidas nas alíneas b, c, d, e, f e h do § 1.' do art. 240 do CPP, conclui- se que elas abrangem aqueloutros.

As coisas obtidas por meios criminosos, referidas na alínea b do § 1.0 do arl 240 do diploma processual penal, são os produtos imediatos, ou diretos, do crime,

isto é, aqueles citados na primeira parte da letra b do iric. 11 do art.

91 do CR A expressão produto, aí, tem um sentido inconfundível: é a própria

coisa obtida por

meio crinúnoso, isto é, o produto direto do crime. Exemplos: o relógio furtado, o dinheiro obtido com o estelionato, o livro indebitamente apropriado etc. Quanto às

cartas, referidas na alínea f do § 1.' do art. 240 do CPP, a nosso juízo não podem ser apreendidas em face do que dispõe o inc. XII do art. 5.' da CF.

3. Coisas que não Podem ser apreendidas

As coisas ou valores que constituam proveito auferido pelo agente com a prática do fato crin-iinoso, mediante sucessiva especificação Oóia feita com o ouro

roubado, corrente feita com a prata furtada), ou conseguidos mediante alienação (dinheiro da venda do objeto furtado, objeto adquirido com o dinheiro furtado), não

podem ser apreendidos. Tampouco os objetos adquiridos com o pretium sceleris, isto é, com o bem ou valor dado ao criminoso como recompensa pelo crime

cometido ou por cometen

Em todos os casos, haverá arresto, ou, na linguagem do legislador processual penal, poderão elas ser seqüestradas, consoante a regra do art. 132 do CPP,

malgrado o disposto no art. 121 do mesmo estatuto. É verdade que este, às expressas, cuida da apreensão das coisas adquiri das com os proventos da infração. Mas,

inquestionavelmente, nessa expressão não se incluem os objetos supracitados. Caso contrário, haveria profunda inconciliabilidade entre as normas dos arts. 121 e 132 do CPP. Há uma antinomia, é verdade. Esta, contudo, é apenas aparente, pois as coisas apreendidas, a que se

refere o art. 121 do CPP, são aquelas que, mesmo que não houvessem sido adquiridas com os proventos da infração, seriam apreensíveis, nos termos do art. 240, § LO,

b, c, d e e do diploma processual penal. Assim, o art. 121 do CPP cuida da hipótese de alguém, com o produto do crime, adquirir mercadoria contrabandeada, coisas

achadas ou obtidas por meio criminoso, coisas apreensíveis enfim. Pense-se na hipótese de alguém furtar R$ 3.000,00 e, com tal quantia, adquirir ampolas de morfina,

armas proibidas, coisas achadas etc.

Poder-se-á dizer que a palavra apreensão, no corpo do art. 121 do CPP, está empregada não só no sentido de ato ou efeito de apreender, como também no de ato

ou efeito de seqüestrar. Afinal de contas, apreensão e seqüestro implicam ato de segurar, agarrar, prender. Notese, ademais, que o seqüestro é a apreensão de bens

móveis, determinada pelo Juiz, desde que haja indícios da sua proveniência ilícita, se não for possível a busca e apreensão. Pelo menos é assim que o legislador

processual penal o considera. Mais ainda: o art. 121 do CPP diz que, no caso de apreensão de coisas adquiridas com os proventos da infração, aplicam-se as regras do

art. 133 e seu parágrafo, estabelecidas, especificamente, para o seqüestro de que cuidamos. Esse argumento reforça o entendimento de que a palavra apreensão,

naquele artigo, tem a exata dimensão que lhe atribuímos. A propósito, veja-se Tornaglii, Coisas adquiridas com os proventos da infração, in Instituições (1. ed., Forense, 1959, v. 5, p. 244).

Não se pode dizer, contudo, que na hipótese de coisas adquiridas com os proventos da infração tanto cabe a apreensão como o seqüestro. Não obstante a

apreensão e o seqüestro visarem à segurança do bem móvel, ambos se sujeitam a disciplinamento diverso. Para o seqüestro, a Autoridade Policial representa ao Juiz

(CPP, art. 127). Na apreensão, age de ofício (CPP, art. 241).

4. Restituição: objetos restituíveis, oportunidade, procedimento Indaga-se: todos os objetos apreendidos podem ser restituídos?

Em princípio sim, principalmente os produtos do crime, pois a sua restituição constitui a maneira mais singela de se proceder à satisfação do dano ex delicto.

Quais os objetos que podem ser restituídos? Em que momento se opera a restituição? Qual o procedimento estabelecido para a devolução, ao interessado, dos

objetos apreendidos?

Dominando o instituto da restituição das coisas apreendidas, há uma regra muito importante que defluí do art. 118 do CPP: antes de transitar em julgado a

sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. A contrario sensu: se não interessarem, poderão. Não se infira da

análise do citado preceito que após o trânsito em julgado da sentença final nada impedirá a restituição. Se as coisas apreendidas se meterem a rol entre aquelas a que se

refere o art. 91, 11, a, do CP (instrumento do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, porte, uso ou detenção constitua fato ilícito), havendo

sentença condenatória com trânsito em julgado, elas passam para a União.

Excepcionalmente, o lesado ou terceiro de boa-fé poderá reclamá-las.

Assim, um Colt 45,

arma privativa do Exército, se furtada de um Oficial, uma vez apreendida, poderá ser restituída. Diz a lei que o terceiro de boa-fé poderá reclamá-

las. Assim, se um

colecionador adquire, mediante preço justo, uma arma proibida empregada na prática de um crime, e que fora obtida mediante fraude, uma vez apreendida, nada

impede possa ele reivindicá-la.

Se o produto do crime for coisa cujo fabrico, uso, porte, alienação ou detenção constitua fato ilícito, apos a condenação trânsita em julgado, como efeito genérico

desta, reverterá para a União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé. Caio subtraiu de um hospital dez ampolas de morfina.

Apreendida a resfurtiva,

não obstante se tratar de coisa confiscável, nos termos do art. 91, 11, b, do CP, aliada à circunstância de se tratar de coisa cujo uso, porte, alienação, fabrico ou

detenção constitui fato ilícito, nada impede sua restituição ao lesado.

Nesse mesmo exemplo, se as ampolas houvessem sido obtidas fraudulentamente e vendidas, por

um preço justo, a um canceroso, apreendida a res em poder deste, nada impediria sua restituição ao terceiro de boa-fé.

E se a sentença for absolutória? Como ficariam os instrumentos do crime ou produtos do crime cujo uso, porte, alienação, fabrico ou detenção constitua fato

ilícito? Anteriormente à reforma penal de 1984, vigorava o art. 779 do CPP, que permitia o confisco desses bens mesmo nos casos de absolvição, impronuncia,

arquivamento ou extinção da punibilidade. Apesar da revogação desse preceito, o princípio nele consubstanciado ali estava ex abundantia, mesmo porque as normas

contidas nos arts. 119,

122 e 124 do CPP seriam suficientes, como continuam sendo. Assim, se houver

sentença absolutória, de impronúncia ou extintiva de punibilidade, aqueles objetos

referidos nos arts. 74 e 100 do CP, segundo a redação primitiva, e que hoje estão previstos nos arts. 91, 11, a e b, do mesmo estatuto, não podem ser restituídos, por

força do art. 119 do CPP, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé. Nem teria sentido fossem apreendidos em poder de um traficante 10

quilos de

cocaína e, em face da extinção da punibilidade pela sua morte, devesse o Estado devolver a substância aos seus herdeiros... Da mesma forma se o traficante fosse

absolvido sob a alegação de não ter sido ele o autor do crime.

0 CP faz referência também, no art. 91, 11, b, aos produtos do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do

fato criminoso.

Que coisas são essas? Em primeiro lugar estão os producta sceleris, isto é, aquelas coisas que representam, por assim dizer, o produto direto do crime, de que são

exemplos o relógio roubado, o dinheiro furtado, a coisa indebitamente apropriada. Em segundo lugar, os produtos indiretos, ou, se quiserem, qualquer bem ou valor

que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Nesta categoria se arrola toda vantagem econômica que o agente obtém com a prática da

infração, como, por exemplo, os objetos adquiridos mediante sucessiva especificação (anel feito com o ouro furtado, o relógio adquirido com o dinheiro - produto

direto do estelionato), o pretium sceleris etc.

Feita esta explanação, indaga-se: todas essas coisas (instrurnentos e produtos diretos ou indiretos da infração) poderão ser objeto de apreensão? E poderão ser

restituídas? Se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé, sim.

5. Coisas que podem e que não podem ser restituídas. Instru mentos do crime

Após sentença condenatória irrecorrível, os instrumentos do crime a que se refere o art. 91, H, a, do CP, isto é, instrumentos cujo uso, porte, fabrico, alienação ou

detenção constitua fato ilícito, passam para o domínio da União, automaticamente, por se tratar de um efeito genérico da sentença penal condenatória trânsita em

julgado, respeitando-se apenas o direito do lesado ou do terceiro de boafé, dentro nos limites perinitidos em lei.

E se houver arquivamento de inquérito, decisão que julga extinta a punibilidade, impronúncia ou absolvição? Também nessa hipótese, respeitado o direito do terceiro de boa-fé ou do lesado, passarão eles para o domínio da União, conforme já vimos. Mas, nesse caso, deverá o Juiz declarar a perda,

porquanto esta não é automática.

Se os instrumentos do crime não se amoldarem à letra a do inc. 11 do art.

91 do CP, isto é, não se tratando de coisas confiscáveis, nada impede sua restituição ao

criminoso e, com muito mais razão, ao lesado ou terceiro de boa-fé, pouco importando haja sentença condenatória trânsita em julgado. Se assim é, em face de uma

sentença condenatória, com maior razão se se tratar de um despacho que determina o arquivamento do inquérito ou peças de informação, extinção de punibilidade,

impronúncia ou absolvição. Assim, se a esposa fere o marido com uma tesoura, se o camponês agride o companheiro com a sua enxada, se o médico fere alguém com

o bisturi, se o estudante bate no colega com um livro, se uma pessoa é atropelada por uma bicicleta, motocicleta ou qualquer veículo automotor, por exemplo, é

evidente que esses instrumentos do crime, pelo fato de não serem coisas cujo fabrico, uso, porte, alienação ou detenção constitua fato ilícito, poderão ser restituídos.

E se Tício comete um homicídio com o seu revólver? Poderá este ser restituído? Indaga-se: tinha ele registro e porte da arma? Em caso positivo, a hipótese não se

enquadra na moldura da letra a do inc. 11 do art. 91 do CP, e, assim, nada impede sua restituição, cabendo à Autoridade Policial competente observar se persistem os

requisitos referidos no art. 7.' da Lei ri. 9.437, de 20-2-1997. Se se tratar de porte de arma dentro nos limites do Estado, a competência para concedê-lo e renoválo é da

Autoridade Policial Estadual, nos termos do art. 11 do Decreto ri. 2.222, de 8-5-1997. Se o porte tinha validade para todo o território nacional, a restituição compete à

Autoridade Policial Federal, que, inclusive, observará se a pessoa continua a merecer a confiança das autoridades, tendo em vista o disposto no art. 7.' já citado. E se

houver condenação? Parece-nos que, nessa hipótese, cumpre ao interessado solicitar a renovação do porte. Conseguindo-o, poderá requerer a restituição. Do contrário,

não.

E se ele não tivesse porte? Neste caso, teria cometido dois crimes: o definido no art. 10 da Lei n. 9.437/97, cuja pena oscila de 1 a 2 anos de detenção, e o de

homicídio. Como este é mais grave, absorverá o menor. De qualquer forma, inteira aplicação terá o art. 91, 11, a, do CP.

6. A apreensão na hipótese do art. 19 da LCP

A regra contida no art. 91, 11, a, do CP aplica-se, também, às contravenções?

Havia cerrada discussão quanto à restituição de arma de fogo apreendida com alguém que não tivesse porte. Até há pouco tempo o porte ilegal de arma constituía

contravenção. Tratava-se do art. 19 da Lei das Contravenções Penais.

Indagava-se se, na hipótese de alguém ser surpreendido com arma, sem a devida licença da

autoridade, tinha o direito de, mesmo condenado, requerer o seu registro e a respectiva restituição. Observe-se que o art. 91, 11, a, do CP cuida dos instrumentos do

crime, isto é, não só dos instrumentos empregados na prática criminosa, como também quando a simples posse ou detenção já constituía crime (posse de uma

metralhadora, p. ex.). E, na hipótese, a arma não era o instrumento da contravenção, nem representava crime, pelo que a corrente majoritária entendia não ter aplicação

aquela regra do CR Essa era a nossa posição. Hoje, entretanto, como o porte ilegal de arma foi transmudado em crime, tal como previsto no art.

10 da Lei ri.

9.437197, a discussão perdeu toda e qualquer importância. Surpreendido alguém portando arma sem a devida licença, não só responderá criminalmente, como,

inclusive, inteira aplicação terá o art. 91, 11, a, do CR

7. Produtos diretos e indiretos do crime

Analisado o problema atinente aos instrumentos do crime, vejamos agora a situação daqueles bens a que se refere o art. 91, 11, b, do CR Este cuida

"do produto

do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso". Devem tais bens ser perdidos a favor da União,

após sentença condenatória irrecorrível? Poderão eles ser restituídos? É

preciso distinguir. Tratando-se de coisas cujo fabrico, porte, detenção, uso ou alienação

constitua fato ilícito, obviamente a restituição é proibida. Devem ser confiscadas, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, dentro nos limites legais. Se

alguém furta um revólver Colt de um Oficial, não obstante ser arma proibida, ser-lhe-á restituída. Se um colecionador adquire uma pistola automática, pagando o justo

valor, sendo ela apreendida por se tratar de objeto obtido mediante fraude, o colecionador, como terceiro de boa-fé, pode requerer sua restituição.

Quando se permite a devolução do instrumento do crime ou de produto direto ou indireto do crime, cujo uso, fabrico, porte, alienação ou detenção constitua fato ilícito, é necessariamente imprescindível que esse lesado ou esse terceiro de boa-fé, em razão da sua qualidade ou função, ou de autorização

adrede concedida, faça jus à fabricação, alienação, uso, porte ou detenção da coisa, tida normalmente como ilícita. Assim, se se furta substância entorpecente de um

laboratório, que possui autorização para o seu fabrico e alienação; se tal substância é subtraída de uma farmacia, que pode ter a detenção e vendê-la; se subtraída de um

doente a quem lhe foi prescrita, que pode usá-la; se se furta uma pistola semi-

automática tipoparabellum de um Oficial do Exército, que pode portá-

la; se se furta um

fuzil de um colecionador, é natural lhes possam ser restituídos, uma vez feita a prova da propriedade e a demonstração de que realmente fizeram jus àquela restituição.

Se se tratar de simples produto de crime (produto direto - coisa furtada, coisa roubada, coisa objeto de apropriação ou estelionato) e dês que não se trate de coisa

cujo fabrico, porte, uso ou detenção constitua fato ilícito, nada impede sua restituição ao lesado ou terceiro de boa-fé.

Se se tratar de bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, impossível a restituição ao lesado, porquanto não se

trata de produto direto como a coisa furtada, a coisa roubada etc., mas de produto indireto do crime, isto é, coisas obtidas mediante sucessiva especificação Oóia feita

com o ouro furtado) ou mediante compra ou alienação (rádio comprado com o dinheiro furtado, dinheiro obtido com a venda do relógio furtado). Nesses exemplos, o

ouro é que foi furtado, não a jóia, o dinheiro é que foi furtado, não o rádio, e, por isso mesmo, não é possível restituir-se coisa diversa...

Quanto ao terceiro de boa-fé,

é diferente. Bem poderá alguém, mediante fraude, obter de outrem R$

5.000,00 e, com esse valor, adquirir um relógio e vendê-lo por um preço justo a um terceiro,

que, a evidência, será de boa-fé. Neste caso, nada impede a restituição.

Se o terceiro não for de boa-fé, ou o objeto houver sido "apreendido" com o

criminoso, proferida a sentença condenatória com trânsito em julgado, será ele avaliado e levado a leilão, nos termos do art. 133 do CPR Se se tratar de valor ou de bem que constitua

o pretium sceleris (dinheiro dado a alguém para praticar um crime), transitada em julgado a sentença condenatória, aplicarse-á o disposto no art. 133 do CPR Não se

admite a restituição. Salvo a bizarra hipótese de alguém serpresenteado com um relógio para cometer um homicídio, vendendo-o, por um preço justo, a terceiro.

Apreendido o objeto, respeitar-se-á o direito do terceiro. Se este não o reclamar, aplicar-se-á o disposto no art. 133 do CPR

Insta observar que, em se tratando de produtos indiretos do crime (bem ou valor que constitua proveito auferido com a prática do crime), não poderão eles ser

apreendidos. Observe-se que o art. 240, § 1.', b, do CPP autoriza a apreensão de "coisas achadas ou obtidas por meios criminosos". A jóia feita com o ouro furtado não

foi obtida por meio criminoso, o rádio adquirido com o dinheiro furtado não foi obtido por meio criminoso. 0 dinheiro, sim; o rádio, não. Esses bens, não suscetíveis

de busca e apreensão, são objeto de seqüestro, nos termos do art. 132 do CPP.

Mas não são apenas os instrumentos e produtos do crime que são apreendidos ou seqüestrados. Os arts. 240, § 1.', b, c, d e e, e 6.', 11

e 111, do CPP fazem

referência a outros objetos. Um relógio encontrado no local do crime. Uma caneta, um lenço, uma jóia, dinheiro etc. Nesses casos, não se tratando de coisas cujo

fabrico, uso, alienação, porte ou detenção constitua fato ilícito, uma vez apreendidos, ficam guardados até que a sentença final (condenatória ou absolutória) transite

em julgado. É a regra. Contudo, se não mais interessarem ao processo, poderão ser restituídas até mesmo na fase do inquérito.

8. Restituição feita pela Autoridade Policial

Na fase do inquérito policial, a pessoa interessada, em requerimento dirigido àAutoridade Policial, pode solicitar a devolução do objeto apreendido. Juntando o

requerimento aos autos do inquérito, decidirá pela restituição, ou não.

Somente será viável a restituição pela Autoridade Policial desde que satisfeitas as seguintes

exigências: a) tratar-se de objeto restituível e não haver nenhum interesse na sua retenção; b) não haver dúvida quanto ao direito do reclamante; c) não haja sido feita a

apreensão em poder de terceiro de boa-fé.

Decidida a devolução, dar-se-á despacho nos autos. Lavrar-se-á, então, um termo (termo de restituição), que será assinado pelo interessado ou procurador

legalmente habilitado e mais duas testemunhas. Embora a lei não exija a assinatura das duas testemunhas, trata-se de excelente cautela.

Se, porventura, houver dúvida quanto ao direito do reclamante ou se a apreensão houver sido feita em poder de terceiro de boa-fé, somente a Autoridade Judicial

é que pode autorizar a devolução.

Nos pedidos de restituição, sejam eles formulados ao Juiz ou à Autoridade Policial, será sempre ouvido o órgão do Ministério Público, nos precisos termos do § 3.' do art. 120 do CPP. Quando se trata de pedido feito perante a Autoridade Policial, a manifestação ministerial normalmente se dá após

a decisão dessa Autoridade, a não ser quando se tratar de casos que exijam maior cautela. Quando o Delegado procede à devolução, sem a audiência do Promotor de

Justiça, toma o cuidado de alertar o requerente para não dispor da coisa até ordem em contrário. Trata-se de excelente precaução.

9. Restituição feita pelo Juiz criminal

Formulado o requerimento, que deve ser autuado à parte, e conclusos os autos do incidente ao Juiz criminal, deverá este, se viável a restituição, determinar, na

hipótese de dúvida quanto ao direito do reclamante, se lhe abra vista dos autos para, em 5 dias, fazer prova do seu direito. Após, uma vez ouvido o órgão do Ministério

Público, proferirá a sua decisão. Se o Juiz penal entender tratar-se de questão de alta indagação, não se sentindo, por isso mesmo, habilitado a solucionar o incidente,

proferirá despacho, determinando que o interessado ingresse com ação própria no juízo cível, tal como determina o § 4.' do art. 120 do CPP.

Realmente, não é possível

solucionar questão de alta indagação dentro dos estreitos limites de um processo incidental. Pode acontecer ser o Juiz do cível o mesmo Juiz penal (na hipótese de

jurisdição cumulativa, muito comum no interior, onde não há, de regra, Juízes especializado s). Não importa. Na ação própria, a possibilidade é maior, em face da

produção de maiores e melhores provas, bem como da dilatação dos prazos.

Se não houver dúvida quanto ao direito do reclamante, nada obsta que o requerimento seja endereçado ao Juiz penal. Se este pode decidir se duvidoso o direito,

quanto mais se não o for. Quem pode o mais, pode o menos.

Se se tratar de objeto apreendido em poder de terceiro de boa-fé, também somente o Juiz é quem pode apreciar a questão. Neste caso, conceder-se-á o prazo de 5

dias ao reclamante, a fim de produzir prova, e igual direito será reconhecido ao terceiro de boa-fé. Esgotados os prazos de um e do outro, disporão eles de 2 dias para

arrazoar, isto é, para apresentar, já agora em face das provas produzidas, as razões em que se fundam. Esse prazo de 2 dias é comum, enquanto o de 5, concedido ao

reclamante e ao terceiro de boa-fé Para produção de provas, é sucessivo.

1

Apresentadas as razões e ouvido o órgão do Ministério Público, decidirá o Juiz penal. Este, contudo, considerando a questão de alta indagação, remeterá as partes para as vias ordinárias do cível, de conformidade com o § 4.' do art.

120 do CPR

Insta acentuar que, mesmo em juízo, a restituição somente será possível se se tratar de coisa restituível cuja retenção, pela Justiça, seja absolutamente

desnecessária.

10. Direito do terceiro de boa-fé

Se a coisa apreendida foi simplesmente achada ou furtada, e quem a achou ou furtou a transferiu a terceiro de boa-fé, o CC, no art. 521, concede ao lesado direito

à restituição, restando ao terceiro de boa-fé

promover ação regressiva contra quem lha vendeu. Todavia, se a coisa foi adquirida em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é

obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou, nos termos do parágrafo único do art. 521 do CC.

A lei civil fala em furto. Daí se infere que, se o criminoso obteve o objeto

cometendo um estelionato ou apropriação indébita e o transferiu a terceiro de boa-fé,

cabe ao lesado promover a competente ação civil contra quem lho tirou.

Tornaghi entende que a palavra furtado empregada no corpo do art. 521 do CC deve ser entendida no sentido amplo, como significante tirado (cf.

Coisa furtada,

in Instituições, cit., v. 5, p. 237). Cremos,

data venia, que, se déssemos tal interpretação, estaríamos consagrando princípio do Direito francês, segundo o qual "enfait de meubles Ia possession vaut titre"

(Aubry e Rau, Cours, v. 2, § 183, nota 2).

De acordo com o texto legal, isto é, dando-se à expressão furtado o sentido que lhe empresta o CP, vejam-se as v. decisões publicadas na RF, 101/72, 109/51 e 122/181, e RT, 1641265, 161/849 e 1741189.

Na doutrina, ainda no sentido do texto, vejam-se Washington de Barros Monteiro, Reivindicação das coisas móveis, in Curso de direito civil; direito das coisas,

Saraiva, 1953, p. 79; Frederico Marques, Elementos, 1. ed., v. 3, p. 118; Antônio José de Souza Levenhagen, Direito das coisas, Atlas, 1980, p. 87.

Silvio Rodrigues

(Direito civil, 2. ed., Max Limonad, v. 5, p. 62) segue o entendimento de Washington de Barros Monteiro.

Quer-nos parecer que a palavrafurtada nem tem o sentido amplo que lhe empresta Tornaghi, tampouco o restrito que lhe confere Washington de Barros Monteiro. Mais acertado se nos afigura o entendimento de J. M. de Carvalho Santos, reportando-se a ensinamento de Pontes de Miranda: "0 que

caracteriza o furto, no sentido civil da expressão e aqui empregado pelo Código,

é a tirada clandestina ou violenta da coisa, como diz Pontes de Miranda" (Código

Civil interpretado, 8. ed., v. 7, p. 253 e 254).

Furtada é a coisa produto de furto ou roubo.

11. Restituição de coisas facilmente deterioráveis Tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, a devolução tanto pode ocorrer na Polícia como em juízo, desde que se obedeçam aos requisitos para a restituição.

Não havendo dúvida quanto ao direito do reclamante, sendo coisa restituível, e não havendo interesse na sua retenção, a devolução se faz singelamente, quer na

Polícia, quer em juízo. Entretanto, se duvidoso o direito do reclamante ou se apreendida em poder de terceiro de boa-fé, e possivel haja demora na solução do

incidente, principalmente se o Juiz penal reputar a controvérsia de difícil solução dentro do acanhado espaço probatório do processo incidental, e, assim, haveria

possibilidade de danificação, adulteração ou deterioração da coisa.

Nestes casos, duas soluções se entreabrem ao Juiz penal: 1.') ordenará a sua guarda em mãos de

depositário ou do próprio terceiro que a detinha, desde que pessoa idônea; 2.) determinará a sua avaliação e venda em leilão pú blico, e o quantum apurado será

depositado, de preferência, em agências do Banco do Brasil ou das Caixas Econômicas Estadual ou Federal. Após a solução do incidente, será levantado o depósito e

entregue a quem de direito.

Nessa hipótese de apreensão de coisas facilmente deterioráveis, pensamos que, mesmo na ausencia de pedido de devolução, deve o Juiz tomar as providências

apontadas no art. 120, § 5.0, do CPP, ressalvando, assim, com sua diligência, direitos de terceiros.

12. Coisas adquiridas com os proventos do crime ia vimos quais as coisas que podem ser apreendidas. Entre elas se incluem as adquiridas com os proventos do crime, desde que apreensíveis em si mesmas, tal

como permite o CPP no art. 240, § 1.', c, d, e e h. Se A furta 2 mil reais de B e, com tal quantia, que é o produto do crime, 1

adquire um rádio, não se pode dizer seja este o produto do crime. 0

dinheiro, sim; o rádio, não. Este foi adquirido com os proventos do crime. Nessa hipótese, a lei não

autoriza nem a apreensão nem a restituição. Vejam-se, a propósito, os arts. 132 e 240, § 1.', b, do CPR A coisa adquirida com os proventos do crime, ressalvado o

direito do terceiro de boa-fé, será objeto de seqüestro, nos termos do art. 132 do CPP, e após a avaliação, levada a leilão, consoante o art.

133 do mesmo estatuto.

Mas, se com o dinheiro furtado o agente adquire coisas achadas, sim, porquanto o art. 240, § 1.', b, do CPP permite a apreensão delas. Diga-se o mesmo se, com

o produto ou proventos do crime, venha o agente a adquirir uma metralhadora. Porque neste caso, também, o art. 240, § 1.', d, do CPP

permite a apreensão.

Dessa hipótese cuida o art. 121, dispondo: "No caso de apreensão de coisa adquirida com os proventos da infração, aplica-se o disposto no art. 133

e seu

parágrafo".

E possível, também, que a palavra apreensão, no texto, refira-se não só às coisas apreensíveis de que falamos, como também às seqüestrtíveis. De uma forma ou

de outra, o destino desses bens é o mesmo: art. 133 e parágrafo único do CPP.

Por outro lado, embora haja interesse prático em se distinguir a apreensão do seqüestro,

a que se refere o art. 132 do CPP, quanto à legitimidade para ordená-los, no fundo, tanto uma quanto outro implicam detenção da coisa.

Se se emprestar à palavra apreensão, na hipótese, um sentido unívoco, aos bens referidos no art. 121 do CPP aplica-se a regra consubstanciada no art. 133 e seu

respectivo parágrafo (também do CPP). Se o sentido for equívoco, de molde a abranger as coisas seqüestráveis, a mesma regra é invocável quanto ao destino dos bens:

art. 133, parágrafo único, do CPR

Invocando-se o referido art. 133, conclui-se que, após sentença penal condenatória trânsita em julgado, o Juiz, de ofício ou a requerimento do interessado,

determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou terceiro de

boa-fé.

Qual o Juiz que deve tomar essa providência? A princípio pareceu-nos fosse indispensável a distinção: se a coisa apreendida foi adquirida com os proventos da

infração, cabia ao próprio Juiz penal tornáIa. Da mesma forma que se lhe permite determinar a avaliação e leilão, na hipótese do art. 122 do CPP, não havia razão que

pudesse impedi-lo

de aplicar o disposto no art. 133 e seu parágrafo do mesmo estatuto, quando se tratasse de coisa apreendida, adquirida com os proventos da infração. Entretanto, se a

coisa não fosse apreendida, porque incabível a diligência de busca e apreensão, a despeito da sua proveniência ilícita, a medida aplicável seria o seqüestro de que trata

o art. 132 do CPP. Nessa hipótese, dizíamos, em face da expressa determinação do art. 143 do CPP, os autos do seqüestro devem ser remetidos ao juízo cível.

Após maior reflexão, entendemos que o órgão competente para determinar a avaliação e venda dos bens apreendidos, nos termos do art. 121 do CPP, e dos bens

seqüestrados, de acordo com o art. 132 do mesmo diploma, é o Juiz penal.

0 seqüestro a que se refere o art. 143 do CPP é o tratado nos arts. 136 e 137 do CPP, e não

aquele que é objeto do art. 132 do diploma processual penal. De fato. Se é efeito da condenação, nos termos do art. 91, 11, b, do CP, a perda em favor da União,

ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dosproducta sceleris, não teria sentido se deslocasse a competência para o juízo cível a fim de ser tomada uma

providência de caráter eminentemente penal.

Dir-se-a que, após o leilão, o lesado ou terceiro de boa-fé será ressarcido, e, assim, sendo a providência de natureza civil (ressarcimento de dano), a competência

não seria do juízo penal. De ponderar que, na hipótese, não se trata, propriamente, de um ressarcimento. 0 produto do leilão a ser entregue ao lesado ou terceiro de

boa-fé serve, apenas e tão-somente, para "facilitar a efetivação, no juízo cível, da responsabilidade de reparação do dano", como bem o disse Espínola Filho (cf.

Código de Processo Penal brasileiro anotado, 1955, v. 2, p. 370, n. 292).

Observe-se que o leilão de que tratam o art, 133 e seu parágrafo do CPP é das

coisas adquiridas com os proventos do crime. A esse mesmo leilão sujeitam-se as

coisas referidas no art. 121 do CPP. Dessa venda em leilão cuida, também, o art. 122 do CPP, ao fazer alusão às coisas de que trata o art. 91, 11, b, do CR Como estas se confundem, às vezes, com aquelas citadas no art. 132 do CPP, constitui tal circunstância um argumento a mais a favor

do entendimento de que a autoridade compe-

tente para a avaliação e venda dos bens, nos termos do art. 133 e parágrafo único do CPP, é o Juiz penal, tal como o é no caso do art. 122

do mesmo estatuto. Na

verdade, se o produto do crime pode ser avaliado e levado a leilão no juízo penal, considerando-se o disposto no art. 9 1, 11, b, do CP, por que motivo não o pode a coisa adquirida com o produto do fato criminoso?

1

Apreendidos os objetos referidos no art. 121 do CPP e transitando em julgado eventual sentença condenatória, serão eles avaliados e levados a leilão público. Do

dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou terceiro de boa-fé.

E se houver arquivamento, extinção da punibilidade, impronúncia ou sentença absolutória? Quid inde? Dependendo do caso concreto, haverá as seguintes

soluções: a) restituição à pessoa em poder de quem foram aquelas coisas apreendidas, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 141 do CPP; b) os bens poderão

ficar com a União, nos termos do art. 779 do CPP; c) e, finalmente, nada proíbe se aplique o disposto no art. 123 do CPP. Esta, aliás, a solução que parece ser a mais

correta.

Na hipótese de as coisas serem restituídas à pessoa do criminoso, em face de uma absolvição, nada obsta, dependendo do caso concreto, que o ofendido, seu

representante legal ou herdeiro, se já havia promovido a actio civilis ex delicto (art. 64 do CPP), ou se vier a fazê-lo, em face do insucesso da ação penal, requeira no

juízo cível a apreensão das mesmas coisas, ou outras medidas precautórias, tais como arresto, seqüestro, especialização em hipoteca legal etc., tudo nos termos dos

arts. 796 e s. do CPC.

E se não houver licitante naquele leilão a que se refere o art. 133? 0

legislador não previu a hipótese. Contudo, se se tratar de coisa de pequeno valor, nada

impede, antes aconselha, seja ela restituída ao lesado ou terceiro de boa-fé, se for o caso. Assim também se houver equivalência de preço entre a coisa apreendida e o

valor ou a coisa tirada da vítima. Do contrário poderá ser designada nova data para outro leilão. Persistindo sua não-realização, as coisas ficarão para a União, restando

ao lesado ou terceiro de boa-fé, se for o caso, a propositura da actio judicati, nos termos do art. 63 do CPP.

13. A concessão de porte

0 Poder Público, pelo seu órgão competente, pode autorizar o porte de arma a determinadas pessoas. Não de qualquer arma, mas de certas armas.

Aquelas de uso

exclusivo das Forças Armadas, por exemplo, não. 0 tipo de arma cujo porte é

permitido vem devidamente especificado em normas baixadas pelo Ministério do

Exército, por intermédio do Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados - SFPC, órgão existente nas sedes de todas as regiões militares. Os revólveres devem ser

de calibre 22, 32 ou 38; se for pistola, calibre até 7,65mm; sendo garrucha, o calibre máximo deve ser de 330mm. A propósito, o art. 161 do Decreto n. 55.649, de 28-1-1965.

Toda arma de fogo cuja venda seja permitida deve ser registrada. o registro não implica porte. Registrada a arma, poderá seu proprietário tê-la em casa.

A expedição do certificado de registro de arma de fogo será precedida de autorização do Sistema Nacional de Armas (Sinarm), nos termos do parágrafo único do

art. 4." da Lei n. 9.437, de 20-2-1997. 0 registro é sempre obrigatório, salvo se se tratar de arma de fogo considerada obsoleta, assim consideradas as fabricadas há

mais de cem anos, sem condições de bom funcionamento e cuja munição já não seja de produção comercial, bem como aquelas que representam réplicas históricas de

comprovada ineficácia para o fim, decorrente da ação do tempo, de dano irreparável ou de qualquer outro fator que impossibilite seu funcionamento eficaz, e usadas

apenas em atividades folclóricas ou como peças de coleção, nos termos dos

§§ 1.' e 2.' do art. 3.' do Decreto n. 2.222/97. Uma vez concedida a autorização, cumpre ao

interessado dirigirse à Autoridade Policial competente - Polícia Federal ou Polícia Civil (conforme se trate de registro com validade em todo o território nacional ou

para a unidade da Federação onde o requerente for dorniciliado) - para requerer

o certificado do registro.

Uma vez registrada a arma, seu proprietário poderá conservá-la, exclusivamente, no interior de sua residência, ou em dependência desta, ou, ainda, no seu local de

trabalho, desde que ele seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa.

As vezes, com autorização do SFPC, a pessoa pode colecionar armas, mesmo em se tratando daquelas cuja venda seja proibida. Mas se a venda é proibida, como

poderá o colecionador adquiri-Ia? Importando, por exemplo, dês que haja autorização do SFPC.

No que respeita ao porte, é de observar, por primeiro, ficar ele condicionado à autorização da autoridade competente, "ressalvados os casos expressamente

previstos na legislação em vigor". A autorização para o porte terá eficácia temporal limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente

comprovar idoneidade, comportamento social produtivo, efetiva necessidade, capacidade técnica e aptidão Psicológica para o manuseio de arma de fogo, tal como

exige o art. 7." da Lei n. 9.437/97.

São requisitos mínimos indispensáveis para a obtenção do porte federal de arma, expedido pela Polícia Federal, e do porte estadual, 1

pelas Polícias Civis: 1) apresentação do Certificado do Registro de arma de fogo, cadastrada no Sinarm; 2) comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, e de não estar o interessado, por ocasião do requerimento, respondendo a inquérito policial ou a processo-crime por infrações cometidas com violência, grave ameaça ou contra a incolumidade, pública; 3) apresentação de documento comprobatório de comportamento social produtivo; 4) comprovação da efetiva necessidade, em razão da sua atividade profissional, cuja natureza o exponha a risco, seja pela condução de bens, valores e

documentos sob sua guarda, seja por quaisquer outros fatores; 5) comprovação de capacidade técnica para manuseio de arma de fogo, atestada por instrutor de armamento e tiro do quadro das Polícias Federal ou Civis, ou por estas habilitado; 6) aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada por laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro das Polícias Federal ou Civis, ou credenciado por estas; 7) apresentação do documento comprobatório de pagamento da taxa estipulada para a concessão do porte (art. 13 do Dec. ri. 2.222197).

14. Destino dos objetos apreendidos

Qual o destino dos objetos e valores apreendidos? Já vimos como proceder quando se tratar de produtos indiretos do crime. Cuidando-se de objetos confiscáveis, de produtos diretos do crime e de objetos outros que não aqueles citados no inc. 11 do art. 91 do CP, temos de observar:

L') Tratando-se de objetos confiscáveis (aqueles cujo uso, fabrico, alienação, porte ou detenção constitui fato ilícito), não tendo havido devolução ao lesado ou terceiro de boa-fé, resta indagar se houve sentença condenatória com trânsito em julgado. Havendo, aguardam-se 90 dias para eventual restituição, se for o caso. Decorrido o prazo, sem qualquer pedido, o Juiz Criminal terá três opções: a) Tratando-se de peça valiosa - e não havendo interesse pela sua conservação em museu criminal, porquanto já a possui -, poderá o Juiz determinar sua avaliação e venda em leilão. Poderá parecer estranho o leilão de um objeto cujo porte, fabrico, uso, alienação ou detenÇão constitua fato ilícito. 0 Código, entretanto, expressamente o permite (CPP, art. 122 e parágrafo único). Não vislumbramos nenhuma contradição entre a regra do art. 122 do CPP e aquela do art. 124

do mesmo diploma, como pareceu a Tornaghi (Instituições de processo penal, v. 5, p. 245) e a Walter P. Acosta (0 processo penal, 5. ed., ri.

62). Por que razão não poderá ele ser vendido em leilão? Pode parecer que, sendo objeto irrestituível, posto que confiscável, não faz sentido sua venda em leilão. Evidente que a esse leilão devem comparecer apenas pessoas credenciadas a colecionar armas, pessoas interessadas em adquirir o objeto leiloado. Não havendo, aí, sim, não sejustifica o leilão.

Contudo, tratando-se de armas de fogo, se não for possível a restituição, e a despeito das regras contidas nos arts. 122 e 123 do CPP, serao elas encaminhadas ao Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados, órgão do Ministério do Exército.

0 produto do leilão será recolhido ao Tesouro Nacional, nos termos do art. 122, parágrafo único, primeira parte, do CPP. Inaplicável a segunda parte, uma vez que o saldo apurado não se destina ao ressarcimento do dano. A palavra lesado, no texto do parágrafo único do art. 122 do CPP, refere-se à pessoa de quem o objeto foi tirado.

Assim, quando o leilão disser respeito aos produtos do crime (art. 122) ou de

qualquer bem que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, aí sim reverterá para a União o que não couber ao lesado ou terceiro de boa-fé.

b) Se houver interesse na sua conservação, o Juiz fará recolher o instrumento do crime a museu criminal, nos termos do art. 124 do CPP.

c) Se o instrumento do crime, confiscável, for de inexpressivo valor ou estiver com defeito, deverá o Juiz, nos termos do art. 124 do CPP, determinar sua destruição.

0 Decreto ri. 55.649, de 28- 1 ~ 1965, aprovando o Regulamento para o

"Serviço de Fiscalização da Importação, Depósito e Tráfego de Produtos controlados pelo Ministério da Guerra", mais conhecido sob a sigla SFIDT, hoje Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados ou,

simplesmente, SFPC, dispõe no art. 21, m, ser atribuiçao privativa do Ministério da Guerra (hoje Ministério do Exército) decidir sobre o destino das armas apreendidas, pouco importando seja a apreensão realizada pelas autoridades alfandegárias, militares, policiais ou pela ação conjunta dessas autoridades (Dec. n. 55.649/65, art. 272). Dispõem ainda os arts. 277 e 278 do citado decreto:

"Art. 277. As armas, petrechos e munições de uso proibido, bem como os explosivos de interesse militar apreendidos

pelas autoridades militares e policiais terão os seguintes destinos: a) as armas brancas serão recolhidas ao estabelecimento fabril do Exército mais próximo do local da apreensão, diretamente ou através do SFPCIDPO ou Regionais, para fins de aproveitamento da matéria-prima;

b) os explosivos de interesse militar serão entregues aos Serviços de Engenharia Regionais;

c) os demais serão recolhidos à DAM, diretamente, ou através dos SAM

regionais.

Art. 278. Qualquer outro produto controlado, inclusive armas, petrechos e munições de uso permitido, apreendido pelas autoridades militares, será recolhido ao SFPCIDPO ou SFPC Regional,

conforme o caso, e será levado a leilão, mediante autorização do Chefe do DPO ou do Comandante da Região. Os explosivos e acessórios poderão ser entregues às Usinas de Engenharia, para emprego.

§ 1.' Os produtos constantes deste artigo quando apreendidos pelas autoridades alfandegárias, policiais, etc., poderão ser levados a leilão, por aquelas autoridades, mediante entendimento com o Chefe do DPO ou com o Comandante da Região, conforme o caso.

§ 2.0 A esses leilões somente poderão concorrer as firmas registradas de acordo com a presente regulamentação, recolhendo-se à Caixa Geral de Economias de Guerra o numerário apurado".

Não obstante o decreto não possa revogar lei ou decreto-lei, o certo é que as armas de fogo apreendidas, como instrumentos do crime, quando já não interessarem ao processo, se impossível a

restituição, serão encaminhadas, depois de periciadas, ao Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados - SFPC. 0 Decreto n. 2.222/97 não revogou o de n. 55.649165.

Atualmente, em face de uma campanha em nível nacional visando ao desarmamento, os instrumentos do crime consistentes em armas de fogo, quando

não for possível a restituição, têm sido encaminhados à Polícia Civil ou Federal, conforme o caso, que as fará chegar àquele departamento do Ministério do Exército.

2.') Se os objetos apreendidos forem produtos da infração, isto é, coisas adquiridas diretamente com a prática do fato criminoso (relógio furtado, p. ex), a restituição é possível, obedecidas as regras dos arts.

118 a 120 do CPR Se não houver pedido nesse sentido, advindo sentença absolutória com trânsito em julgado, observar-se-á o disposto no art. 123 do mesmo diploma. Idêntico procedimento será observado, se, não reclamados os objetos, houver sido julgada extinta a punibilidade, ou proferida decisão, arquivando o inquérito. Sendo condenatória, a regra aplicável é aquela prevista no art. 122 e seu parágrafo único do CPP. E, se por demais inexpressivo o valor do objeto, nada obsta se aplique, por analogia, a regra do art. 124 do estatuto processual penal.

3.') Se os objetos apreendidos não se incluírem no rol daqueles referidos no art-91 do CP, não mais interessando ao processo, serão restituídos a quem de direito. Se após 90 dias do trânsito em julgado da decisão final ninguém os reclamar, aplicar-se-á a regra do art.

123 do

CPP, isto é, serão avaliados e levados a leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes. Este deverá, então, agir de conformidade com as regras estabelecidas no CPC pertinentes à arrecadação de bens de ausentes ou de bens vagos (arts. 1. 159 e s.). Se pertencerem ao réu, a este serão devolvidos. Se, entretanto, o réu desaparecer, nada obsta se aplique a regra do art. 123.

15. Coisas apreendidas em face de contrabando ou descaminho Observe-se que, em se tratando de coisas apreendidas em face de contrabando ou descaminho, as normas aplicáveis são as previstas no Decreto-lei n. 37, de 18-11-1966, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n. 1.455, de 7-4-1976.

Esses diplomas referem-se não só às mercadorias - objeto de contrabando ou descaminho -, como, também, aos veículos utilizados no respectivo transporte (cf. Dec.-Iei n. 1.455, de 7-4-1976, arts. 23

e 24, e Dec.-Iei n. 37, de 18-11-1966, art. 104).

0 art. 104 do Decreto-lei n. 37/66 dispoe:

"Art. 104. Aplica-se a pena de perda gUintes casos: ilegal...

do veículo nos se-

1 - Quando o veículo transportador estiver em sítuação 11 - Quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou a carga de mercadoria nacional ou nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado.

1

111 - Quando a embarcação ...

IV - Quando a embarcação ...

V - Quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção.

VI - Quando o veículo terrestre, utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira, desviar-se de sua rota legal, sem motivo justificado".

Parece claro que a apreensão do veículo terrestre só se verifica quando utilizado para a introdução de mercadoria proibida ou sujeita a pagamento de impostos, no território nacional, ou para a saída do nosso território para o exterior.

E a razão é óbvia: o responsável pelo contrabando ou descaminho, se proprietário do veículo, deve perdê-lo. Trata-se de efeito secundário de natureza penal de uma sentença condenatória. E tanto o é que o Eg. TFR, na Súmula 138, deixou bem claro:

"A pena de perdimento de veículo, utilizado em contrabando ou descaminho, somente se justifica se demonstrada, em procedimento regular, a responsabilidade do seu propríetário na prática do ilícito".

Qual a autoridade competente para decretar a pena de perdimento de bens?Antes

da Constituição de 1988, entendia-se que a medida podia ser decretada pela autoridade administrativa: Ministro da Fazenda ou quem dele recebesse delegação, no caso os Delegados da Receita Federal. Na verdade o art. 153, § 11, da Constituição anterior dizia que

"a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública". Mas, como a atual dispõe no art. 5.", XLV, que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do património transferido" e, no inciso seguinte (XLVI) proclamado que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdições de direito", deixando transparecer que a competência para a sua decretação ficou a cargo da au toridade j udiciária, entendeu- se, de início, que a competên

-cia seria exclusiva do Juiz. E várias decisões nesse sentido foram proferidas, inclusive pelo TRF da 1.a Região. Posteriormente, houve decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário, e, a partir de então, o entendimento é de que esse perdimento de bens também pode ser decretado pela autoridade administrativa como sanção penal tributária prevista no Decreto-Lei n. 37/66 e Decreto-Lei n.

1.455176 (Ementdrio da Jurisprudência do TRF -].'Região, v. 1, n. 2, p.

255).

Contudo a posição topográfica daquela "pena", que Ferreira Filho diz que não chega propriamente a ser pena, mas "obrigação de reparar o dano" (M.

G. Ferreira Filho, Comentários à Constituição

brasileira de 1988, Saraiva, 1990, v. 1, p. 61), dá a entender que a competência para decretá-la é exclusiva do Juiz.

16. 0 art. 34 da Lei n. 6.368, de 21-10-1976

Ainda em tema de apreensão, não se deve deslembrar a norma contida no art- 34

da Lei n. 6.368, de 21-10-1976. In verbis:

'O'Art. 34. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer utros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei , apos a sua regular apreensão, serão entregues à custódia da autoridade competente.

§ 1.' Havendo possibilidade ou necessidade da utilização dos bens mencionados neste artigo, para sua conservação, poderá a autoridade deles fazer uso.

§ 2." Transitada em julgado sentença que declare a perda de quaisquer dos bens referidos, passarão eles à propriedade do Estado" (revogado).

Cabe ao exegeta, aqui, proceder a uma interpretação restritiva, já que o legislador, à evidência, plus dixit quam voluit. Deve ser arredada a hipótese de um cidadão perder o seu automóvel, simplesmente porque a Autoridade nele encontrou dois "pacaus" de maconha, ou uma ampola de morfina... A perda deve verificar-se quando os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte estiverem sendo utilizados, propositadamente, para traficar e mercadejar substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

1

Assim, também, se tais meios de transporte forem intencionalmente empregados como "lugar" destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Enfim: para a perda, como bem disse Vicente Greco Filho, há necessidade de um nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática (cf.

Tóxicos, Saraiva, 1979, p. 176).

Transitada em julgado a sentença que decrete a perda de qualquer dos bens referidos no art. 34 da lei retroindicada, passará ele a constituir recurso do Funcab (Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate ao Abuso de Drogas), por força do que dispõe o art. 4' da Lei ri.

7.560, de 19-12-1986. Verbis:

"Todo e qualquer bem de valor econômico, apreendido em decorrência do tráfico de drogas de abuso (sic) ou utilizado de qualquer forma em atividades ilícitas de produção ou comercialização de drogas abusivas, ou ainda, que haja sido adquirido com recursos provenientes do referido tráfico, e perdido em favor da União constituirá recurso do Funcab, ressalvados os direitos do lesado ou de terceiros de boa-fé e após decisão judicial ou administrativa em caráter definitivo".

capítulo 34

Das Medidas Assecuratórias

SUMÁRIO: 1. Generalidades. 2. Medidas precautórias penais. 3.

Restituição, ressarcimento e reparação. 4. 0 ofendido e as medidas assecuratórias. 5. 0 seqüestro. 6. Embargos ao seqüestro. 7.

Levantamento do seqüestro. 8. Seqüestro de móveis. 9. Sentença penal condenatória. 10. Hipoteca legal. 11. Pressupostos. 12. Medida preventiva. 13. Liquidação

definiti~

va. 14. Absolvição. 15. Seqüestro (arresto) de móveis. 16. Bens fungíveis. 17. Responsável civil.

I. Generalidades

A decisão, no processo de conhecimento, é, muitas vezes, demo-rada, e essa tardança pode acarretar prejuízo à parte. Assim, para assegurar os efeitos de uma eventual procedência do pedido formulado na ação, o interessado pode solicitar a realização de providências urgentes e provisórias. São as medidas cautelares. Calamandrei, citado por Frederico

Marques (Instituições de direito processual civil, v. 2, p. 56), ensina: sempre que a eficácia prática da função jurisdicional, só atingível através de longo procedimento, corra o risco de ser diminuída ou anulada Pelo retardamento (periculum in mora), o processo cautelar, antecipando provisoriamente as prováveis conseqüências do processo principal, visa a fazer com que o

pronunciamento final possa a seu tempo produzir efeitos.

1

As medidas cautelares são adotadas em vários ramos do Direito. Fiança, penhora, hipoteca, seqüestro, caução, penhor, depósito são exemplos de medidas

cautelares, cuja finalidade é garantir a satisfação de uma obrigação ou, ainda, não tornar ilusória a execução de uma sentença.

Admite-se até possa tal providência atingir pessoas. É o que se dá, v.

g., com a prisão preventiva. A lei permite a decretação da prisão preventiva stricto sensu

(porque, lato sensu, toda prisão provisória é preventiva) como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei

penal, assim como determina o art. 312 do CPP. Diz-se, então, que a preventiva é medida cautelar.

2. Medidas precautórias penais

Já vimos que todas as vezes em que de uma infração penal advier prejuízo ao ofendido, além da pretensão punitiva que vai ensejar a propositura da ação penal,

surge, também, a pretensão de ressarcimento, dando lugar à propositura da ação civil ex delicto. A parte interessada, então, tem duas alternativas: a) propõe, de

imediato, a ação civil, visando à satisfação do dano originário da infração penal, com fundamento no art. 159 do CC; b) ou, então, em face da eficácia vinculante da

sentença penal condenatória sobre a jurisdição civil, pode aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para executá-la no juízo cível, tal como

permite o art. 63 do CPP.

Em se tratando de infração penal de menor potencial ofensivo, dependendo do caso, pode ser proposta a ação civil. Contudo, insta esclarecer que, nesses casos, o

Juiz penal procura, até mesmo na audiência preliminar, solucionar a questão, fazendo uma conciliação entre o autor do fato e o ofendido quanto à satisfação do dano.

Se a parte optar pela propositura da ação civil, tal qual prevista no art. 64 do CPP, nada a proíbe. Todavia, se houver fundado receio de que, ao tempo em que for

prolatada a decisão definitiva, o devedor já não possua bens para garantir a execução, pode o autor, no mesmo juízo cível, requerer uma providência, cautelar:

seqüestro, arresto, caução, busca e apreensão e até mesmo a hipoteca legal, prevista no art. 827, VI, do CC.

Suponha-se, entretanto, não haja a parte promovido a ação civil, ou haja.

Nada impede possa ela, no juízo penal, requerer a realização de várias medidas

precautórias, tais como o seqüestro, o arresto e a hipoteca legal. Essas providências constituem verdadeiras questões

incidentais e que, por isso mesmo, são objeto de um procedimento em separado, em autos apartados, para não tumultuar o andamento normal dos autos principais.

A estas providências, que visam a acautelar os interesses do prejudicado com a prática da infração, o CPP denomina medidas assecuratórias.

3. Restituição, ressarcimento e reparação

Sabemos que a ação civil visa à restituição (notadamente nos crimes contra o património), ao ressarcimento e à reparação. A restituição nada mais é que o

ressarcimento em forma específica. Consiste na devolução da própria coisa ao

lesado. Se esta foi apreendida (e isto é possível independentemente de pedido do

ofendido, tal como permite o art. 240, § 1.", b, c e e, do CPP), bastará ao interessado requerer sua devolução. Casos há em que a restituição se faz até mesmo na fase

do inquérito policial, conforme observamos no capítulo anterior. Se, porventura, não for possível a devolução da própria coisa, restará ao ofendido pleitear o

ressarcimento, isto é, o pagamento do seu equivalente em dinheiro. Se a coisa furtada foi consumida, extraviada, evidente haver impossibilidade da sua restituição. No

caso de homicídio, impossível a ressurreição da vítima. No caso de lesão corporal, impossível a restauração do stato quo ante. Assim, nesses exemplos, fala-se em

ressarcimento. Reservase a expressão reparação quando o prejuízo for moral, pouco importando haja ou não reflexos patrimoniais.

4. 0 ofendido e as medidas assecuratórias

Embora não adotemos a figura da parte civil no Processo Penal, como ocorre na Itália, na França e em várias legislações, permitindose, destarte, a satisfação do

dano na própria esfera penal, o legislador Pátrio, entretanto, autoriza à vítima do crime ou a quem legalmente a represente requerer, na sede penal, medidas cautelares

visando-lhe à satisfação. Realizada a providência assecuratória e uma vez proferida sentença penal condenatória com trânsito em julgado, os autos do incidente devem

ser remetidos ao juízo cível competente, conforme determina o art. 143 do CPP. Evidente que a remessa será feita após o início da execução da sentença penal na sede

civil, quando se saberá a que Juiz devem ser encaminhados os autos.

1

Se, porventura, a sentença penal for absolutória, ou julgada extin ta a punibilidade pela presc . rição ou por outra qualquer causa, desde que tais decisões se tornem inimpugnáveis, as providências cautelares tomadas na justiça repressiva se desfazem, como se vê pela redação do art. 141 do CPP. Nada impede, contudo, dependendo do fundamento da absolvição ou da causa que motivou a extínção da punibilidade, possa a vítima ingressar com a ação civil, nos termos do art. 64 do CPP, na Justiça Cível e, aí, nada obsta, uma vez entrevisto o periculum in mora, sejam requeridas medidas cautelares, de acordo com os arts. 796 e s. do diploma processual civil.

5. 0 seqüestro

Quais as medidas assecuratórias adotadas no nosso diploma processual penal? 0 seqüestro de imóveis ou móveis, a hipoteca legal e o arresto.

Do seqüestro de imóveis cuidam os arts. 125 e s. do CPP. Sobre ele falaremos por primeiro.

Se, tecnicamente, seqüestro significa a retenção da coisa litigiosa, tendo, por isso mesmo, por fim, sua incoluinidade, até que se decida a causa principal, o

legislador processual penal, no art. 125, usa da expressão em sentido impróprio. A rigor seria arresto, ou, como bem diz Tomaglii, um misto de seqüestro e de arresto.

De fato. Enquanto aquele é a retenção de coisa sobre cuja propriedade há controvérsia e, por isso mesmo, deve recair sobre determinado bem, o arresto é a retenção de

quaisquer bens do indiciado ou réu, a fim de evitar que ele se subtraia ao ressarcimento do dano, com o desfazimento do seu património. Então, quaisquer bens do

indiciado ou réu podem ser arrestados. Já no seqüestro não. Somente determinados bens. Todavia, como o art. 125 diz: "caberá o seqüestro dos bens imóveis

adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros", razão assiste a Tornaghi ao vislumbrar ali um misto de

seqüestro e arresto (cf. Comentários, v. 2, p. 346). Embora não se trate, a rigor, de coisa sobre cuja propriedade haja controvérsia, e só assim seria seqüestro, por outro

lado, não podem ser seqüestrados quaisquer bens do indiciado; apenas aqueles

1_.

imóveis adquiridos por ele com os proventos da infração.

Mesmo que tais bens se hajam transferido a terceiros, pouco importando se de boa ou má-fé, ainda assim podem ser seqüestrados. Necessário se torna sejam os

bens adquiridos com os proventos do crime.

Oportunidade. Falando o art. 125 em indiciado, e este só existe na fase do inquérito, dúvida não há de que tal medida poderá ser tomada mesmo na fase do

procedimento preparatório da ação penal, que é o inquérito policial. E

tanto é verdade que, mais adiante, na segunda parte do art. 127, salienta o legislador que o

seqüestro poderá ser ordenado '4em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa".

Pressuposto. A decretação do seqüestro, nos termos do art. 125, supoe, necessariamente, que o imóvel ou imóveis hajam sido adquiridos pelo pretenso culpado

com os proventos do crime, vale dizer, produtos diretos ou indiretos da infração penal. Se A furta a quantia de R$ 100.000,00, e, com essa importância, adquire um

imóvel, este pode ser seqüestrado, porque adquirido com o produto do furto. Se

A subi~ ai para si objetos de valor e, após sua venda, com o numerário apurado,

adquire um imóvel, o seqüestro sobre ele pode recair, por se tratar de bem adquirido com os proventos da infração.

Havendo indícios veementes da proveniência ilícita do ou dos imóveis do pretenso culpado, é o quantum satis para autorizar a medida coercitiva de natureza real

consistente no seqüestro. Fala o art. 126 em "indícios veementes". Estes, como professa Tornaglii, são os que eloqüentemente apontam um fato,

"gerando uma

suposição vizinha da certeza" (Comentários, cit., v. 2, p. 351).

Competência para determinar o seqüestro. Somente o Juiz penal é quem pode determiná-lo. Qual Juiz9 Se os autos do inquérito já foram distribuídos, evidente

que a competência é do Juiz da ação. E se ainda não o foram? Se na comarca houver Juiz penal com competência fixada na Lei de Organização Judiciária em razão da

matéria (CPP, art. 74), restará apenas identificar a infração para se saber qual o Orgão JurisdicionalPenal que vai atuar. Se não houver, ou, havendo-o, e o número

deles for igual ou superior a dois, restará ao interessado submeter o requerimento, visando à concretização do seqüestro, à distribuição, e, nesse caso, o Juiz que vier a

apreciá-lo ficará com a sua jurisdição preventa, tal como previsto no parágrafo único do art. 75 do CPP.

Quem pode requerer 0 art. 127 do CPP confere legitimidade: a) Ao órgão do Ministério Público. Subentende-se seja aquele que estiver atuando junto ao Juiz

perante o qual o processo está tramitando. Poderá ele requerer a medida na fase do inquérito? Se este já foi distribuído, nada obsta. É preciso, contudo, fique

estabelecida a competência. b) À

1

vítima do crime. Embora a lei não o diga, supõe-se, também, que, se o ofendido for incapaz, poderá fazê-lo seu representante legal ou, se morrer, seus herdeiros (CPP, art. 63). c) À Autoridade Policial que estiver à frente do inquérito. Embora não possa requerer, poderá fazer representação ao Juiz, mostrando a conveniência de ser decretada a medida cautelar. d) Pode, finalmente, o Juiz, independentemente de provocação de quem quer que seja, ordená-lo. Evidente que se trata de mera faculdade. Mesmo quando a Autoridade Policial representa nesse sentido, ou há requerimento do órgão do Ministério Público ou do ofendido, restará ao Magistrado, a quem compete julgar da existência ou não daqueles indícios veementes da proveniência ilícita do imóvel seqüestrando, deferir ou não o pedido.

Tal decisão é apelável, nos termos do art. 593, 11, do CPP. Nesse sentido: "Têm natureza de decisões definitivas as que são proferidas em processos cautelares, pelo que cabe apelação contra as sentenças pertinentes às medidas assecuratórias previstas no artigo 125

'usque' 144 do CPP, tais como as que ordenarem o seqüestro ou a hipoteca legal de bens do réu (arts. 134, 136 e 137), bem como contra a que indeferir levantamento de seqüestro ou cancelamento da hipoteca (art. 141)" (Elementos, cit., v. 4, p. 227). Assim também JTACrimSP, 661 370. Da decisão que concede ou nega o seqüestro cabe apelação: RT, 5521339, 610/443, 6361292.

Efetivação. Se o Juiz quiser ordená-lo, de ofício, deverá baixar a competente portaria, fazendo-a autuar em apartado (cf. Walter Acosta, 0

processo, cit., p. 214), formando-se, assim, os autos do processo incidente. Se houver representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público ou do ofendido, limitar-se-á o Juiz a determinar sua autuação. Autuado o pedido, lavrar-se-á o termo de conclusão, e o Juiz, então, vai apreciá-lo.

Uma vez decretado o seqüestro, no mesmo despacho determina o Juiz seja expedido o competente mandado - que é a ordem judicial - e que conterá a descrição do bem cujo seqüestro se ordenou, sua localização, o motivo e fins da

diligência, sendo subscrito pelo escrivão e assinado pelo Juiz. A execução do mandado obedecerá, mutatis mutandis, à míngua de regulamentação, ao prescrito pela lei processual civil para o cumprimento da penhora. De posse do mandado, dois Oficiais de Justiça dirigir-se-ão ao lugar em que estiver localizado o imóvel (dentro da respectiva comarca,

é óbvio; se fora, expedir-se-á precatória), dando ciência da diligência ao seu proprietário. De qualquer sorte, encontrado ou não o proprietário ou possuidor, lavrarão o respectivo auto, tudo conforme o art.

665 do CPC.

Após a juntada do mandado (que deve ser subscrito pelos executores e por duas testemunhas que assistiram à diligência) aos autos do processo incidente, estando ele formalmente em ordem, ordenará o Juiz

se proceda à inscrição do seqüestro no Registro de Imóveis (CPP, art.

128). A Lei n. 6.015/73 fala em registro - cf. art. 239. Neste há um livro proprio para tais registros. Feito este, o Oficial, ao mesmo tempo,

anota à margem da transcrição aquisitiva (a transcrição se faz em outro Livro) o número do registro do seqüestro. E isso por uma cautela elementar.

Determinando a lei se proceda à inscrição do seqüestro (rectius: registro), outra coisa não fez senão acautelar mais ainda interesse do ofendido e de terceiros. Estes, se viessem a adquirir o imóvel, não poderiam ignorar que sobre ele havia a incidência de um direito sobre coisa alheia, vale dizer, não poderiam alegar ignorância quanto à existência daquela medida constritivo-patrimonial.

6. Embargos ao seqüestro

Uma vez realizada a diligência do seqüestro, podem ser opostos embargos, meios de defesa que, no particular, a lei processual penal confere: a) a terceiro senhor e possuidor; b) ao indiciado ou réu; c) ao terceiro de boa-fé.

Ainda aqui se nota a imprecisão terminológica do legislador. Em se tratando de medida cautelar, não há falar-se em embargos, mas, sim, em contestação, a não ser que o seqüestro se faça sobre bens de terceiro absolutamente estranho ao

delito. Assim, se o seqüestro recair sobre um imóvel de propriedade de pessoa absolutamente estranha à infração penal, poderá ela opor embargos de terceiro, nos termos do art.

1.046 do CPC, podendo ser contestados no prazo de 10 dias, consoante a regra do art. 1.053 do mesmo diploma. Se o seqüestro foi requerido pelo ofendido, a este cabe contestá~lo. Se ordenado pelo Juiz, de ofício, ou mediante representação da Autoridade Policial, pensamos, ainda,

caber ao ofendido, como parte interessada, fazê-lo. Se requerido pelo Ministério Público, a contestação ficará a seu cargo. Mesmo nas de mais hipóteses, como custos legis, deverá o órgão do Ministério Público ser ouvido.

Vimos que três pessoas podem opor "embargos" ao seqüestro. Uma delas é o terceiro senhor e possuidor. Quando o art. 129 do CPP fala em terceiro, sem receio

de contestação, afirmamos que a referência é feita ao terceiro senhor e possuidor do imóvel objeto do seqüestro. Trata-se de pessoa completamente estranha ao delito.

Assim, por exemplo, se, por equívoco ou má informação, seqüestrou-se um imóvel não adquirido do indiciado ou réu, ou, se o foi, a aquisição ocorreu muito antes do

crime que se lhe imputa, o seu proprietário e possuidor poderá opor embargos. Como bem diz Bento de Faria, não pode ser seqüestrada a coisa pertencente a terceiro

estranho ao delito (cf. Código de Processo Penal brasileiro, 1942, v. 1, p. 156). No mesmo sentido, Espínola Filho (Código, cit., v. 2, p. 383).

Vejase, também,

Magalhães Noronha (Curso de direito processual penal, 1978, p. 74).

Os embargos de terceiro senhor e possuidor, a que se refere o art. 129 do CPP, oferecem uma particularidade: devem ser julgados logo, não se aplicando a regra

contida no art. 130 do mesmo diploma, mesmo porque: a) o parágrafo guarda estreita relação com o artigo que prevê, e, portanto, a regra do parágrafo único do art.

130 é inaplicável aos embargos de que trata o art. 129; b) não seriajusto perdurasse tamanha violência ao direito de alguém que nada tem que ver com a infração.

Pode, também, o indiciado ou réu opor embargos. Aqui, entendemos não se tratar de embargos, mas, de contestação, nos termos do art. 802 do CPC.

Nesta

contestação, o indiciado ou réu poderá, apenas, quanto ao mérito, alegar não ter sido o imóvel adquirido com os proventos do crime.

Finalmente, também poderá opor "embargos" o terceiro de boafé. Ainda aqui entendemos tratar-se de contestação. Não basta apenas a boa-fé; é preciso que o

bem lhe tenha sido transferido a título oneroso. Satisfeita essa condição, deverá provar, na contestação (CPC, art. 802), a sua insciência quanto à proveniência ilícita do

imóvel, isto é, seu total desconhecimento de que o pretenso culpado o adquirira com os proventos da infração e, por isso mesmo, certo da licitude da aquisição.

Apresentados os embargos, o que poderá dar-se a qualquer tempo, nos termos do art. 1.048 do CPC, ou a contestação, no prazo de 5 dias, segundo o estatuído no art. 802, a decisão sobre tal incidente cautelar somente será proferida depois de haver transitado em julgado eventual sentença penal

condenatória. E a regra inserta no art. 130 do CPR Contudo, em se tratando de embargos de terceiro senhor e possuidor, embora possam ser opostos a qualquer tempo,

consoante a regra do art. 1.048 do CPC, se o forem logo em seguida ao ato constritivo da propriedade, é até aconselhável que o Juiz penal os solucione de pronto, a

menos haja questão de alta indagação, quando, então, as partes deverão ser remetidas às vias ordinárias.

Qual o Juiz competente para julgar o incidente9 A princípio pareceu-nos devesse ser o juízo cível. Mas, como o art. 133 do CPP determina que, após o trânsito

em julgado da sentença condenatória, o Juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público, recolhendo-se

- do dinheiro apurado - ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou terceiro de boa-fé, fácil concluir-se que a competência para tais providências é do próprio

Juiz penal. Se é este quem determina a avaliação e leilão, na hipótese do art. 122 do CPP, tendo em vista a regra contida no art. 91, 11, a e b, do CP, não há razão seria

que justifique o deslocamento da competência para o cível, na hipótese do art. 133 do estatuto penal, quando a mesma regra do art. 91, 11, a e b, do CP deverá ser

observada. 0 preceituado no art. 143 do CPP é aplicável à hipoteca legal e ao seqüestro referido no art. 137 do estatuto processual penal. Fosse o juízo cível, o caput

do art. 133 teria redação igual à do art. 143.

7. Levantamento do seqüestro

0 levantamento do seqüestro dá-se quando ele perde a sua eficácia. Isso ocorre em três hipóteses:

1 .') Se a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias, prazo esse que se conta a partir da data em que ficar concluída a diligência. Assim, realizado o

seqüestro (e não sua inscrição) no dia 1.' de março, se até o dia 30 de abril não for proposta a ação penal, o seqüestro perde a sua eficácia. Se requerido pelo ofendido,

a este cabe o pagamento de eventuais despesas com a diligência. Tratandose, como se trata, de medida por demais violenta, não teria sentido sua perduração.

2.') Se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, 11, b, se gunda parte, do CP É óbvio que se trata do terceiro de boa-fé, a que se refere o art. 130, 11, do CPR De fato. Dizendo a lei "o terceiro, a quem tiverem sido

transferidos os bens", subentende-se: os bens que foram adquiridos com os proventos da infração, mesmo porque outros não podem ser objeto da medida cautelar de

que tratamos. Assim, se o terceiro de boa-fé quiser levantar a medida constritiva (pois o julgamento dos embargos se dará após o trânsito em julgado de eventual

sentença condenatória), poderá fazê-lo, conquanto preste caução idônea de molde a assegurar o que dispõe a segunda parte do inc. Il do art. 91 do CP, isto é, qualquer

bem ou valor que constitua provento auferido pelo agente com a prática do fato criminoso reverterá aos cofres da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de

boa-fé. Então, ad cautelam, deve este fazer a caução, que consistirá em depósito em dinheiro, papéis de créditos, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais

preciosos, hipoteca, penhor ou fiança, tudo nos termos do art. 827 do CPC. Claro. Se um dos efeitos secundários da sentença condenatória com trânsito em julgado

consiste na perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, producta sceleris ou de qualquer bem ou valor

que constitua proveito auferido pelo agente com a prática da infração penal, natural, pois, deva ser tomada a cautela do levantamento do seqüestro mediante a caução.

3.') Levantada também será a medida, se for julgada extinta a punibilidade ou

absolvido o réu por sentença trânsita em julgado. Se a sentença penal

condenatória torna certa a obrigação de satisfazer o dano ex delicto e, ao mesmo tempo, produz aqueles efeitos a que se refere o art. 91 do CP, já o mesmo não

acontece com a sentença absolutória e a que julga extinta a punibilidade.

É certo que a sentença de absolvição, em princípio, e a que julga extinta a punibilidade não

impedem a propositura da ação civil para a satisfação do dano. Contudo, uma vez que a sentença no juízo penal não foi condenatória, teria o ofendido de promover no

cível (e assim mesmo dependendo do fundamento da absolvição) a competente ação com vistas ao ressarcimento do dano, e, mesmo que já o houvesse feito (art. 64),

não teria sentido perdurasse o seqüestro, porquanto a certeza quanto à obrigação de satisfazer o dano que a sentença penal condenatória traduz se dissipou e esvaeceu.

Por outro lado, como se trata de providência tomada em caráter provisório e excepcional, pela Justiça Penal, tendo em vista os efeitos civis da sentença penal

condenatória, entendeu o legislador não deves~

se a medida perdurar se absolutória a decisão, ou se a punibilidade fosse julgada extinta, tanto mais quanto, no cível, o ofendido poderá requerer a mesma providência,

que será devidamente apreciada pelo órgão competente.

8. Seqüestro de móveis

Se, porventura, o indiciado ou réu, com os proventos ou produtos do crime, vier a adquirir bens móveis, estes também poderão ser seqüestrados, desde que

existam indícios veementes da sua proveniência ilícita. Mesmo hajam sido

transferidos a terceiros, ainda assim poderá ser decretada a medida constritiva.

Aplicam-se ao seqüestro de móveis todas as disposições pertinentes ao de imóveis, salvante, é óbvio, a que se refere à inscrição. Esta se faz para os imóveis.

Desse modo, o que falamos sobre seqüestro de imóveis tem inteiro cabimento aqui.

Diz o art. 132 do CPP que somente se procederá ao seqüestro de bens móveis (desde que haja indícios veementes da sua proveniência ilícita) se não for cabível a

busca e apreensão, que constitui outra medida constritiva. Ora, nem sempre é cabível a busca e apreensão, mesmo se saiba da proveniência ilícita da coisa. Se Mévio

furta uma jóia, vende-a e, com o dinheiro, vem a adquirir um aparelho televisor, não se pode dizer seja este o produto do crime, ou melhor, coisa obtida por meio

criminoso, e, assim, não sendo possível a busca e apreensão, a medida cabível é o seqüestro, nos termos do art. 132. Se não dermos tal interpretação aos arts. 132 e

121 do CPP, haverá indisfarçável antinomia entre as regras contidas naqueles dispositivos. Entretanto, como na lei não há palavras inúteis, concluímos que o art. 132

se refere: L') às coisas adquiridas com o delito, mediante sucessiva especificação; 2.') às coisas adquiridas com o delito mediante alienação.

9. Sentença penal condenatória

Um dos efeitos civis da sentença penal condenatória com trânsito em julgado é tornar certa a obrigação da satisfação do dano ex delicto, consoante a regra do art.

91, 1, do CP e do art. 63 do CPP. Sendo a sentença penal condenatória trânsita em julgado título ilíquido, mas certo, no campo do ressarcimento do dano,

permitindo,

por isso mes

mo, ao ofendido, seu representante legal ou herdeiros ingressar no cível com a execução por título judicial, equivalente à ação executória do CPC

ab-rogado, é curial.

que o ofendido, ou quem de direito, há de promover-lhe a execução, mormente havendo certeza da existência de bens que a garantem e se encontram retidos. Que essa

execução se faça no cível nenhuma dúvida pode haver, em face da regra contida no art. 63 do CPP.

Entretanto dispõe o art. 133 desse mesmo estatuto que, transitada em julgado a sentença penal condenatória, o Juiz, de ofício ou a requerimento do interessado,

determinará a avaliação e a venda dos bens seqüestrados em leilão público. E seu parágrafo acrescenta: do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que

não couber ao lesado ou terceiro de boa-fé.

Se a execução, para efeitos civis, processa-se no cível. e se o art. 143

do CPP determina, por outro lado, que, após passar em julgado a sentença condenatória, os

autos do seqüestro ou da hipoteca serão remetidos ao juízo cível, é de indagar: afinal de contas, passando em julgado a sentença penal condenatória, é o Juiz penal ou

cível quem deve determinar a avaliação e leilão dos bens seqüestrados?

A resposta a essa indagação tem encontrado opiniões conflitantes.

Magalhães Noronha entende ser ínaplicável, na sede penal, o que se contém no

art. 133 (cf.

Processo penal, p. 101). Tornaghi, em comentários ao art. 133, deixa entrever seja o penal e, fazendo considerações a respeito do art. 143, afirma ser o Juiz penal (cf.

Comentários, cit., v. 2, p. 363 e 385). Espínola Filho, um dos mais lúcidos comentadores do nosso diploma processual penal, não traz muitas luzes, como se constata

pelo verbete "0 juiz competente para a aplicação do saldo do leilão dos bens seqüestrados" (cf. Código, cit., v. 2, p. 394, n. 312).

Já reformulamos nosso entendimento. Tais providências ditadas pelo art, 133 e seu parágrafo do CPP devem ser tomadas pelo Juiz penal. A princípio pareceu-nos devesse ser observada a regra contida no art- 143 do CPP.

Agora, com absoluta firmeza, concluímos que aquele dispositivo se refere à hipoteca legal e ao

seqüestro tratado no art. 137 do mesmo diploma, porquanto o saldo do leilão servirá, apenas, para o ressarcimento ou reparação do dano. Na hipótese do art. 133 do

CPP, não; o que não couber ao lesado será recolhido ao Tesouro Nacional, como efeito secundário da sentença penal condenatória, ex vi do art. 9 1, 11, b, do CR Se é

o Juiz penal quem determina o leilão, na hipótese de produtos de crime, por que razão não poderá fazê-lo, quando se trata de coisas adquiridas com o produto da infração? Ademais, devesse o Juiz penal remeter os

autos ao juízo cível, o art. 133 teria redação idêntica àquela do art.

143.

10. Hipoteca legal

Esta é outra medida assecuratória que pode ser requerida perante o Juiz penal.

Diverge profundamente do seqüestro, de que cuidamos, muito embora haja entre ambos os institutos profundos laços que os aproximam. Os bens seqüestrados ou hipotecados ficam seguros e, além disso, servem de garantia para a satisfação do dano ex delicto.

A hipoteca, na límpida definição de Orlando Gomes, é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento da dívida (cf. Direitos reais, Forense, p. 493, n. 298).

A hipoteca pode ser convencional, judicial ou legal. A primeira, que é a comum, é a que se constitui mediante contrato celebrado entre o credor e o devedor da obrigação principal. A judicial é a que decorre de uma sentença. Consiste no direito conferido ao exeqüente de uma sentença de prosseguir na execução desta contra os adquirentes dos bens do executado (cf. Orlando Gomes, Direitos, cit., p. 501).

Interessa~nos a hipoteca legal, isto é, aquela que é instituída pela lei, como medida cautelar, em favor de certas pessoas, para a garantia de determinadas obrigações.

Realmente, dispõe o CC no art. 827, VI, que a lei confere hipoteca ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para a satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas.

Uma vez que o ofendido faz jus à satisfação do dano ex delicto, que se concretiza, quer pela restituição, quer pelo ressarcimento ou reparação, já sabemos que, se o produto do crime puder ser apreendido, far-se-á a restituição, maneira singela e rápida de se satisfazer aquele. Se, com os proventos do crime, o criminoso vier a adquirir bens imóveis ou moveis, a providência cautelar a ser tomada é o seqüestro. Sendo este incabível, o ofendido, seu representante legal ou herdeiros poderão, no juízo penal, requerer a especialização de hipoteca legal sobre os imóveis do réu, em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da

infração e indícios

suficientes de autoria.

Embora o art. 134 fale em imóveis do indiciado e, mais adiante, no próprio corpo, diga que a medida pode ser requerida em qualquerfase do processo, concluí-se que o legislador empregou a palavra indiciado de maneira inadequada, porquanto não existe indiciado quando já se iniciou o processo. Usa-se

o termo

indiciado para significar o sujeito passivo da pretensão punitiva antes do ajuizamento da ação. Daí dizer o inc. V do art. 6.' do CPP que a Autoridade Policial deve ouvir o indiciado. Já o art. 41

esclarece que a denúncia deve conter a qualificação do réu...

Assim, dizendo o art. 134 que a especialização de hipoteca legal pode ser requerida em qualquer fase do processo, que pressupõe a ação penal instaurada,

inadequado é, no mesmo dispositivo, o emprego da palavra indiciado.

Por outro lado, o art. 134 esclarece que a hipoteca legal pode ser requerida... Com bastante acerto, Tornaglii critica a redação. Se a hipoteca já existe ope legis,

então o que se requer não é a hipoteca, mas a sua especialização e inscrição (cf. Comentários, cit., v. 2, p. 370).

11. Pressupostos

Para ser requerida a especialização da hipoteca legal, é preciso a coexistência desses dois pressupostos: a) certeza da existência da infração aparte objecti, isto é,

prova inequívoca da materialidade do fato delituoso; b) indícios suficientes de autoria. Estes, na sugestiva definição de Borges da Rosa, são os capazes de tranqüilizar

a consciência do Magistrado. Ou, como diz Tornaglii, são os que bastam para convencer.

Oportunidade. A especialização de hipoteca legal pode ser requerida em qualquer fase do processo. Uma vez instaurado este, ou, melhor dizendo, uma vez

angularizada a relação processual, o que se verifica com o início da ação penal, já pode o interessado requerer a providência.

Autoridade competente. E claro que, se for proposta a ação civil ex delicto, pode o interessado requerer a medida no juízo cível, como pode, também, requerer

outras medidas cautelares. Mas, como estamos tratando das medidas precautórias; solicitadas no juízo criminal, fácil, pois, afirmar que a competência é do Juiz que

estiver à frente do processocrime.

Legitimidade. A especialização de hipoteca legal pode ser requerida pelo ofendido, pelo seu representante legal ou até mesmo pelos herdeiros. Neste sentido, os arts. 134 do CPP e 827, VI, e 842, 1, do CC. Pode também ser requerida pelo órgão do Ministério Público, desde que: a) o ofendido seja pobre

e o requerer, sendo que o conceito de pobreza é aquele fornecido pelo art. 32, § 1.', do CPP: "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"; b) se houver interesse da Fazenda Pública. É como soa o art. 141 do CPR E,

nos termos do art. 827, VII, do CC, pode a Fazenda Pública, por intermédio do Ministério Público, requerer a medida para garantia do cumprimento de penas

pecuniárias e pagamento das custas.

Hoje, entretanto, com o aviltamento da nossa moeda e em face da inflação avassaladora, é óbvio que o órgão do Ministério Público não terá necessidade de

recorrer a medida tão extrema, simplesmente com o propósito de garantir eventuais penas pecuniárias e despesas processuais.

Finalidade. A hipoteca legal de que cuidamos tem, por finalidade, garantir: a) a satisfação do dano ex delicto; b) o pagamento de eventuais penas pecuniárias e

despesas processuais. Aquela, explicitada na letra a, prefere-se a estas.

É como soa o art. 140 do CPP.

Procedimento. A pessoa interessada no pedido de especialização de hipoteca legal, ao se dirigir ao Juiz penal competente, em petição que deve ser fundamentada

quanto aos pressupostos da medida constritiva (prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria), estimara os prejuízos, isto é, calculará o valor da

responsabilidade civil a cargo do réu e individualizará o imóvel ou imóveis de sua propriedade, que deverão constituir o garante, pronunciando-se sobre o valor que se

lhes atribuir. Deve, por outro lado, o interessado juntar documentos comprobatórios da estimativa da responsabilidade civil, bem como certidões dos títulos dominiais.

Se o réu tiver outros imóveis, cumpre ao interessado, na petição, indicá-

los, tal como determina o § 1." do art. 135.

Pelo que se infere do art. 135 do CPP, essa estimativa da responsabilidade civil e dos imóveis indicados como garantia, feita na petição do interessado, não é

definitiva, mesmo porque cumprirá ao Juiz, de imediato, nomear perito (ou, dependendo da hipótese, o próPrio contador judicial), a fim de proceder ao cálculo do

valor da responsabilidade e determinar, também, que se proceda à avaliação dos imóveis especializados, isto é, dos imóveis indicados, como veremos a seguir.

Apresentado o requerimento, o Juiz proferirá despacho determínando a sua autuação, formando-se, destarte, o processo incidental que correrá em apartado (normalmente em apenso aos autos do

processocrime), tal como determina o art. 138 do CPP.

Conclusos os autos do incidente, o Juiz, caso entenda estarem satisfeitos os pressupostos para a decretação da medida constritiva (prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria), nomeia perito para proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade, bem como para avaliar os imóveis indicados.

Embora a Súmula 361 diga ser nulo o exame pericial, no Processo Penal, realizado por um só perito, o § 2." do art. 135 fala apenas emperito.

Como a especialização de hipoteca legal não é providência que tenha reflexo no julgamento da causa criminal, mas esta é que se vai refletir naquela, inaplicável a cautela da Súmula, no particular.

Realizadas as diligências ordenadas pelo Juiz e conclusos os autos, determinará ele que se abra vista às partes, para, no prazo comum de 2

dias, manifestarem-se sobre a estimativa da responsabilidade e avaliação do ou dos imóveis. Em seguida, com a sua prudência, corrigirá o arbitramento do valor da responsabilidade, colocando-a nos seus devidos limites, aumentando-a, se deficiente aquele, ou restringindo-a, se excessivo.

Quais as partes que se manifestam no prazo comum de 2 dias e que correrá, por isso mesmo, em Cartório? A que solicitou a medida e o réu. Intuitivo deva também manifestar-se o órgão do Ministério Público, como fiscal da lei, mesmo porque a garantia do ressarcimento do dano que a hipoteca traduz alcança, também, as despesas processuais e as penas pecuniárias (CPP, art. 140).

Estabelecido o valor da responsabilidade, o Juiz então determinará se proceda à inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis que forem necessários àquela garantia, fazendo expedir ofício ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis, nesse sentido.

A inscrição da hipoteca é requisito indispensável a fim de valer contra terceiros.

A propósito, o art. 828 do CC: "As hipotecas legais, de qualquer natureza, não valerão em caso algum contra terceiros, não estando inscritas e especializadas". Especializar é individuar o imóvel sobre o qual vai incidir a medida de coerção real e precisar o valor da responsabilidade. Nem seria possível a inscrição se não houvesse esses dados. Daí dizer o art. 846 do CC: a inscrição da hipoteca, legal ou convencional, declarará: a) o nome, o domicílio e a profissão do credor e do devedor; b) a data, a natureza do título, o valor do crédito (valor da responsabilidade); c) a situação, a denominação e os característicos da coisa hipotecada.

Caução. Se, porventura, o réu não quiser que seu imóvel ou imóveis fiquem hipotecados, poderá evitar a inscrição - com a qual se efetiva a providência - oferecendo caução suficiente, isto é, equivalente à responsabilidade civil, despesas processuais e eventuais penas pecuniárias, em dinheiro ou em títulos da dívida pública, federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação mínima no ano corrente. E a regra contida no art. 820 do CC, semelhante à traçada no §

6.' do art. 135 do CPR

Ainda assim, é bom que se frise: ao Juiz reserva-se a faculdade de aceitar ou não a caução. 0 § 6." do art. 135 diz que o Juizpoderá deixar de mandar proceder à inscrição, revelando, assim, com o emprego do verbo poder, mera faculdade.

12. Medida preventiva

Muitas vezes o processo de inscrição e especialização da hipoteca legal se alonga no tempo, e, com o intuito de oferecer maiores garantias à vitima do crime, ou ao Ministério Público, na hipótese do art. 142, permite o art. 136 do CPP às pessoas a tanto legitimadas a formulação de pedido no sentido de serem seqüestrados os bens sobre os quais se pretenda recaia a hipoteca, até que essa medida constritiva se concretize. Trata-se de excelente expediente para jugular possível fraude por parte do acusado.

0 pedido do "seqüestro" fica, contudo, e como sempre, à discriÇão do Juiz penal. Uma vez deferida a petição, nesse sentido, e efetivada a diligência, deverá a parte interessada promover o processo de inscrição e especialização da hipoteca legal, dentro do prazo de 15 dias, sob pena de ser revogada a medida preliminar, isto é, aquele seqüestro Prévio, como lhe chama, acertadamente, WalterAcosta

(cf.

Oprocesso, cit., p. 216).

A lei estabelece o prazo de 15 dias, a partir da efetivação do seqüestro prévio, para o interessado promover o processo de inscrição e especialização da hipoteca legal. Quer isto dizer que, se a parte não

ingressar com o pedido a que se refere o art. 134 do CPP dentro daquele prazo, será revogada aquela medida que se tomou antecipadamente. Por outro lado, se, dentro do prazo fixado, o pedido der entrada em juízo, o seqüestro prévio subsistirá até que se efetive a inscrição da hipoteca.

Cumpre assinalar que o art. 136 do CPP empregou mal, e muito mal, a palavra seqüestro. Se este consiste na retenção da coisa litigiosa e se o imóvel ou imóveis do réu que se pretende seqüestrar, para, em seguida, sobre eles fazer incidir a hipoteca, são coisas absolutamente estranhas à infração penal, obviamente não podem ser objeto de seqüestro. Melhor seria se se falasse de arresto. Enquanto seqüestro significa retenção de determinado objeto, do objeto sobre o qual se litiga, o arresto é medida que se toma para conservar o que for suficiente para o cumprimento do que é devido, conforme definição de Pontes de Miranda (ef. Comentários ao Código de Processo Civil (ab-rogado), v. 8, p. 327). Assim, quaisquer bens podem ser objeto do arresto. Na hipótese do art. 136 do CPP, o que se permite é arresto e não seqüestro.

Todavia, mesmo que se queira falar em seqüestro (embora não seja correto), não se deve confundi-lo com aqueloutro a que se referem os arts. 125 e 126 do CPP, porquanto, naquelas hipóteses, a coisa seqüestrável foi adquirida com os proventos do crime. Na outra (e é a hipótese do art. 136), a coisa nada tem que ver com a infração penal.

Quaisquer bens imóveis do réu, desde que bastantes para o cumprimento da responsabilidade civil, despesas processuais e eventuais penas pecuniárias, podem ser seqüestrados (rectius: arrestados).

13. Liquidação definitiva

Havendo eventual sentença penal condenatória com trânsito em julgado, os autos

da hipoteca serão remetidos ao juizo civel, nos termos do art. 143

do CPP, combinado com o art. 63 do mesmo

estatuto e com o art. 575, IV, do CPC,

Evidente que a remessa se fará uma vez conhecido o Juiz competente. Se a ação civil já foi proposta e se encontrava sobrestada, aguardando o julgamento da causa penal, far-se-á sem maiores delongas. Do contrário, o Juiz penal terá de aguardar o início da execução no cível para, fixada a competência, proceder nos termos do art. 143 do CPP.

No cível, obedecer-se-á à regra contida no § 5.' do art. 135 do CPP, que diz: "0 valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória".

E claro que tal providência há de ser tomada no juízo competente, e, nos termos do art. 575, IV, do CPC, combinado com o art. 100, pa-rágrafo único, do mesmo estatuto, o Juiz competente para a execução da sentença penal condenatória, com vistas à satisfação do dano ex delicio, e o cível do domicílio do autor ou do lugar da infração.

Se a liquidação é ato de execução e se esta se faz no cível, mais que evidente ser inaplicável, na sede penal, o que se contém no § 5.' do art.

135 do CPP.

Note-se, ademais, que o Min. Francisco Campos, na Exposição de Motivos que acompanha o CPP, cuidando da reparação do dano ex delicto, criticou aqueles sistemas que permitem a satisfação do

dano na esfera

penal, e acentuou: "A obrigação de reparar o dano resultante do crime não e uma conseqüência de caráter penal, embora se torne certa quando haja sentença condenatória no juizo criminal. A invocada conveniencia prática da economia de juízo não compensa o desfavor que acar-retaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal"

(Exposição de Motivos, n. VI).

Constituem tais palavras um argumento a mais a favor do nosso entendimento.

14. Absolvição

Ocorrendo sentença penal condenatória e transitada esta einjulgado, proceder-se-á de acordo com o art. 143 do CPP, tal como vimos no verbete anterior. Todavia, se a sentença penal for absolutória ou mesmo se julgada extinta a punibilidade, embora devesse o legislador autorizar, também, a remessa ao juízo cível, onde se aguardaria o desfecho de eventual ação civil ex delicto, preferiu, contudo, autorizar o cancela-inento da hipoteca, uma vez transitadas em julgado tais decisões. É a regra contida no art. 141 do CPP. Talvez entendesse o legislador que, uma vez absolvido o réu ou julgada extinta a punibilidade, as perspectivas de êxito numa eventual ação civil seriam muito remotas, e, para evitar que a medida constrítíva, consistente na hipoteca dos imóveis do

réu, se prolongasse por mais tempo, "eternizando-se e se transformando em meio de opressão contra o acusado", preferiu autorizar o cancelamento.

15. Seqüestro (arresto) de móveis

Ainda aqui foi infeliz o legislador no emprego da palavra seqüestro. Diz o art. 137 do CPP que, "se o responsável não possuir bens imóveis, ou os possuir de

valor insuficiente, poderão ser seqüestrados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que éfacultada a hipoteca legal dos móveis" (sic).

Evidente não se tratar de seqüestro, mas sim de arresto. Valem aqui as mesmas observações que fizemos no verbete "Medida preventiva", no que respeita à

distinção entre seqüestro e arresto. Poderíamos dizer assim, interpretando o art. 137: se fosse possível, normalmente, a hipoteca de móveis, a regra ali traçada não teria

razão de ser, e o art. 134 falaria em hipoteca de imóveis e móveis. Mas, como não se admite hipoteca de móveis, a não ser nas excepcionais hipóteses de

navios e

aeronaves, permitiu o legislador às pessoas legitimadas a requerer a hipoteca legal a faculdade de, na ausência de bens imóveis em nome do réu ou, se existentes,

forem insuficientes para cobrir a responsabilidade civil, despesas processuais e penas pecuniárias, solicitarem o arresto de bens móveis.

Temos, então, duas situações: a) A parte interessada requer a especialização e inscrição da hipoteca legal. Entretanto o bem especializado para ser hipotecado (e

não havia outro para sê-lo também) é de valor inferior à estimativa da responsabilidade civil. Nesse caso, para fortalecer a garantia, havendo bens móveis, podem ser

arrestados. b) 0 réu não é possuidor de nenhum imóvel. Desde que possua móveis, estes podem ser arrestados. Aplica-se o refrão: quem não tem cachorro, caça com

gato...

Evidente, também, que esses bens arrestáveis não são producta sceleris nem adquiridos com os proventos da infração. Enfim: os bens que podem ser arrestados

não são os de ilícita proveniência. Para estes, as medidas são outras: a busca e apreensão e o seqüestro, a que se referem os arts. 240 e 132, combinados com o art.

126, todos do CPP.

Fazendo-se a abstração desses bens, que podem ser objeto de busca e apreensão ou do seqüestro, a que se refere o art. 132, indaga-se: quaisquer outros bens

móveis do réu podem ser arrestados? 0 próprio art. 137 estabelece uma restrição: somente aqueles que forem suscetíveis de penhora. Esta é, também, outra medida

constritiva do património e exclusiva do processo de execução. Regulando-a, o CPC estabelece quais os objetos que não podem ser penhorados. Diz o art. 649 do

CPC serem impenhoráveis: a) os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; b) as provisões de alimento e de combustível

necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês; c) o anel nupcial e os retratos de família; d) os vencimentos dos Magistrados, dos professores e

dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia; e) os equipamentos dos militares; J) os livros, as máquinas, os

utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; g) as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de

institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família; h) os materiais

necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas; i) o seguro de vida*.

Desse modo, desde que se trate de bens impenhoráveis (e já sabemos quais são), sobre eles, em face da expressa determinação do art. 137 do CPP, não pode

incidir o seqüestro (rectius: arresto).

Cabimento. 0 seqüestro, de que trata o art. 137 do CPP, é permitido nos termos em que é facultada a hipoteca legal. De conseguinte, conclui-se que o pedido

somente poderá ser formulado uma vez iniciada a ação penal e desde que satisfeitos os pressupostos: a) prova da materialidade do crime; b) existência de indícios

suficientes de autoria.

Embora o art. 137 do CPP diga que o seqüestro é permitido "nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos móveis", é evidente ter havido um erro

tipográfico, porquanto, entre nós, os bens móveis, com exceção dos navios e aeronaves, estão excluídos do Direito hipotecário. 0 que o legislador quis dizer, ali, é que

o seqüestro está sujeito às mesmas condições de legitimidade e de oportunidade e aos mesmos pressupostos que a lei estabelece para o pedido de inscrição e especialização da hipoteca legal dos imóveis. Deverá também o seqüestratário,

* Também é impenhorável o imóvel residencial, próprio do casal (Lei n.

8.009, de 29-3-1990).

1

tal qual no pedido de hipoteca, estimar a responsabilidade e o valor dos Absolvição. Se a sentença penal for absolutória ou houver sidojul ad

bens móveis cujo seqüestro requerer.

"Para efetívar-se esse seqüestro é preciso se proceda ao arbítramento

da responsabilidade e à avaliação dos móveis, como se faz para a espe cialização da hipoteca legal sobre imóveis e, por isso, é necessário faça o ofendido ou o órgão do Ministério Público, requerendo-o, a prévia estima, de que trata o art. 135, designando, outrossim, os móveis, cujo seqüestro deseja com a prova, ainda, de não possuir o delinqüente imó veis, ou que pleiteie o seqüestro de móveis, como complemento da especialização de hipoteca legal sobre imóvel insuficiente para garantir a responsabilidade civil do agente" (Espínola Filho, Código, cit., v. 2, p. 409).

16. Bens fungíveis

Todavia, se esses bens móveis, que podem ser seqüestrados (rectius: arrestados), nos termos do art. 137, forem fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á nos termos do § 5.' do art. 120 do CPP (cf.

CPP, art. 137, § L').

São fungíveis os bens moveis que podem ser substituídos por ou tros do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Assim, se empresto a Mévio 500 dólares e, um mês após, ele me devolve a quantia empres tada, o bem devolvido é o mesmo em gênero, quantidade e qualidade.

Entretanto, se esses bens fungíveis forem facilmente deterioráveis (um carro de milho, p. ex.), haveria a possibilidade, em virtude da de mora na solução do incidente, de se estragarem, de se adulterarem. Então, ad cautelam, determina o § L" do art. 137 sejam eles avaliados e leva dos a leilão público, depositando-se o quantum apurado. De preferên cia tal depósito deve ser feito em agencia do Banco do Brasil ou das Caixas Econômicas Federal ou Estadual. Não havendo estes, em qual quer outro estabelecimento de crédito.

Destinação. Transitada em julgado eventual sentença condenatória, cumprirá ao Juiz penal, uma vez conhecido o juízo cível para a execu Ção (CPP, art. 63, e CPC, art. 575, IV), a ele remeter os autos do pro cesso incidente do seqüestro (rectius: arresto). Se os bens arrestados forem fungíveis e facilmente deterioráveis, uma vez avaliados, levados a leilão e depositado o quantum apurado em estabelecimento de crédi to, à disposição do juízo cível ficará o referido depósito.

seextinta a punibilidade, uma vez transitada emjulgado a decisão, levacntau-o arresto, e os objetos serão devolvidos ao acusado (art. 141).

Rendas. Bem pode acontecer que os bens móveis arrestados propiciem rendas. Nessa hipótese, caberá ao Juiz arbitrar certa importância proveniente desses rendimentos, com a finalidade de prover à manutenção do réu e de sua família.

17. Responsável civil

Já vimos que a responsabilidade penal é independente da civil, e a tal ponto chega essa independência que, às vezes, pelo mesmo fato, não é responsável civil o que o é criminalmente.

Com efeito, diz o parágrafo único do art. 1.518 do CC: "São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521".

E este dispõe: "São também responsáveis

pela reparação civil: a) os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia; b) o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; c) o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art.

1.522); d) os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue, por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; e) os que gratuitamente houverem participado

nos produtos do crime, até à concorrente quantia".

Por esta razão e para acautelar os interesses do ofendido ou da Fazenda Pública, estando em curso a ação penal por fato cuja responsabilidade civil, ainda que solidária, seja de uma das pessoas enumeradas no art. 1.521 do CC, podem o ofendido, seu representante legal ou sucessores ou até o Ministério Público (este na hipótese do art. 142

do CPP) requerer, no juízo cível, contra o responsável civil, as medidas referidas nos arts. 134, 136 e 137 do CPP.

capítulo 35

Do Incidente de Falsidade

SUMÁRIO: 1. Origem da palavra documento. 2. Razão de ser do incidente. 3.

Súmula do incidente. 4. Procedimento. 5. A remessa ao Ministério Público.

6. Faz coisa julgada a decisão? 7. Legitimidade. 8.

0 Juiz poderá suscitar? 9. 0 processo principal ficará suspenso?

1. Origem da palavra "documento"

A palavra documento vem do latim documentum, que, por sua vez, deriva de docere, ensinar, esclarecer, fazer ver. Cícero chegou a empregar o verbo docere,

na

linguagem forense, com o sentido deprobare, e, por isso mesmo, não é de estranhar houvesse Tito Lívio usado o vocábulo documentum com o significado de prova, de

documento. Na verdade, se docere quer dizer ensinar, esclarecer, documento, que provém daquele verbo, denota e traduz a idéia de um escrito ou qualquer outra coisa

que sirva para ilustrar, provar ou comprovar algo.

No sentido amplo, documento, no dizer de Carnelutti, é tudo quano representa um fato. Daí o acerto de Tornaghi: as pirâmides, que atestarn a civilização dos

egípcios, são um documento de suas atividades, perpetuam a sua glória (cf. Instituições, cit., v. 5, p. 39).

No sentido estrito, entretanto, e é neste que o emprega o art. 232 do CPP, documentos são quaisquer escritos, instrumentos ou 1

papéis, públicos ou particulares. Enfim: a "expressão gráfica de um fato

" -

2. Razão de ser do incidente

Se a finalidade do Direito Processual e do Processo Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica, tal fim se alcança por meio das provas que se valoram segundo as normas previstas em lei. As provas, diz Brichetti, são os meios, e o procedimento é o método, ou seja, o conjunto das regras sob as quais a ação se desenvolve (cf. L'evidenza nel diritto processuale penale, Napoli,

1950, p. 7).

Evidente, pois, que a Justiça não lograria sua finalidade se os meios de que se vale para consegui-Ia não se revestissem de seriedade. As provas que não se apresentarem revestídas de sinceridade e seriedade devem ser expungidas,

porquanto poderiam levar o Juiz a cometer um erro, com graves prejuízos para a Administração da Justiça e para os litigantes.

A expunção, muitas e muitas vezes, se faz no ato do julgamento, no instante mesmo da valoração das provas. No que respeita ao documento, um dos mais importantes meios de prova, verdadeira testemunha que não se deixa niquelar e cujo valor probatório, por isso mesmo, é de elevado teor, quando não se apresentar com aqueles requisitos de seriedade e sinceridade, deve, à evidência, ser desprezado.

Da mesma forma que uma testemunha, quando mendaz, pode ser processada por falso testemunho, processada também poderá ser a pessoa que falsifica ideológica ou materialmente um documento

ou, ainda que não haja provocado sua mutação ou imitação, pelo menos dele haja feito uso conscientemente.

Enquanto a falsidade material afeta a autenticidade ou inalterabilidade do documento na sua forma extrínseca e conteúdo, a "ideológica afeta-o no pensamento que as suas letras encerram". Por isso mesmo ensina Tornaghi: para que um documento seja falso é bastante que tenha havído mutação ou imitação da verdade (inutaflo veritatis, imitatio veritatís), ou na sua feitura material ou no seu conteúdo ideológico (cf. Comentários, cit., v. 2, p. 387).

Se alguém subtrai uma folha de um receituário médico e nela faz inserir a prescrição de substância entorpecente, completando-a com outros dados, como se médico fosse, a falsidade é material, porquanto afetou a sua autenticidade, e ideológica, de vez que afetou o seu conteúdo ideológico.

Se o escrivão faz expedir uma certidão consignando que o réu foi absolvido, quando, na verdade, ocorreu condenação, embora o documento seja autêntico, materialmente verdadeiro, a afirmação que nele se contém é falsa, porque diversa da que devia ser escrita. Nesse mesmo exemplo, com timbre do cartório, sinal do escrivão e assinando como se escrivão fosse, se alguém fizesse expedir uma certidão, esclarecendo que o réu foi absolvido, a falsidade seria material e ideologicamente

falsa se, na verdade, houvesse ocorrido a condenação, e apenas materíalmente

falsa se, na verdade, houvesse sido proferida sentença absolutória.

3. Súmula do incidente

Não vamos tratar, neste capítulo, do crime de falsidade documen tal, mas do procedimento adotado pelo CPP para solucionar questão incidental visando a ilidir a força probatória de documento acaso juntado aos autos de um processo criminal.

Uma vez inquinado o documento de vício que afeta a sua sinceridade, tal questão incidental dá margem a um processo especialmente estabelecido para a averiguação da pretendida falsidade. Autuada em apartado a argüição, permanecem, contudo, os autos desse incidente apensados aos autos do processo no qual se juntou o documento.

Após a manifestação dos interessados e de outras diligências acaso necessárias, o Orgão Jurisdicíonal que estiver à frente do processo principal proferirá a sua decisão, da qual cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XVIII, do CPR Tornando-se inimpugnável a decisão, o que se dá com a preclusão da via impugnativa, o documento reconhecido falso será, após aquela providência apontada no art. 15 da Lei de Introdução ao CPP, desentranhado dos autos e encaminhado, juntamente com estes, onde se processou o incidente, ao órgão do Ministério Público para, se for o caso, apurar a responsabilidade da falsificação. Apurada esta, instaurar-se-á outro processo contra o falsário..

Insta esclarecer que, mesmo desconhecida a autoria da falsidade nlaterial ou ideológica, ainda responderá criminalmente aquele que, 1

em sã consciência, fez uso do documento falso. A propósito de falsidade, vejam-se os arts. 296 a 305 do CP, notadamente os arts. 297, 298 e 304.

4. Procedimento

A falsidade deve ser argüida por escrito. 0 requerimento, assinado pela própria parte, ou por Procurador com poderes especiais, será dirigido ao Juiz da causa

principal, e este, então, de início, limitar-se-á a determinar seja aquele autuado

em apartado. Cumprida a determinação e indo os autos conclusos, determinará o Juiz

que a parte contrária se manifeste em 48 horas, contestando ou não a impugnação do documento.

Após a resposta, duas soluções se entreabrem: a) se a parte reconhecer a falsidade, ainda assim deve o Juiz, de ofício, determinar a realização de diligências para

a sua averiguação, em face do preponderante interesse público e, principalmente, naquelas hipóteses, ainda que remotas, de possível colusão das partes. Concluídas as

diligências, decidirá. b) Se a parte contestar, determinará o Juiz seja aberta vista dos autos incidentes, pelo prazo de 3 dias, para cada uma das partes, para provar suas

alegações. Evidente que o prazo não é concedido para ser requerida a prova, mas para que ela se faça. E deve ser assim, para que a delonga não possa prejudicar o

julgamento da causa principal, mormente se iminente estiver a prescrição, salvo se a hipótese puder subsumir-se no inc. 1 do art. 116 do CP, caso em que haveria a

suspensão do prazo prescricional. Entretanto, se as provas com as quais as partes pretendem fortalecer suas alegações forem periciais, nem sempre há a possibilidade

de um pronunciamento rápido dos peritos. Note-se, ainda, que, se o exame para a comprovação da autenticidade do documento for o grafológico, a regra aplicável é

aquela traçada no art. 174 do CPP, o que demanda tempo.

Cremos que, mesmo em se tratando de processo por crime de exclusiva ação penal privada, em que falarão no incidente o querelante e o querelado, indeclinável

se faz a ouvida do órgão do Ministério Público, como custos legis, e também em face do interesse em saber se houve ou não crime de falsidade.

Em seguida à dilação probatória, os autos retomam ao Juiz, a quem fica a discrição de ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, as diligências necessárias para averiguação da impugnação. Normalmente, quando se suscita dúvida a respeito da seriedade de um documento, o elemento seguro de que

se pode valer para a dissipação das incertezas é o exame pericial. A segurança, contudo, não é absoluta. Haja vista a tormentosa questão das célebres cartas atribuídas

a Arthur Bemardes. A despeito da sua absoluta inautenticidade (comprovou-se, mais tarde, com a confissão do falsário), inúmeros peritos se pronunciaram atestando

sua idoneidade. E, entre estes, encontrava-se o grande Edmond Locard (cf.

Hélio Silva, Sangue na areia de Copacabana, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira,

1946).

0 laudo grafotécnico de Alphonse Bertillon, no caso Dreyffus, é o testemunho de que as perícias não constituem prova infalível. Certo que, com a evolução, a

passos largos, da técnica, a tendência é no sentido do seu total aprimoramento.

Colhidos os elementos de prova, caberá ao Juiz proferir a decisão. Acolha ou desacolha o requerimento que acoimou de falso o documento, a decisão é recorrível, segundo preceitua o art. 58 1, XVIII, do CPP.

Contudo, transitada em julgado a decisão proferida nos autos do incidente, se rechaçada a pretensão do argüente, o documento permanecerá nos autos principais;

se acolhida, será desentranhado, tendo antes o Magistrado o cuidado de observar o que dispõe o art. 15 da Lei de Introdução ao CPR In verbis:

"No caso do art. 145, n.

IV, do Código de Processo Penal, o documento reconhecido como falso será, antes de desentranhado dos autos, rubricado pelo juiz e pelo escrivão em cada uma de

suas folhas".

5. A remessa ao Ministério Público

Uma vez retirado dos autos, com a cautela acima apontada, o doCUMento, juntamente com os autos do incidente, será remetido ao órgão do Ministério Público

para as providências que entender de direito.

Se se configurou o falso, poderá oferecer denúncia contra o resPonsável ou, então, requerer a remessa dos autos do incidente e do documento tido como falso à

Polícia, para as diligências que entender indispensáveis à propositura da ação penal.

Concluindo de modo contrário, requererá o arquivamento das peças de informação (autos incidentes e documento falso). Tal será possível, por exemplo, se a

parte, inscientemente, juntou aos autos docu

1

1

mento falso, ignorada a autoria da falsidade; se da falsidade não advier a menor possibilidade de praejudicium alterius etc.

6. Faz coisa julgada a decisão?

Registra o art. 148 do CPP que a decisão proferida no processo incidental para a

apuração da falsidade documental não faz coisa julgada em ulterior processo,

penal ou civil. Isso significa que, mesmo instaurado o processo pelo crimenfalsi, o

Juiz que tiver de apreciálo (podendo inclusive ser o mesmo que apreciou o incidente) não fica vinculado àquela decisão

proferida nos autos do processo incidental.

A situação é, realmente, aberrante, pois daria margem a desencontro de decisões. Mas, como no processo incidental se objetiva ilidir ou não a força probatória do

documento, para mantê-lo nos autos ou deles ser expungido, conclui-se que o julgamento da falsidade, ali, se faz incidenter tantum, com eficácia limitada ao processo

incidental. 0 Juiz não a decide principaliter A resolução do incidente não é um verdadeiro julgado com as características da imutabilidade e imperatividade, mas precária decisão, com valor exclusivamente limitado ao fim de ser destruída a força probante do documento.

Nada impede, contudo, dependendo do caso concreto, possa a parte prejudicada com o desentranhamento do documento reconhecido falso ingressar no juízo

cível com a competente ação declaratória. E, se a sentenca criminal lhe for desfavorável (condenação) e no cível lograr êxito, poderá, munido de certidão da decisão do juízo cível, com a nota de haver transitado em julgado, promover a competente ação de revisão criminal.

7. Legitimidade

Quem pode suscitar o incidente de falsidade? Diz o art. 146 do CPP: "A argüição de falsidade, feita por procurador, exige poderes especiais". Se o legislador

quisesse restringir a legitimidade apenas àquele que tivesse capacidade postulatória, outra seria a redação. Daí o entendimento da doutrina no sentido de que o

incidente poderá ser levantado pela parte, pessoalmente, ou por procurador, desde que munido do instrumento procuratório com poderes especiais. Na procuração,

deverá a parte mencionar os autos do processo criminal onde se juntou o documento acoimado de falso, a individualização deste e, enfim, os poderes para impugnar sua sinceridade ou seriedade.

Poderão, assim, o próprio réu, a vítima (tenha ou não se habilitado como assistente de acusação), o querelante (que é o acusador nas ações iniciadas por meio de

queixa) e o querelado suscitar o incidente. Vejam-se, a propósito, Espínola Filho (Código, cit., v. 2, p. 418); Noronha (Curso de direito processual penal, p. 109);

Walter R Acosta (0 processo, cit., p. 217).

A parte que juntou o documento poderá argüir sua falsidade? Espínola Filho enfrenta o problema: não há proibição legal. Se, na juntada, agiu de má-fé, e depois

faz a argüição, por verificar que o tiro saiu pela culatra, e o documento só a prejudicar, ainda assim é de se atender ao inconveniente de reconhecer valor probante a um

documento falso, e sobre ele basear a sentença. 0 que cumpre é apurar a responsabilidade pela falsificação, ou falsidade, o que se provê no processo próprio (cf.

Código, cit., v. 2, p. 417).

Mesmo tenha agido de boa-fé e, mais tarde, tendo conhecimento da inidoneidade do documento, Poderá, em petição dirigida ao Juiz, levantar a questão.

Pensamos que, também na hipótese de ser argüida a falsidade pela propria parte que requereu a sua juntada, haverá necessidade de o Juiz proceder à verificação

da alegada inautenticidade, dada a possibilidade de conluio. A hipótese, embora não freqüente, pode ocorrer.

8. 0 Juiz poderá suscitar?

art. 147.

0 próprio Juiz, de ofício, poderá suscitar o incidente? Sim, di-lo o Se a ele cabe julgar o litígio, não teria sentido viesse a suspeitar da seriedade de algum documento juntado aos autos e, apenas porque as partes, por comodidade

ou ignorância, se omitiram, devesse também cruzar os braços. Seria realmente paradoxal que o órgão incumbido de fazer justiça não pudesse, ante a inércia das partes,

proceder à verificaÇão da falsidade de um documento que seria uma das pilastras sobre as quais se ergueria a sua decisão.

Para formar sua convicção, cabe-lhe apreciar livremente as provas. E, para apreciá-las e valorá-las, ele procede a uma análise crítica.

1

1

Desde que suspeite da falsidade de um documento juntado aos autos, nada o impede de proceder à verificação da sua idoneidade. Nem havia, no particular, necessidade de texto permissivo. 0 art. 147 do CPP, ad abundantiam, consigna a faculdade, talvez para reclamar a cuidadosa atenção do Juiz sobre a necessidade de rigorosa comprovação da idoneidade documental.

E, neste caso, como se instauraria o incidente? Walter P. Acosta, com acerto, entende que o Juiz deve baixar portaria (0 processo, cit., p.

218). Realmente. Cumprirá ao Magistrado, em despacho nos autos, manifestar a sua dúvida e, ao mesmo tempo, baixar a portaria para a verificação da falsidade. Autuada, determinará se manifeste, por primeiro, a parte que requereu a juntada do documento e, em seguida, a parte contrária, no prazo de 48 horas para cada uma delas.

Após, então, o procedimento obedecerá ao disposto nos incs. 11, 111 e IV

do art. 145 do CPR

9. 0 processo principal ficará suspenso?

0 incidente de falsidade documental autoriza a suspensão dos autos do processo onde se encontra o documento impugnado? Depende. De ordinário, se o documento não for imprescindível ao

julgamento da causa, o processo principal pode tramitar normalmente. Se, entretanto, o reconhecimento da existência da falsidade afetar a qualificação jurídicopenal do fato objeto do processo, tal incidente se transmuda numa verdadeira prejudicial, devendo o processo ficar paralisado, salvo quanto à ouvida de testemunhas ou outra prova de natureza urgente.

1

capitulo 36

Do Incidente de Insanidade

Mental do Acusado

SUMÁRIO: 1 - 0 fato típico. 2. A antijuridicidade. 3. A culpabilidade. 4.

A imputabílidade. 5. A importância do exame. 6. Critérios para se aferir a inimputabilidade. 7. Os menores de 18 anos. S. Os amentais. 9. A embriaguez. 10. Critério

biopsicológico. 11. Comprovação da inimputabilidade. 12.

Oportunidade para o exame de sanidade. 13. Legitimidade. 14.

Procedimento. 15. Quesitos. 16. A doença mental antes e depois da infração. 17. Não-vinculação do Juiz à perícia.

1. 0 fato típico

Para que haja crime , sob o aspecto formal, é preciso, antes de rnais nada, que a conduta humana se amolde a um dos tipos descritos na lei penal. Nullum crimen

sine lege. Por mais imoral que seja o coniportamento humano, se o legislador não o erigiu à categoria de fato típico, não há cuidar-se de crime. Haverá um indiferente penal, um fato atípico,

0 legislador define as várias figuras delituais. Definir uma figura delitual é dar-lhe os elementos estruturais. Se a conduta humana não se adequar à definição legal, não se poderá falar em crime. Logo, a tipicidade, que é a adequação da conduta humana (ação ou omissão) ao modelo legal, é um elemento formal do delito.

1

1-

1

Diz-se típico o fato quando o comportamento humano for enquadrável dentro de uma hipótese criminosa abstrata, como diz Bettiol. Se a con~ duta humana não puder emoldurar-se no conjunto dos

elementos descrítivos do delito, contidos na lei penal, haverá manifesta atipicidade. Poderá configurar um ilícito civil, ilícito administrativo ou, até mesmo, transgressão a preceito moral (incesto, p. ex.), mas não pode constituir crime.

Assim, se Mévio, sem justa causa, deixa de prover à subsistência da amante, não comete o crime definido no art. 244 do CP, muito embora reunidos se encontrem todos os elementos que compõem o delito de abandono material, exceto a qualidade da pretensa vítima, que, para o preceito legal, há de ser o côn uge, o filho menor de 18 anos ou inapto i

para o trabalho ou ascendente inválido ou valetudinário.

Como a palavra cônjuge tem um sentido jurídico, afastando toda e qualquer relação extramatrimonial, segue-se que tal fato é atípico, porquanto o comportamento de Mévio não se subsumiu na

moldura daquela figura delituosa.

2. A antijuridicidade

Para que haja crime, não basta, contudo, que o fato cometido seja típico.

É preciso, também, seja antijurídico. Santoro, citado por D. Evangelista de Jesus, ensina que a antijuridicidade é a contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo a lesão ao interesse protegido (Direito penal, Saraiva, v.

1, p. 316).

Por outro lado, se a antijuridicidade se resolve, como diz Bettiol, "num juízo de valoração do fato em relação às exigências de tutela da nori-na penar', todo fato típico, pelo simples fato de ser típico, é antijurídico. Não nos interessa, contudo, esse conceito pré-jurídico de valoração da norma.

0 comportamento humano, ou melhor, a ilicitude penal deve ser examinada em face do Direito positivo. Então, podemos afirmar, com Frederico Marques, que o comportamento humano é antijurídico

"quando em nenhum preceito penal ou extrapenal se encontre uma norma que o autorize ou justifique".

Para se saber se determinada conduta humana é ou não antijurídica, é preciso ver se a norma penal ou extrapenal a justifica a parte objecti, Daí o ensinamento de Soler: "No basta que una acción corresponda a una figura para que aquélla sea antijurídica; para constituir delito, Ia accióti, ademãs de adecuada, tiene, positivamente, que ser antíjurídica"

(cf. Derecho penal argentino, v. 1, p. 347).

Mas, como explica o mestre, o procedimento ordinário dos Códi-cons ste em resolver o problema negativamente, dizendo quando ou em que casos o comportamento humano típico não é (eL Derecho, cit., v.

1, p. 347).

Entre nós, o art. 23 do CP cuida das chamadas causas de justificação, ou de licitude, como prefere Carnelutti. Aquelas eximentes (legítima defesa, estado de

necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito) "indicam quando o fato típico está em harmonia com o direito e se apresenta

secundum jus".

Assim, se Mévío mata al -~---

gos i

antijurídico

como conduta lícita e

se s 9

, comete um fato típico, pois tal conduta

causuabrsume na figura descrita no art. 121 do CP. Mas, como diz Beling, a morte de um homem não representa um tipo de ilicitude, salvo se a causasse antijuridicamente. Se Mévio matou em legítima defesa, sua conduta, embora típica, foi lícita, porque secundum jus.

Veja-se a redação do art. 23 do nosso CP: "Não ha crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cuniprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".

Não há crime, diz a lei. Ante essas considera õ crime, não basta que a conduta

h u in a n a s e a in o: 1 dees, ap aurma aq uneohr maj aa íncriminadora. É preciso seja, também, contra jus, vale dizer, antijurídica.

3. A culpabilidade

E a culpabilidade não integra o conceito formal de delito

?fiSneagliusntado a doutrina tradicional, sim. Entretanto, para a chamada

"teoria

da ação" de Hans Welzel, já difundida no Brasil por Luiz Luisi (ef. 0

tipo penal e a teoria finalista da ação, Porto Alegre, Ed. Gráfica A Nação, s.d.), Geraldo Batista de Siqueíra (cf. A teoria finalista da ação no STE Júrispenal do STF, 30/30), entre outros, a culpabilidade é pressuposto da reação penal. Para a teoria finalista da ação, são elementos do crime a típicidade (quer no seu aspecto objetivo, quer no subjetivo - dolo e culpa) e a antijuridicidade. Vê-se, pois, ter sido excluída a

1

1

culpabilidade, pelo simples fato de ser pressuposto da pena. Para essa nova concepção do delito, três são os elementos da culpabilidade: a) imputabilidade; b)

exigibilidade de conduta diversa; c) possibilidade de conhecimento do injusto, ou potencial consciência de ilicitude.

Para a doutrina tradicional, a culpabilidade integra o tipo - como um dos seus elementos formais - e, além disso, decompõe-se em imputabilidade, exigibilidade

de conduta diversa e, finalmente, em elemento psicológico~normativo, que se traduz por dolo e culpa.

Assim, a culpabilidade, ou juízo de censurabilidade, ou de reprovabilidade, traz, engastada, a imputabilidade.

4. A imputabilidade

Em que consiste a iniputabilidade? É o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser atribuída a prática de fato punível. 0 nosso CP,

conforme prelecionaAnibal Bruno, não conceituou a imputabilidade.

Preferiu fazê-lo indiretamente, dando a noção de inimputabilidade. Desse modo, imputável é

quem não é inimputável, ou, conforme magistério de Fernando Diaz Pallos, a ínimputabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de

determinarse de acordo com essa apreciação (cf. Teoría general de la imputabilidad, 1965, p. 173).

5. A importância do exame

Como veremos a seguir, um dos casos em que falta ao agente o discernimento ético para entender o caráter criminoso do fato ou de resistir ao impulso de

praticá-lo é o do amental. Ora, se o Processo Penal condenatório é instaurado visando à inflição de uma pena, bein poderá, na fase da investigação preparatória, ou no

curso do procedimento, surgir dúvida a respeito da higidez mental do sujeito passivo da pretensão punitiva, e, se o ato praticado pelo doente mental, não obstante

típico e antijurídico, não é suscetível de valoração ética, não se lhe pode infligir pena. Daí a necessidade de a Justiça se preocupar em saber se, realmente, o agente era

ou não inimputável, quando da prática do fato. E, para tanto, urge proceder-se ao exame para a constatação da sua saúde mental, uma vez que, comprovado que o

agente cometeu um fato típico e antijurídico, mas lhe faltava discernimento ético para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, o Juiz proferirá sentença absolutória, com fulcro no art. 26 do CP e art. 386, V, do CPP, impondo-lhe, contudo, medida de

segurança, tal como dispõem os arts. 97 do CP e 386, parágrafo único, III, do CPR

Desse incidente processual é que estamos cuidando.

6. Critérios para se aferir a inimputabilidade Assim, resta, apenas, saber quem é inimputável e quais os critérios adotados para se aferir a inimputabilidade. Consagraram-se, nas legislações, três critérios: o

biológico ou etiológico, o psicológico e o misto ou biopsicológico.

Para o primeiro, a imputabilidade fica condicionada à normalidade da mente ou ao desenvolvimento mental do agente. Desse modo, o simples fato de alguém

ser portador de doença mental ou possuir desenvolvimento mental incompleto já constitui razão bastante para ser considerado inimputável.

De acordo com o segundo critério - o psicológico - indaga-se, apenas, se ao tempo da conduta humana reprovável estava abolida no agente, seja qual for a causa,

a faculdade de apreciar a criminalidade do fato e de determinar-se de acordo com essa apreciação.

0 terceiro critério - o misto - representa a junção dos dois primeiros: a imputabilidade somente será excluída se, ao tempo da ação ou omissão, o agente, em razão

de enfermidade ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse

entendimento.

0 Direito pátrio adotou dois critérios: o biológico e o biopsicológico. 0

primeiro, apenas quanto aos menores de 18 anos. Assim, se Mévio, com 17

anos, 11

meses e 29 dias, comete um fato previsto como infração penal, não se pode perquirir se, ao tempo da ação ou omissão, era ele incapaz de entendimento ético-jurídico

ou de autodeterminação. 0 simples fato de ser menor de 18 anos, nos precisos termos do art. 27 do CR, é o suficiente para que se tenha como inimputável. Contra ele

não se pode instaurar processo. Não houve o crime no seu aspecto trinômico. Pode o fato ser típico e antijurídico. Teria havido culpabilidade? Se esta pressupoe a

imputabilidade e se, na hipótese, o agente era inimputável, logo não se pode falar em culpabilidade, e, ausente esta, impossível a infliÇão de pena.

1

7. Os menores de 18 anos

Na hipótese dos menores de 18 anos, ficarão eles, quando cometerem crimes, sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas Pela Lei n. 8.069, de 13-7-1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo as medidas adequadas aos menores de 18 anos, pela prática de fatos previstos como infrações penais,

8. Os amentais

0 segundo critério, o biopsicológico ou misto, foi consagrado entre nós nas demais hipóteses de inimputabilidade (CP, arts. 26 e 28, § U).

"Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."

"Art. 28 .

.....

...

§ U' É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."

Assim, podemos afirmar serem causas biológicas que excluem a imputabilidade:

a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; d) embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

As doenças mentais compreendem todas as psicoses. A Socíedade de Psiquiatria, até há pouco tempo, apresentava esta classificação: psicoses infetuosas, autotóxicas, heterotóxicas (alcoolismo, morfinismo, cocaínismo, saturnismo etc.), esquizofrenias, paranóia, psicose maníaco-depressiva, psicose de involução, psicoses por lesões cerebrais, paralisia geral progressiva, psicose epiléptica, psicoses nevróticas etc.

Por desenvolvimento mental incompleto entende-se aquele que não se completou, que não se concluiu (é a hipótese dos menores de 18

anos e dos silvícolas inadaptados). Mas, se os menores de 18 anos foram declarados absolutamente inimputáveis, no art. 27 do CR, independentemente de qualquer indagação psicológica, sendo, pois, suficiente, apenas, a imaturidade, desnecessária seria a referência que o art. 26 faz ao desenvolvimento mental incompleto. Mas, explica Hungria: entendeu a comissão revisora que sob a rubrica "desenvolvimento mental incompleto" entrariam, por extensão, os silvícolas inadaptados, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor, falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio (cf.

Comentários, v. 1, t. 2, p - 3 3 1).

Desenvolvimento mental retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica. Nessa classe estão os oligofrênicos (idiotas, imbecís e débeis mentais) e os surdos-mudos.

9. A embriaguez

Embriaguez é uma forma de intoxicação aguda produzida pelo álcool (cf.

Maggiore, Derecho penal, trad. J. J. Ortega, Bogotá, Ed. Temis, v. 1, p.

560). A embriaguez pode ser não acidental e

acidental. A primei-

ra compreende as duas modalidades: voluntária e culposa. A acidental é a que interessa ao nosso estudo. É a que deriva de um caso fortuito ou força maior. Diz-se acidental a ebriedade quando o agente não a provoca voluntária ou culposamente. Tal é o caso daquele que se embriaga ignorando a natureza da bebida que ingere ou seus graus de álcool, seja por burla feita por alguém, seja por causalidade ou fatalidad f.

Derecho, cit., v. 1, p. 562).

e k, Iviaggiore,

Se a embriaguez for completa e acidental, isto é, provocada por caso fortuito ou força maior, será considerada causa biológica ou etiológica, que justifica a inimputabilidade. É claro que, embora a ebriedade não possa ser equiparada às doenças mentais, é, contudo, causa de profundas perturbações das funções psíquicas. É lógico que, se a embriaguez foi voluntária ou culposa, não há cuidar-se de inimputabilidade. Na

voluntaria, como o nome está a dizer, o agente quer embriagar-se. Os atos que vier a cometer, nesse estado, são de sua inteira responsabilidade. Na culposa, embora o agente não queira embriagar-se, não prevê, embora devesse fazê-lo, a possibilidade de embriagar-se. Nessas hipó-

teses não há cuidar-se de excludente de culpabilidade. Já na acidental (se completa), sim.

1

Quando se diz completa? A embriaguez é a intoxicação provocada por álcool ou substâncias análogas. Ensina a Medicina Legal que a embriaguez apresenta fases ou períodos. A primeira fase, diz Almeida Júnior, é a da excitação: olhar animado, loquacidade, vivacidade motora, associação superficial de idéias. Adormecidas as inibições, cada qual começa a mostrar o que realmente é: este alegre e zombeteiro; aquele sentimental, cheio de confidências; aqueloutro avalentoado; alguns deprimidos, melancólicos. A segunda fase é a da confusão. A incoordenação motora e a confusão psíquica predominam. Perturbações sensoriais: diplopia (visão dupla); zumbido no ouvido; obtusidade tátil e dolorífica; ilusões (percepções erradas); incapacidade de atenção voluntária;

fuga de idéias; impulsividade; palavra difícil, pastosa; disartri a; inconveniência de atitudes; movimentos sem coordenação. A terceira é afase do sono. Estado paralisiforme. 0 bêbado não consegue manterse em pé e, às vezes, nem sentado. Pupilas contraídas; pele pálida; respiração e pulso lentos; queda da pressão sanguínea. Desaparecimento mais ou menos completo da consciência (cf. Lições de medicina legal, 6. ed., p.

476).

E precisamente a segunda fase, denominada a fase do leão ou da confusão, ensina Delton Croce, que constitui periculosidade, tornando o ébrio insolente e agressivo, empregando desconexa

linguagem de baixo calão (Manual de medicina legal, Forense, 1990, p.

86).

10. Critério biopsicológico

Estas, pois, as causas etiológicas ou biológicas. Entretanto não basta que o agente seja portador de doença mental, tenha desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou esteja em completo estado de ebriez para que se o tenha como inimputável. Note-se que o critério por nós adotado é o biopsicológico. Há indeclinável necessidade da fusão dos dois elementos: o biológico, ou etiológico, e o psicológico. Mesmo sendo doente mental, ou possuindo desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou encontrando-se em completo estado de ebriedade, provocada por caso fortuito ou força maior, resta indagar se, em virtude desse estado ou situação, o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, isto é, se o agente era inteiramente incapaz de compreender que

• seu ato era reprovável pela comum consciência jurídica ou, ainda que

• soubesse, se podia resistir ao impulso de praticá-lo.

11. Comprovação da inimputabilidade

E como se comprova a inimputabilidade? Tratando-se de menor de 18 anos, pela

respectiva certidão de nascimento. Se não foi registrado, será ele submetido a exame para a comprovação da idade. 0

pró~ prio batistério será elemento de alto valor. Se a inimputabilidade decor~ rer de embriaguez (CP, art. 28), cremos ser suficiente um exame clíni~ co. Nos demais casos, exame psiquiátrico.

Para que se deve comprovar a inimputabilidade? Se o agente, ao tempo da ação ou omissão, em virtude de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado (oligofrênico), ou de

embriaguez completa, provocada por caso fortuito ou força maior, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de deteminar-se acor o com esse entendimento, à evidência não pode ser punido.

De fato. Se a imputabilidade é elemento da culpabilidade, ausente aquela, esta se desfaz, e, não havendo culpabilidade, não há cuidar-se de aplicação de pena, ou, para a doutrina tradicional, não haverá crime.

Todavia, para o nosso estudo

de

d

- exame de sanidade mental - não nos interessa a inimputabilidade com fulcro na embriaguez, que, conforme vimos, poderá ser constatada por simples exame clínico.

Na hipótese de saúde mental, o problema é mais delicado.

Comprovada a inimputabilidade em face da idade, anula-se o processo, uma vez que não pode ser sujeito passivo da pretensão punitiva um menor de 18

anos. Se a inimputabilidade decorrer de

embriaguez, o

Juiz proferirá sentença absolutória (CPP, art. 386, V); se ocorrer a hipótese

prevista no art. 26 do CP, haverá sentença absolutória imprópria, isto é, o Juiz absolve, mas aplica medida de segurança (CPP, art. 386, parágrafo único, III).

Se, entretanto, o fato previsto como crime for punível com detenÇão, poderá o Juiz submetê-lo, simplesmente, a tratamento ambulatorial, nos termos do art. 97 do CR

Assim, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o Juiz ordenará, de ofício, ou a requerimento do órgão do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irnIão ou cônjuge do reu, seja este submetido a exame médíco-legal.

Mesmo na fase do inquérito, poderá o Juiz, mediante representaÇão da Autoridade Policial, determinar a feitura do exame psiquiátrico- Tratase, aliás, da única perícia que não pode ser determinada pela

1

1

1

1

Autoridade Policial. Somente o órgão Jurisdicional é que pode determiná-

la.

Às vezes o agente é portador de simples perturbação da saúde mental, que não chega a ser, propriamente, doença mental, mas lhe afeta a higidez.

São os

demi-fous de Grasset. São as personalidades psicopáticas. Dentre as psicopatias, destacam-se o narcisismo, erotismo, onanismo, exibicionismo, feiticismo, sadismo,

masoquismo, pedofilia, necrofilia, bestialidade, gerontofilia, safismo, tribadismo etc. Tal perturbação não retira do agente a inteira capacidade de entender o

caráter

ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, mas a diminui.

Dessas hipóteses (caso dos fronteiriços), cuida o parágrafo único do art.

26 do CR A pena, nesses casos, pode ser diminuída de um a dois terços.

Evidente que,

nesses casos, o agente não é inteiramente responsável. Ele não tem, em toda a sua inteireza, para o juízo de reprovação, capacidade de entender, em face de suas

condições psíquicas, que a sua conduta é contrária à comum consciência jurídica, e de adequar essa conduta à sua compreensão. Então, nesses casos, ele não é

inteiramente inimputável, nem possui, inteiriça, sua imputabilidade. Na legislação passada, o condenado, nesses casos, suportava uma pena abrandada e

complementada com medida de segurança. Era a adoção do sistema duplo binário ou dos dois trilhos. Hoje, contudo, adotando a reforma penal o sistema vicariante, a

pena é exclusivamente a privativa de liberdade, cuja diminuição fica a critério do Juiz em face do caso concreto. Ainda em face desse caso concreto, poderá o Juiz

convolar a pena privativa de liberdade em medida de segurança, consistente em intemação ou tratamento ambulatorial (cf. CP, arts. 26, parágrafo único, 96 e 98).

Assim, sempre que surgir problema dessa natureza no curso de um inquérito ou em qualquer fase da relação processual, o exame médico deve ser ordenado.

Trata-se de questão que pode sobrevir no curso do processo e, por isso mesmo, sendo incidental, deve ser solucionada em autos apartados. 0 exame pericial, no

caso, é por demais delicado e não pode ser realizado por qualquer médico, mas

por psiquiatras. Todavia, no Estado de São Paulo, o Egrégio Conselho Superior da

Magistratura, a braços com os problemas dos exames psiquiátricos, provocados pela superlotação dos estabelecimentos especializados, baixou o Provimento n. 59/70,

determinando que os exames devem ser feitos nas Delegacias Regionais de Saúde, Centros de Saúde, Postos deAssistência MédicoSanitária...

Sem embargo dessa providência de emergência, os Juízes do interior, de preferência, nomeavam psiquiatras locais ou da redondeza, e os exames se faziam em

estabelecimentos assistenciais.

Até que, em 1978, o Decreto estadual n. 11.627, de 23 de maio (v. DO de 24-5-1978, p. 10), no seu art. 1.', determinou à Coordenadoria de Saúde Mental da

Secretaria da Saúde sejam selecionados, anualmente, médicos psiquiatras, servidores estaduais, para a realização de exames de sanidade mental, por nomeação judicial.

E, no § 2.', dispôs: "Nas comarcas onde não existam, selecionados, psiquiatras servidores do Estado, poderão ser selecionados outros médicos que apresentem a

necessária qualificação profissional". Art. 2.': "A relação dos selecionados será remetida à Corregedoria-Geral da Justiça, com a indicação da região administrativa ou

comarca onde se dispõem a servir, a fim de que sejam nomeados, diretamente, pelo juiz do processo, para cada perícia". Art. 4.': "Ao perito relator será paga, por

exame, importância correspondente a 15% do valor do padrão 44-A da Tabela I da escala de vencimentos dos funcionários civis do Estado e, ao segundo perito, 50%

dessa mesma importância, mediante ofício expedido pelo juízo competente à

repartição competente da Secretaria da Saúde".

Após o referido decreto, o Diário da Justiça de 24-6-1978 publicou, na p.

13, o Provimento n. 6/78, disciplinando o assunto. 0 modelo para a requisição do

pagamento encontra-se no Diário da Justiça de 24-6-1978, p. 13, e, por outro lado, o Diário Oficial da Justiça, de 5-91980, P. 10 a 12, publicou a relação dos

médicos habilitados para tais exames.

0 CPP, nos arts. 149 a 154, traça normas a respeito desse incidente de insanidade mental, que, como vimos, deve ser processado em auto apartado e, somente

apos a apresentação dos laudos pelos peritos, deverá ser apensado aos autos principais.

12. Oportunidade para o exame de sanidade

0 exame poderá ser ordenado em qualquer fase do processo ou até mesmo estando em curso o inquérito policial. Nos crimes da competência do Júri, se a questão

for ventilada após a pronúncia, nada impede se realize o exame. Neste caso, reconhecida a inimputabilidade, restará indagar se a insanidade sobreveio à infração ou se,

ao tempo da ação ou omissão, era o agente inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Na

primeira hipótese, é de se aplicar a regra que se contém no art. 152. Na última, restará ao Conselho de Sentença proferir o julgamento.

Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, será determinada a perícia médica, e, reconhecida, será o réu internado em manicômio judiciário,

ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a

custódia. Em caso de urgência, o diretor do estabelecimento penal poderá determinar a

remoção do sentenciado, comunicando imediatamente a providência ao Juiz, que, em face da perícia médica, ratificará ou revogará a medida. Se, por acaso, a

internação se prolongar até o término do prazo restante da pena e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela

sua enfermidade, feita a devida comunicação ao Juiz de incapazes. Vejam-se, a propósito, os arts. 154 do CPP e 183 da Lei de Execução Penal.

13. Legitimidade

0 exame será sempre ordenado pelo Juiz. Poderá fazê-lo de ofício ou a requerimento do órgão do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente,

descendente, irmão ou cônjuge do acusado. Se a dúvida sobre a integridade mental do reu surgir na fase do inquérito, poderá também a Autoridade Policial fazer

representação ao Juiz, no sentido de se determinar a realização da perícia psiquiátrica.

14. Procedimento

Se o Juiz determinar a realização do exame, de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja, cumprir-lhe-á, nos autos principais, proferir despacho em

que, realçada a dúvida sobre a integridade mental do acusado, nomear-lhe-

á curador (e este poderá ser o próprio defensor) e, se a ação penal já se iniciou, determinará

o sobrestamento do feito, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento. Nesse mesmo despacho, fará referência à portaria que irá baixar.

Em seguida, baixará portaria, determinando o exame e nomeando dois peritos da sua confiança. Esta portaria será autuada, e o processo incidente correrá em apartado.

Após a autuação e conclusos os autos do processo incidental, determinará o Juiz seja aberta vista destes ao órgão do Ministério Público e, em seguida, ao curador

nomeado, para a formulação dos quesitos. Nada obsta a que o Juiz, também, formule

os seus.

Compromissados os peritos (salvo se oficiais), o réu, se estive preso, será internado em manicômiojudiciário, onde houver, ou, se estive solto, e o requererem os

peritos, em estabelecimento adequado que

Juiz designar.

Os peritos nomeados não podem deixar de aceitar o encargo, sol pena de multa de R$ ... a R$ .... salvo escusa atendível, e na mesm pena incorrerão se não

elaborarem o laudo ou concorrerem para que pericia não seja feita dentro dos prazos estabelecidos. Aqueles, como vimos, de preferência devem ser psiquiatras; à sua

falta, qualquer clínico. Não podem ser nomeados aqueles que estiverem sujeitos à interdição de direito, mencionada nos íncs. I e 11 do art. 47

do CP, bem como

os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia (veja-se, a propósito, o nente aos peritos - CPP, arts. 275 a 280).

0 exame não deve durar mais de 45 dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo. Se, porventura, houver necessidade e não acarretar

prejuízo à marcha do processo principal, po-

derá o Juiz determinar-lhes sejam os autos entregues, com a finalidade de facilitar o exame.

Como o incidente de insanidade mental correrá em autos apartados, qualquer das pessoas legitimadas a requerer o exame deverá fazê-lo em petição avulsa.

Autuada e conclusos os autos do incidente, caberá ao Juiz perquirir, com a sua prudência, da necessidade ou não do exame. É óbvio não ser ele obrigado a deferir o

requerimento do interessado. Di-lo o art. 184: "Salvo o caso de exame de corpo de delito, o Juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes,

quando não for necessária

ao esclarecimento da verdade". Assim, se a realização do exame de insanidade é condicionada à existência de dúvida sobre a integridade mental do acusado, é intuitivo

que, se o Juiz, prudentemente, entender inexistir qualquer dúvida, negará o pedido. 0 que não pode é negá-lo arbitrariamente.

Acolhendo o pedido, determinará seja aberta vista dos autos às partes para a formulação dos quesitos. Se ordenada a perícia, de ofício, mediante representação da

Autoridade Policial ou a requerimento do órgão do Ministério Público, este terá, por primeiro, vista dos autos

Para o oferecimento das perguntas a ser respondidas pelos peritos. Em seguida, falará o curador nomeado. Nos demais casos, quem requerer deverá, por primeiro, formular seus quesitos. Em seguida, fá-lo-á o órgão do Ministério Público.

capítulo perti

15. Quesitos

Não se deve olvidar que os peritos não são bacharéis em Direito e, por isso mesmo, alheios ao problema da inimputabilidade sob o aspecto legal, os quesitos devem ser formulados de maneira simples e abrangendo os requisitos causais, cronológicos e conseqüenciais tanto do art. 26 do CP como do seu respectivo parágrafo.

Podem ser assim formulados:

1.') 0 réu (ou indiciado) era, ao tempo da ação ou omissão, 14-81992, portador de doença mental?

2.') Em caso positivo, qual a doença?

3.') Em caso negativo, apresentava ele desenvolvimento mental incompleto (silvícolas inadaptados) ou retardado (oligofrênicos e surdos-mudos)?

4.') Em virtude da doença mental, ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ele inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato que cometeu?

5.") Se era capaz de entender, estava, contudo, inteiramente incapacitado de determinar-se de acordo com esse entendimento?

6.') Negativo o primeiro quesito, era o agente, à época do fato, portador de perturbação da saúde mental?

7.') Em virtude dessa perturbação, tinha ele a plena capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação?

8.') Negativos o 1.', o 4.', o 5.' e o 6.' quesitos e afirmativo o 3.', em virtude do desenvolvimento incompleto ou retardado, tinha ele, à época do fato, a plena capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação?

16. A doença mental antes e depois da infração Em todos os casos de exame para a constataÇão de inimputabilidade, apresentado o laudo subscrito pelos dois peritos (podendo, entretanto, cada um elaborar o seu), serájuntado aos autos do processo incidente. Sobre ele se manifestarão as partes, e, finalmente, na hipótese de o Juiz homologálo, podem surgir duas situações: a) os peritos reconhecerem a inimputabilidade ou a imputabilidade diminuída, existente à época da ação ou omissão; b) ser reconhecida a inimputabilidade ou responsabilidade diminuída, acentuando, entretanto, que a doença mental sobreveio à infração.

Na primeira hipótese, homologado o laudo, determinará o Juiz sej~ dado prosseguimento ao processo principal, com a presença do curador nomeado (art. 151). Se o exame se fez antes da denuncia ou queixa, nada obsta seja uma ou outra ofertada. Nesse caso, por razões óbvias, o reu não será citado nem interrogado. Cumprirá ao curador receber a citação, fazer a prévia e prosseguir nos demais atos próprios da defesa.

Na segunda hipótese, isto é, concluindo os peritos que a doença mental sobreveio à infração, aplícar-se-á a regra contida no art. 152 do CPP, vale dizer, aguarda-se o restabelecimento do reu para que a causa criminal tenha andamento. Nada impede, se 0 exame foi feito antes do oferecimento da denuncia ou queixa, seja ela oferecida, em face da remissão que o art. 152 faz ao § 2.0 do art. 149. Este, por seu turno, autoriza a suspensão do processo, se já iniciada a ação penal.

Logo, se esta ainda não foi intentada, não há cuidar-se de suspensão.

Instaurado, contudo, o processo, com o recebimento da denúncia, suspender-se-ã o andamento do feito. Se o resultado do laudo vier após a inquirição de testemunhas, uma vez suspenso o processo, que só terá andamento após o restabelecimento do acusado, poderão elas ser re-ouvidas, nos termos do § 2.' do art. 152. Se sobrevier à condenação, observar-se-ão as normas dos arts. 41 do CP e 183

da Lei de Execução Penal.

E se a doença mental sobrevier à condenação? Pelo que dispõe o art. 183

da Lei de Execução Penal pode haver a substituição da pena por medida de segurança. Até aí nada de anormal. Contudo,

como observou o Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela voz autorizada do eminente Des. Dante Busana, essa medida de segurança substitutiva da pena não pode ser superior a esta (RT, 6401294). Na verdade, se o réu fosse inimputável, a medida de segurança não teria prazo determinado. No caso de a doença mental sobrevir à condenaÇão, é diferente. Ela substitui a pena. Mas, finda esta, aquela também aí se exaure. E, nesse caso, como bem disse o eminente Des.

Dante Busana, é de se aplicar a regra do § 2.' do art. 682 do CPP, a despeito de revogado.

17. Não-vinculação do Juiz à perícia

Cumpre salientar, ainda, que, uma vez apresentado o laudo, não fica 0

Juiz a ele vinculado. Poderá aceitá-lo ou rejeitá-lo. Nos termos do art.

157 do CPP, formará sua convicção pela livre apreciação da

tos), a ev11V

prova. Por outro lado, sendo ele o peritus peritorum (perito dos peri-idê ia não ficará adstríto às conclusões dos experti, tal como dispõe o art. 182 do CPP, podendo, inclusive, ordenar nova perícia por outros peritos.

capítulo 37

Dos Fatos e Atos Processuais

1

SUMÁRIO: 1. Noções gerais. Fato e ato processuais. 2. Os atos processuais. Conceito. 3. Critérios para a classificação. 4. Atos das partes. 5. Atos dos Juízes. 6. Atos dos Auxiliares da Justiça. 7. Atos de terceiros. 8. Atos simples, complexos e compostos. 9. Termos. 10.

Audiências. 11. Sessões. 12. Linútes de lugar. 13. Limites de forma. 14.

Limites de tempo. 15. Prazo. 16. Preclusão. 17. Espécies de prazo.

18. Contagem dos prazos. 19. Fixação do dies a quo. 20. Prazos contínuos e peremptórios.

1. Noções gerais. Fato e ato processuais

Fatos são os acontecimentos naturais da vida. Tudo quanto acontece é um fato: o choque de um veículo, a neblina na estrada, a publicação de um livro, a faísca

elétrica, tudo, tudo são fatos, São sucessos, são acontecimentos naturais. Se eles forem relevantes para o Direito, serão fatos jurídicos, Se não, fatos naturais. 0

surgimento de neblina, na estrada, é um fato, um acontecimento tão inexpressivo para o Direito como é a queda de um carandá... Fatos, pois, irrelevantes, sem

nenhuma importância para a ordem jurídica. 0 nascimento de uma criança também é um fato, um acontecimento natural que se transmuda em fato jurídico, dado o seu

relevo para o Direito.

Sempre que o acontecimento da vida, ou fato natural, cria, modifica ou extingue uma situação jurídica, diz~sefato jurídico natural, em virtude da projeção dos seus efeitos no campo do Direito. Se, contudo, o acontecimento natural estender seus efeitos sobre o processo, fala-se em fato processual. A morte do ofendido, e.

g., e um acontecimento natural. Morto o ofendido, o direito de queixa ou de representação sucede, passa, transfere-se ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CPP, arts. 24, § 1.', e 3 1). Assim, como tal fato tem relevância para o processo, fala-se em fato processual. Diga-se o mesmo da morte do agente, da insanidade mental do imputado, da debilidade mental da ofendida nos crimes contra os costumes, da amnésia de uma testemunha etc. Tudo são fatos processuais. Estes são, pois, acontecimentos da vida, acontecimentos naturais, cujos efeitos se projetam sobre o processo. Veja-se, a propósito, Eduardo Couture (Fundamentos del derecho procesal civil, 3. ed., p. 202).

Contudo há quem conteste. Se o processo é um complexo de atos, evidente que os fatos naturais, pela circunstância de se verificarem no mundo extraprocessual, ainda que projetem seus efeitos sobre o processo, não podem ser considerados como fatos processuais, "no sentido de fato jurídico no processo". Os fatos naturais, em verdade, diz Calmon de Passos, podem ser apenas objeto de atos processuais, e são estes e não aqueles que produzem as consequencias jurídicas (cf. A nulidade no processo civil, Impr. Oficial da Bahia, 1959, p. 9).

Há, por outro lado, osfatos jurídicos processuais. Estes, contudo, verificam-se dentro no processo. E Calmon de Passos explica: "Se estamos em face de ação material humana à qual a lei junta conseqüências jurídicas, diante, pois, de simples comportamento e não de declaração de vontade, de prominciação, temos um fato jurídico processual" (A nulidade, cit., p. 9). 0 comparecimento do réu à audiência de instrução é um fato jurídico processual, porque ação material humana que apresenta conseqüências jurídicas.

Entretanto, quando os fatos que apresentam relevo para o Direito consistem numa ação humana que se traduz por declaração de vontade, de prominciação, a doutrina denomina-os atos jurídicos e, se praticados para criar, modificar ou extinguir direitos processuais, tendo, assim, transcendência jurídica no processo, atos processuais.

Assim, o ato jurídico é o gênero, e o processual, a espécie. 0 que o caracteriza e lhe dá individualidade própria é a circunstância de que seus efeitos se projetam sobre o Processo, sobre a relação processual. A denúncia, o interrogatório, o depoimento de uma testemunha, uma decisão, um despacho de expediente, ajuntada de um documento são atos processuais.

2. Os atos processuais. Conceito

1 Podemos definir o processo como aquela atividade exercida pelo Orgão Jurisdicional visando à solução de um litígio. É por intermédio dele que se obtém a composição da lide. Pelo menos, é a maneira comum, civilizada, de consegui-Ia. A aplicação da lei ao caso concreto, com imparcialidade, somente se consegue por meio do processo, Por isso mesmo, é o modo comum.

Mas, para se chegar até à aplicação da lei, para se conseguir a composição da lide, numerosos atos são realizados. Aliás, o processo, visto externamente, nada mais e que uma seqüência de atos, sucessão encadeada de atos. Atos praticados pelo Juiz, pelos pelo órgão acusatório, pelo defensor etc.

seus Auxiliares,

Se o processo e um conjunto de atos processuais, a sucessão deles, considerada na sua unidade, no seu todo, e procedimento, a sua coordenação, é evidente a importância do seu estudo. Eles têm "por conseqüência imediata a constituição, conservação, desenvolvimento, modificação ou extinção de uma relação processual", ou, simplesmente, importância para a relação processual. Assim, a denúncia, a defesa prévia, um testemunho, a sentença, a íntimação feita pelo Oficial de Justiça etc. são atos processuais.

Atos processuais, conseguintemente, professa Calmon de Passos, são os atos jurídicos praticados no processo, pelos sujeitos da relação processual ou por terceiros, e capazes de produzir efeitos processuais (cf. Calmon de Passos, A nulidade, cit., p. 27).

3. Critérios para a classificação

Há vários critérios para a classificação dos atos processuais. Podese ciassificá-los levando-se em conta, por exemplo, a função do ato, ou, então, a sua eficácia vínculatória. Outros, contudo - formando a grande maioria -, classíficam-nos, considerando os sujeitos que os praticam, em atos das partes, dos órgãos Jurisdícionaís, dos seus auxiliares, e em atos praticados por terceiros.

4. Atos das partes

Costumam os autores distinguir, nos atos das partes, ospostulatórios, os

instrutórios, os reais e os dispositivos.

Postulatórios. Entendem-se como tais aqueles que visam a "obter do Juiz um pronunciamento sobre o meritum causae ou uma resolução de mero conteúdo processual". Corporificam-se nas petições e requerimentos, conforme se postule um pronunciamento sobre mérito, ou quanto ao processo. A denuncia ou queixa, por exemplo, é um ato postulatório que se apresenta sob forma e contextura de petição.

Idem quanto à defesa prévia. Já o ato de solicitar a substituição de uma testemunha, por não dizer respeito a mérito, se formaliza e cristaliza num requerimento. Tal distinção corresponde à classificação que faz Couture: actos de petición e actos de afirmación (cL Fundamentos, cit., p. 206).

Instrutórios. São aqueles que "se destinam a convencer o Juiz da verdade da afirmação de um fato". Segundo Goldschmidt, apresentamse sob a forma de alegações e de atos probatórios. Alegações

são exposições circunstanciadas feitas pelas partes, visando à demonstração de suas pretensões, procurando, assim, convencer o Juiz quanto ao acerto da tese suscitada. Atos probatórios são os consistentes na proposição e produção de provas.

Como exemplos de atos instrutórios, podemos apontar a acusação e a defesa levadas a cabo nas audiências referidas nos arts. 538, § 1% e 539, § 2.', do CPP, bem como naquele momento previsto no

art. 500 do mesmo estatuto. Elas podem ser feitas por escrito, ou oralmente, exceto quando não o puderem ser em audiência ou sessão. 0

oferecimento do rol de testemunhas é um ato probatório. Também o é o depoimento da testemunha.

Atos reais. Segundo a definição de Gabriel de Rezende Filho, aceita por Frederico Marques e Moacyr Amaral Santos, são os que se caracterizam por se manifestarem re, non verbis (pelo fato, pela coisa, pelo objeto, e não pela palavra).

São exemplos de atos reais a exibição de coisa apreendida, a prestação de fiança,

a apresentação à prisão etc. (parte da doutrina entende que, aí, estamos em face de um fato jurídico processual).

Dispositivos. Os atos dispositivos referem-se ao direito material em litígio. Na definição de Moacyr Amaral Santos, "são os consistentes em declaração de vontade destinada a dispor da tutela jurisdicional,

dando-lhe existência ou modificando-lhe as condições". São também denominados "negócios jurídicos processuais".

No Processo Civil, a disponibilidade do direito material, vale dizer, o poder de disposição do conteúdo material do processo, ocorre ou em virtude de transação, ou de desistência ou de submissão. No pri~ meiro caso, o negócio jurídico é eminentemente bilateral, porquanto subordinado a acordo de vontades. Nos dois últimos, unilateral.

Na desistência, corno o nome está a indicar, o autor renuncia à pretensão estampada na inicial, ou na reconvenção, tratando-se do réu. Na transação, autor e réu abdicam de seus direitos: o autor renuncia, no todo ou em parte, ao pretendido, e o réu, ao seu direito de excepcionar, de defender-se, de responder. Há, pois, renúncias recíprocas, com maior ou menor intensidade. Na submissão, que não se confunde com a confissão, o réu confirma a procedência da pretensão contra ele deduzida.

Reconhece não apenas a veracidade dos fatos alegados, como, inclusive, do direito invocado. É o que os autores italianos chamam de riconoscimento della demanda, e os de língua espanhola, allanamiento a la demanda. Exemplo desse ato dispositivo temo-lo no Processo Civil. In verbis:

"Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito: 11 - quando o réu reconhecer a procedência do pedido".

No Processo Penal pátrio, não há similar. No Direito inglês existe o plea guilty, instituto segundo o qual, se o réu reconhecer a procedên cia da pretensão deduzida, pode o Juiz, sem mais tardança, aplicar-lhe a pena. E Kenny, nos seus Outlines of criminal law, explica: " If the (prisoner) confesses, i. e., 'pleads guilty', he may be at once sentenced"

(12. ed., p. 558). Mesmo nos casos graves. É o que diz Stephen: "lf the Prisoner confesses, he pleads 'guilty', and the Court will proceed to pass sentence... in serious cases" (cf. Criminal law, p. 2 10). Na Ley de Enjuiciamiento Criminal (Espanha), é bem sugestivo o art. 694: "Si en Ia causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, e] Presidente de] Tribunal preguntará al defensor, si considera necesaria Ia continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el artículo 655".

Também se adota o allanamiento, ou juicio penal truncado, nos Códigos bonaerense e cordobês. Também no de Mendoza (Argentina). Em qualquer deles, para

as infrações de pouca monta.

Entre nós, se o Anteprojeto Frederico Marques não houvesse sido retirado do Congresso, teríamos, também, o nosso allanamiento, tal como previsto no seu art.

233, § 1.': "Tratando-se de processo de ação penal pública, dar-se-á a perempção nos casos expressamente previstos neste Código, quando o réu, por aceitar a pena de

multa imposta, desistir, tacitamente, de exercer os poderes e faculdades inerentes ao seu direito de defesa, para que se extinga a relação processual".

Se se tratar de ação privada, não menos sugestivo era o art. 631 do mesmo diploma legal infleri: "Quando for objeto de ação penal privada do crime punido com

pena de detenção, o Juiz designará audiência para propor encerramento do processo mediante o pagamento da multa, em que se observará o seguinte: 1 - se o querelado concordar, o Juiz fixará o valor da pena pecuniária a ser paga .....

A Constituição, no art. 98, 1, acenou para a transação, como critério de agilização da Justiça nas infrações de menor potencial ofensivo, e a Lei n. 9.099195 (Lei

dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), disciplinando- a, confere ao

Ministério Público o poder de fazer proposta ao autor do fato visando à não-instauração de

processo. Esse poder não é discricionário, mas vinculado. Satisfeitas as condições para operar-se a transação, o Ministério Público deve formular a proposta,

consistente na aplicação de pena não privativa de liberdade (multa ou pena restritiva de direito). Aceita, será homologada pelo Juiz.

Respeitante à desistência, exemplos vivos, no Processo Penal, são a perempção, a renúncia e a retratação, de que trata o art. 25 do estatuto processual penal.

Quanto à transação, além da prevista na Lei n. 9.0991 95, temos o subsequens matrimonium, verdadeira transação entre o agente e a ofendida, ocasionando a extinção

da punibilidade, nos termos do art. 107, VII, do CR Também o perdão (cuja eficácia depende do assentimento do querelado) e, ainda, a conciliação, a que faz

referência o art. 520 do CPR

i

S. Atos dos Juízes

Os atos praticados pelo órgão Jurisdicional classificam-se em decisórios, instrutórios e de documentação.

Decisórios. No Processo Penal, os atos decisorios, ou.Jurisdicionais, apresentam a grande dicotomia: a) decisões e b) despachos de expediente.

Decisões,

significando ato de decidir, são as soluções dadas pelos órgãos Jurisdicionais às questões que surgem no transcorrer de um processo. Sua importância está na

dependência do relevo da discussão suscitada. Basta dizer que o ato por meio do qual o Juiz recebe a denúncia é uma decisão. Também o é aquele que põe fim ao

processo, com ou sem julgamento de mérito. Há, assim, uma gama de decisões. Já os despachos de expediente são atos singelos, pertinentes à inovimentação do

processo.

As decisões apresentam-se em grande variedade: interlocutórias simples, interlocutórias mistas (ou decisões com força de definitivas), que se bipartem em

terminativas e não terminativas, e, finalmente, definitivas, tripartindo-se em condenatórias, absolutórias (próprias e improprias) e decisões definitivas em sentido

estrito.

Os despachos de expediente, como vimos, são aqueles atos jurisdicionais por meio dos quais o Juiz provê a respeito da marcha do processo.

Exemplos: "Diga o

Ministério Público", "Designo o dia x para a audiência de instrução e julgamento", "Voltern-ine conclusos".

As decisões interlocutórias (do verbo latino interloquor, eris, loqui, locutus sum, loqui, falar interrompendo, dizer interrompendo, cortar a palavra) são as

deliberações, as soluções dadas pelo Juiz a certas questões que surgem, que sobrevêm no decorrer de um procedimento, em qualquer das suas fases, exceto aquela

apropriada à solução definitiva da demanda. Elas podem ser simples ou mistas. As primeiras são soluções dadas a certos temas, a certos assuntos, questões que

sucedem, acontecem, no curso de um procedimento, sem, contudo, encerrá-

lo. Assim, por exemplo, são interlocutórias simples as decisões atinentes ao recebimento da

peça acusatória, incidente de falsidade documental, exceção de suspeição, decretação da prisão preventiva etc. Já as mistas têm a força de trancar a relação

processual,

sem julgamento do mérito - e nesse caso são denominadas decisões terminativas -, ou, então, de encerrar uma fase do procedimento - decisão não terminativa

de que é exemplo a pronúncia.

1

São interlocutórias mistas as decisões pelas quais se rejeita a peça acusatória, as que acolhem a exceção de coisa julgada ou de litispendência etc.

Definitivas, também denominadas sentenças são as que julgam o mérito, as que definem o juízo, "concluindo-o e exaurindo-o na instância ou grau de jurisdição em que foi proferida". Elas se apresentam sob três modalidades: a) condenatórias, quando acolhem, no todo ou em parte, a pretensão punitiva; b) absolutórias, quando a rechaçani; c) terminativas de mérito, as que julgam o mérito, definem o juízo, mas não condenam nem absolvem. Exemplos: a decisão que decreta a extinçao da punibilidade, a que reconhece a ausência de condição objetiva de punibilidade, a que resolve o incidente de restituição de coisas apreendidas etc.

As decisões absolutórias próprias são as que rechaçam, a pretensão punitiva. Impróprias, aquelas que, embora desacolham a pretensão deduzida, infligem ao réu medida de segurança (CPP, art. 386, parágrafo único, 111).

Instrutórios. Se ato (do latim actum, i) significa aquilo que se realizou, ação, é induvidoso tratar-se de verdadeiro ato processual aquela atividade do Juiz consistente em interrogar o réu, em ouvir a vítima e as testemunhas, em proceder a uma acareação, a um reconhecimento. Todavia, como tais atividades ou atos não se traduzem por meio de decisões ou despachos, mas em ação, a doutrina denomina-os atos instrutórios.

Atos de documentação. Às vezes a ação do Juiz consiste, apenas, em participar da documentação dos atos. Assim, ao subscrever o termo de audiência, ao rubricar as folhas dos autos, está ele praticando verdadeiros atos de documentação.

Outros atos. Além desses, outros atos são praticados pelos órgãos Jurisdicionais,

tais como os de coerção (arts. 201, parágrafo único, 218, 219, 260, 311, 408, § L'), de polícia processual (arts. 497, 1, 794 e 795), além dos atos tipicamente administrativos, como o previsto no art. 5.", 11, todos do CPR

6. Atos dos Auxiliares da Justiça

Merecem relevo, também, no estudo dos atos processuais, aqueles levados a cabo pelos Auxiliares da Justiça. Destacam-se: a) atos de movimentação;

b) atos de documentação;

c) atos de execução.

Atos de movimentação: os destinados ao andamento do processo. Exemplos: quando o escrivão faz os autos conclusos ao Juiz; quando abre vista dos autos às partes etc.

Atos de documentação: aqueles pelos quais o Auxiliar da Justiça dá a sua fé de que foi realizado o ato determinado pelo Juiz. Exemplos: certidão de que o réu foi citado; certidão da intimação do Promotor etc.

Atos de execução: aqueles por meio dos quais os Auxiliares da Justiça cumprem as determinações do Juiz. Exemplos: intimação do defensor; notificação de testemunha; prisão; arresto etc.

7. Atos de terceiros

Ao lado de todos esses atos, temos, ainda, os praticados por terceiros (interessados e desinteressados). 0 testemunho, por exemplo, é um ato processual praticado por um terceiro desinteressado. Se considerarmos os peritos, os tradutores e intérpretes como terceiros desinteressados, então, os atos que realizam dentro no processo são, também, atos de terceiros. Que tipo de atos? A nosso ver, seriam atos instrutórios,

porquanto visam a instruir o Juiz.

Quanto aos terceiros interessados (o terceiro de boa-fé em poder de quem a coisa foi apreendida; o fiador do indiciado ou réu - CPP, art. 329, parágrafo único -; o ofendido e as pessoas enumeradas no art. 3 1), podem praticar atos postulatóríos

e instrutórios, como se constata pela leitura dos arts. 120, § 1% 127, 132, 134, 137, 149, 598

etc.

8. Atos simples, complexos e compostos

Podemos distinguir os atos processuais em atos simples, coniple-xOs e compostos. Ato processual simples, como o nome está a indicar, aquele que resulta da manifestação de vontade de urna só pessoa, de ura só órgão - monocrátíco ou colegiado. Aliás, a grande maioria dos atos processuais é constituída de atos simples (denúncia, interrogató-

rio, sentença, defesa prévia, penhora etc.). Complexo, quando, no mesino ato, observa-se uma policromia de atos, tal como ocorre na audiência e na sessão. Audiência e sessão são atos processuais complexos, Porquanto nelas se realiza, contemporaneamente, um conjunto de atos entrelaçados "pela finalidade comum". Pode-se dizer, também, que a sentença proferida pelo Presidente do Tribunal do Júri é um ato complexo, porque informada da vontade de dois orgãos - o Juiz-Presidente e o Conselho de Sentença.

Temos, por último, o ato composto, isto é, aquele que resulta da manifestação de vontade de uma pessoa, dependendo, porém, para ter eficácia, da verificação feita por outra. Como exemplo de ato composto, podemos citar a denúncia, que era ofertada, nas contravenções florestais, por aqueles funcionários referidos no art. 33, b, da Lei n.

4.77 1, de 15-9-1965 (Código Florestal), em face do que dispunha o art. 34 do mesmo diploma. Verbis: "As autoridades referidas no item b do artigo anterior, ratificada a denúncia pelo Ministério Público

.....

Tais funcionários podiam ofertar denúncia. Esta, contudo, precisava ser ratificada pelo Ministério Público para ser submetida à apreciação do Juiz. Ato composto, pois.

9. Termos

Ao lado dos atos processuais, há os termos. Antes de defini-los, convém salientar que a palavra é empregada em diversos sentidos, notadamente no de tempo. Oderigo define-os como "momentos en los cuales y los espacios de tiempo dentro de los cuales puede o debe realizarse determinado acto o categoría de acto" (cf. Derecho Procesal penal, Depalma, 1973, p. 364).

Sem embargo do seu sentido variado, emprega-se a palavra termo para expressar e traduzir a documentação de um ato levado a efeito por funcionário ou serventuário da Justiça no exercício de suas atribuições.

Daí as expressões tomar por termo, reduzir a termo, para revelar e demonstrar a atividade do funcionário ou serventuário da Justiça em reproduzir, na linguagem escrita, o que lhe foi dito verbalmente.

A propósito, os arts. 578 e 39, § 1.', do CPP.

Normalmente, os termos dizem respeito aos atos de movimentação praticados pelos Auxiliares da Justiça. Entre eles destacam-se: Termo de autuação: o escrivão atesta que foi iniciado o processo e que lhe foram apresentados a denúncia, ou queixa, e os autos do inquérito, ou peças de informação, que a instruíram.

Termo de juntada: o escrivão dá a sua fé de que foi juntado um determinado documento aos autos.

Termo de conclusão: o escrivão testifica a remessa dos autos ao juiz, para a deliberação que entender conveniente.

Termo de vista: o escrivão atesta que os autos estão à disposição de uma das partes. Grosso modo, quando tal acontece, o escrivão entrega os autos à parte a quem foi aberta vista. Outras vezes, quando o prazo corre em cartório (é o caso do prazo comum), embora com vista aberta, os autos ali permanecem à disposição da parte.

Termo de recebimento: o escrivão certifica que os autos retornaram a cartório, ou, quando dele não saíram, que a parte já se pronunciou e os devolveu.

Termo de apensamento: o escrivão afirma terem sido apensados outros autos, ou peças de informação, aos autos principais. Assim, por exemplo, após a oferta do

laudo psiquiátrico, o escrivão deverá apensar os autos do incidente de insanidade mental aos do processo-crime, nos termos do art. 153 do CPP e, nesse caso, lavrará um termo de apensamento, atestatório de que deu cumprimento à determinação legal.

Termo de desentranhamento: o escrivão atesta que desentranhou dos autos, obviamente por determinação do Juiz, este ou aquele documento, esta ou aquela peça.

10. Audiências

Segundo a Ordenação, audiência é o lugar público onde o Juiz está, em dia e hora determinados, para publicar as suas sentenças, ouvir as partes ou seus Advogados, decidir os requerimentos e

questões de fácil solução.

É certo que até hoje a palavra audiência tem esse sentido. Daí falar-se em "sala das audiências", para se referir ao compartimento do Fórum onde o Juiz atende às partes, ouve as testemunhas e, em suma, realiza, normalmente, os atos processuais.

Entretanto não é nesse sentido que o legislador usa da expressão audiência, mas sim no de ato processual. Ato complexo, mas ato pro~

cessual. Define-a Pontes de Miranda como o trecho de

"espaço-temPo", em que, presente o Juiz, que preside à reunião, se dá a concentraÇão e a imediatidade do processo. Ou só para a instrução, ou só para o

julgamento, ou para ambos. E, mais adiante, acentua: o que distingue a audiência dos atos processuais (comuns) é o de ser envolvente de outros atos processuais, por sua duração e por sua extensão no espaço (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, p. 453).

Em todos os tempos, foi essa a primeira decisão de qualquer dos nossos Tribunais nesse sentido.

Se, nos crimes apenados com reclusão, os mais graves, não se admitiu o

princípio da imediatidade (art. 502, parágrafo único), quanto mais em se tratando de infração mais leve.

Onde, na lei, a exigência da identidade física do Juiz? É certo que o §

3." do art. 538 do CPP diz:

"Se o Juiz não se julgar habilitado a proferir decisão, ordenará que os autos lhe sejam imediatamente conclusos e, no prazo de cinco dias, dará sentença".

p. 230).

E, por isso mesmo, daí decorre um outro princípio, o da identidade física do Juiz, ou, na linguagem da Exposição de Motivos que acompanhou o CPC,

"o Juiz que dirige a instrução do processo há de ser o Juiz que decide o litígio".

Ora, embora exista nas audiências criminais a concentração, não exige o CPP, ao contrário do que ocorre no CPC, o princípio da identidade física do Juiz. Aliás, o parágrafo único do art. 502 do CPP, que pode ser aplicado a qualquer procedimento criminal, dispõe: Respeitante à concentração e à imediatidade a que se refere Pontes de Miranda, na definição supra, é preciso fazer um esclarecimento. Entendese por concentração o princípio processual segundo o qual, dentro de um mesmo lapso de tempo e sem interrupção, devem praticar-se todos os atos ou alguns atos processuais que integram o ato complexo, tal como sucede nas audiências de debates e julgamento (CPP, art. 539, § 2."), em que, após a audição das testemunhas de defesa e debates (atos processuais instrutórios), o Juiz profere sentença.

E a imediatidade? Citando Florian, esclarece Frederico Marques que tal princípio consiste em obrigar o Juiz a ficar em contato direto com as partes e as provas, recebendo, assim, de maneira direta, o material, provas e elementos em que se baseará para julgar (cf.

Instituições de direito processual civil, v. 2, p. 127).

No mesmo sentido, Pontes de Miranda (cf. Comentários, cit., v. 2,

"0 Juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou

a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal".

Pode acontecer que, após os debates (arts. 538, § 1% ou 539, § 1% em presença do Juiz A, os autos lhe sejam conclusos para sentença e esta venha a ser prolatada pelo Juiz B (Juiz auxiliar, digamos).

Não houve, pois, a imediatidade. Todavia o CPP, naquele dispositivo citado, concede ao Juiz, que vai proferir decisão final, a faculdade de

"apanhar a verdade dos fatos discutidos com os olhos e os ouvidos".

Sem embargo disso, anteriormente, em decisão que poderá ter conseqüências importantes, o Excelso Pretório anulou um processo, porque a decisão foi proferida por outro Juiz que não aquele que

presidiu à audiência referida no § 2.' do art. 539 do CPP, por entender que ali se

orio

Aí está o texto que, segundo o entendimento do Excelso Pret' * consagra, nos processos sumários, o

princípio da identidade física do Juiz. Data venia, isso não ocorre. Ali se cuidou da celeridade processual. É

que nos processos sumários, reservados que são para as contravenções e infrações sujeitas a pequenas penas,

não é mister, como dizia o grande Pimenta Bueno, "o todo e a morosidade das formalidades criminais, nem por parte da Justiça, nem do indiciado, pois que ambos perderiam muito com as delongas

indispensáveis da marcha do proces-

1~

so . E por esse motivo que, em processos tais, quer a lei deva ser pro

ferida sentença logo após os debates.

Contudo a Lei n. 6.416, de 24-5-1977, criou um caso todo especial

de identidadefísica do Juiz. Tal se dava no juízo de periculosidade real.

Quando o Juiz, na sentença, reconhecia a periculosidade presumida (na

hipótese dos inimputáveis), aplicava medida de segurança, pouco im portando se a instrução criminal havia sido ou não por ele presidida.

Não assim quando se tratava de periculosidade real, caso em que so mente o Juiz que presidiu a instrução podia aplicar a medida de segu

rança, salvo os casos de remoção, promoção, transferência ou aposen tadoria do Magistrado. Era assim que dispunha o art. 77, § L% da legis

lação anterior.

Hoje, com a reforma penal introduzida pela Lei n.

7.209, de 11 -7 -

1984, desapareceu a figura da periculosidade real e, ademais, a medida

de segurança só será imposta aos inimputáveis de que trata o art.

26 do

CP e, as vezes, aos casos de inimputabilidade diminuída de que trata o

parágrafo único do art. 26. Falamos "às vezes", porque o legislador, no

Particular, adotou o sistema vicariante (pena ou medida de segurança)

e não ambas, como previa o sistema anterior (cf. CP, arts. 26, parágrafo

consagrou o princípio da imediatidade.

único, e 98).

Audiência, enfim, no Processo Penal, nada mais é senão o "momento processual de determinados procedimentos". E o CPP prevê esses 44momentos processuais" nos procedimentos contravericionais (art. 538, § 2.'), nos procedimentos comuns para os crimes apenados com detenção (art. 539, § 2.') e, finalmente, para leitura de sentença que concede sursis (Lei de Execução Penal, art. 160).

11. Sessões

Denominam-se sessões as reuniões dos órgãos Jurisdicionais colegiados,

"nas salas dos respectivos Tribunais, a fim de discutirem e julgarem as causas ou resolverem sobre requerimentos atribuídos ao seu conhecimento e decisão, originariamente ou em grau de recurso".

Há sessões nos Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Militares, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais do Júri.

Em se tratando de Tribunal do Júri, em vários dispositivos notamse referências às "sessões". A propósito, vejam-se os arts. 425, parágrafo único, 426, 427, 442, 443, § 4.", 444, 445, 447 e outros mais.

Assim, não se diz: "o Tribunal do Júri esteve reunido em audiência", mas, sim, "houve sessão do Tribunal do Júri".

12. Limites de lugar

Os atos processuais, as audiências e sessões devem ser realizados em lugar estabelecido como adequado e próprio para tal fim, e esse lugar é o edifício onde o órgão Jurisdicional tenha sua sede. A propósito, dispõe o art. 792:

"As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais .....

Esta é, pois, a regra. Entretanto há numerosas exceçoes, inspiradas em considerações diversas. Vejamo-las.

As vezes, o ato processual se realiza fora do território jurisdícional onde a causa

está tramitando. É o caso, por exemplo, da testemunha que residir fora da cornarca do juízo processante e que será ouvida por precatória ou, se residir no exterior o 222c780).

~ F - iorgaturia 0-Tir, arts.

Em caso de necessidade, as audiências, as sessões e, eZ suma, os atos processuais poderão realizar-se na residência do Juiz, em outra casa por ele especialmente designada (art. 792, § 2.").

Assim, por exemplo, se o prédio onde o Orgão Jurisdicional tiver a sua sede estiver na iminência de ruir, poderá o Juiz determinar que a audiência, a sessão (do Júri) ou o ato processual seja realizado em sua própria residência ou em outro prédio "especialmente designado".

Quantas e quantas vezes, no interior, não temos assistido a sessões do Júri realizadas no prédio onde funciona a Câmara de Vereadores, no prédio da Prefeitura, em virtude de o Fórum não oferecer condições de segurança?

Nos termos do art. 403 do CPP, no caso de enfermidade do réu, o Juiz poderá transportar-se ao local onde ele se encontrar, aí procedendo a instrução ... Esta, então, poderá, inclusive, ser realizada na própria casa do réu ...

De acordo corri o art. 220, as pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor serão inquiridas onde estiverem.

Segundo o art. 221 do CPP, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Senadores, os Deputados Federais, os Ministros de Estado, os Governadores de Estado e Território, os Secretários de Estado, os Ppefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os Deputados das

Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os Ministros e Juízes do Tribunal de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o Juiz. Assim, também, os membros do Ministério Público, por força do art.

40, 1, da

Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (L i 86 1993).

e n. . 25, de 12-2-

Contudo, em se tratando de Presidente e Vice-Presidente da República, 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 deféridas Pelo Juiz, lhes serão transmitidas por ofício (cf. CPP, art.

221, § 1.0, introduzido pela Lei n. 6.416/77).

0 parágrafo único do art-

657 do CPP dispõe que o Juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder se apresentar, por motivo de doença.

13. Limites de forma

E pela forma que o ato processual se manifesta. Forma dat esse rei. A forma é a exteriorização do ato. E o aspecto que os atos devem apresentar. Como bem diz

Leone, estando destinado a viver fora do sujeito que o realiza, o ato processual deve enquadrar-se dentro dos limites de tempo e de lugar e assumir um hábito externo

idôneo para fazê-lo conseguir os efeitos a que tende.

Assim, num sentido amplo, entendem-se porformas todas aquelas condições de lugar, de expressão e de tempo, exigidas pela lei para o cumprimento de um

detern-iinado ato. Todavia, no sentido estrito, aforma nada mais é, como dizia Massari, que o revestimento, a roupagem externa, sua configuração exterior. Seria

impossível, pois, fazer-se um estudo pertinente às formas de todos os atos processuais, porquanto há formas especiais exigidas para determinados atos, e, assim, à

proporção que formos examinando cada um dos institutos do Direito Processual Penal, faremos referência às formas dos atos respectivos.

Observem-se, por exemplo,

as formalidades para o mandado de prisão (art. 285, parágrafo único), as do auto de prisão em flagrante (art. 304 e parágrafos), as formalidades da sessão de Júri, da

sentença, da demincia etc.

Trataremos, aqui, apenas daqueles princípios gerais que dizern respeito à forma dos atos processuais:

a) Idioma. Os atos processuais penais devem ser realizados em língua portuguesa. É certo, como pondera Frederico Marques, inexistir a respeito preceito

expresso.

Todavia, de vários dispositivos legais se infere ser esse o princípio. De fato. Vê-se, pelo art. 193 que, se o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório

será feito por intérprete. 0 art. 223 estabelece a mesma regra, quando se tratar de testemunha.

Os documentos em língua estrangeira, reza o art. 236, sem prejuízo da sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público ou, na falta, por

pessoa idônea nomeada pela Autoridade.

Ainda a respeito da exigência do vernáculo para os atos processuais, dispõe o § 1.' do art. 784 que as rogatórias, acompanhadas de tradução em língua nacional,

feitas por tradutor oficial ou juramentado, serão, após exequatur do Presidente do STF, cumpridas pelo Juiz criminal do lugar onde as diligências tenham de

efetuar-se, observadas as formalidades prescritas no CPR

b) Escrito. 0 princípio de que quoti non est in actis non est in hoc mundo (o que não estiver no processo é como se não existisse) vigora em numerosas

legislações, inclusive na nossa. Daí a regra de que os atos processuais devem revestir-se da forma escrita. Escrita é a sentença, é a denúncia, é a defesa prévia etc.

Sem embargo disso, numerosos atos processuais penais se realizam oralmente. Nesses casos, para que fique memória deles dentro no processo, é necessário,

indeclinavelmente necessario, sejam reduzidos a escrito, por meio dos termos, para a comprovação do referido ato -ou por meio das atas, narração escrita de tudo

quanto ocorre nas sessões, nelas consignando-se "lo fundamental de los actos orales".

Assim, quando o Promotor de Justiça acusa, em plenário do Júri, está realizando um ato processual penal instrutório.

E realiza-o oralmente. Todavia o escrivão, a cargo de quem fica a lavratura da ata, consigna a súmula daquilo que o Promotor falou.

Embora predomine a forma escrita, há, como dissemos, no Processo Penal, inúmeros atos processuais que se realizam oralmente. Haja vista aqueles previstos nos

arts. 538, § 1% 539, § 1% 204, 195, 245, 229, 226, 227, 212, 466, 471, 472, 473 etc.

Alguns atos como aqueles previstos nos arts. 39 e 108 do CPP tanto podem ser realizados oralmente como por escrito.

c) Publicidade. Ainda no que respeita à forma dos atos processuais, é de observar que vigora o princípio da publicidade, isto é, todos os atos processuais,

inclusive as audiências e sessões, serao públicos. Isto não significa que, para a realização do ato, haja necessidade de assistência, mas possibilidade para qualquer

pessoa assistir a ele.

Ao tempo do processo inquisitivo, este era secreto. Os atos processuais não se realizavam sequer em presença do réu. Mesmo depois do Code d'Instruction

Criminelle, de 1808, determinada fase do processo era secreta. Foi o liberalismo que reclamou, com toda a energia, a publicidade dos atos processuais, não só para os

interessados, senão também para o público.

De notar que o Processo Penal eclesiástico (Codex Juris Canonicis, de 1917) era secreto (cf. Beling, Derecho procesal penal, p. 148).

Muito embora na doutrina haja discussão sobre a conveniência ou não da publicidade dos atos processuais, irrespondível a lição de Beling, no sentido de que "pesa más la consideración de que un proceso penal secreto, por concienzudo y legalmente que se practique, tiene en contra de si la impresión de que hay en él algo que necesita ocultarse" (Derecho, cít., p. 148).

No Direito pátrio vigora o princípio da publicidade absoluta, como regra.

As audiências, as sessões e a realização de outros atos processuais são franqueadas ao público em geral.

Qualquer pessoa pode ir ao Fórum, sede do juízo, ou ao Tribunal, assistir à audição de testemunhas, ao interrogatório do réu, aos debates, quer se trate de processo da competência do Juiz singular, quer da do Júri.

Em se tratando de processo da competência do Júri, são impostas algumas limitações (v. CPP, arts. 476, 481 e 486).

0 princípio da publicidade absoluta ou geral vem consagrado, como regra, no art. 792 do CPP:

"As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados".

A despeito de viger tal princípio, o legislador pátrio admite, também, a publicidade especial ou restrita. Di-lo o § L" do art. 792:

"Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o Juiz, ou o Tribunal, câmara, ou turma, 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".

Por outro lado, a publicidade não atinge, grosso modo, os atos que se realizam durante a feitura do inquérito policial, não só pela própria natureza inquisitiva dessa peça informativa, como também porque o

próprio art. 20 do CPP dispõe que a autoridade assegurará no inquérit o sigilo necessário... Trata-se, de conseguinte, de lex specialis, que nã é derrogada pela lei geral.

1

Como característico do processo de tipo acusatório, a publicidad campeava na India, entre os atenienses, entre os romanos; à época re publicana, entre os germânicos. Era a publicidade popular.

Posteriormente,. foi sofrendo limitações e, na Idade Média, po influência do Direito Processual Penal canônico, totalmente abolida.

processo, então, passou a ser secreto.

Só o julgador, que também acusava, e o secretário é que tinhan conhecimento do que se passava no processo. Não se permitia seque defensor, sob alegação de que, se o acusado era inocente, não precisava de defensor e, se culpado, era indigno de defesa.

Muitas vezes o réu desconhecia a existência de processo contra si... Era o chamado processo do tipo inquisitivo, antítese do processo acusatório. No inquisitivo tudo se fazia a portas fechadas, secretamente, sigilosamente, em surdina, e ninguém, salvo o julgador e o secretário, podia ter acesso aos autos.

d) Assinatura. Quando se exige a assinatura em um ato ou documento, basta a

escritura de próprio punho, ao final do ato, do prenome e do nome de quem deve firiná-lo, ou, quando a lei o permitir, a própria

rubrica. Em determinados casos, se a pessoa que deve firmá-lo não pode ou não sabe escrever, poderá pedir a alguém que o faça por ela. É o que ocorre ao se encontrar a testemunha em tal situação (CPP, art. 216). É certo que, às vezes, o Código não exige expressamente a assinatura de quem praticou o ato, mas subentende-se a exigencia para que se evite a coima de apocrifia. E mais do que isso: a fim de que o ato não seja

considerado inexistente. É o que ocorre, por exemplo, com a denúncia ou queixa (art. 41), com a defesa prévia (art. 395) etc.

Muitas vezes, entretanto, a lei exige, expressamente, a assinatura da pessoa que praticou o ato (arts. 50, 56, 59, 98, 195, 226, IV, 243, 111, 285, parágrafo único, a, 381, VI, 417 etc.). Outras vezes se exige a firina devidamente autenticada (arts. 39, § U, 289, parágrafo único etc.). Em alguns casos a ausência de assinatura da pessoa que deve firmá-lo é suprida pela assinatura de duas, como ocorre, e. g., nas hipóteses previstas nos arts. 286, 304, § 1% 306, parágrafo único.

Há caso em que a pessoa que deve assinar não sabe ou se recusa, e a lei contenta-se com a simples consignação de tal circunstância no termo, como sucede na hipótese do parágrafo único do art- 195 do CPP.

14. Limites de tempo

Se o processo nada mais é senão o desenvolvimento de uma atividade tendente a lograr, como fim, a solução da lide, é evidente que essa atividade deve, necessariamente, desenvolver-se dentro de um certo lapso de tempo. Daí os limites de tempo para a realização dos atos processuais.

Cada ato processual deve ser realizado dentro de um determinado espaço de tempo. Não se poderia deixar que as partes cumprissem os atos processuais ou os realizassem quando bem quisessem ou

entendessem, porquanto isso significaria "entregarles Ia realizacióti o no de Ia justicia misma". Assim, da necessidade de dever o processo ir para a frente

(note-se que a palavra processo vem de procedere, que significa caminhar para a frente), tendendo a assegurar uma atuação da função jurisdicional rápida, surgiu a teoria dos prazos e dos termos.

15. Prazo

Segundo a definição de Massari,prazo é o limite de tempo concedido a um sujeito para o cumprimento de um ato processual (cf. E processo penale, p. 44 1).

Na doutrina, e mesmo em algumas legislações estrangeiras, usase, também, em lugar da palavraprazo, a expressão termo. Aliás, sobre o sentido proteiforme da palavra termo já fizemos alusão. Os alemães, contudo, distinguem o termo do prazo. 0 primeiro é o momento determinado em que o ato deve realizar-se (entre 1.' e 5 de fevereiro), e o segundo é o período de tempo dentro do qual o ato pode realizar-se (prazo de 5 dias). Textualmente: "Die Termine sind Zeitpunkte, die Fristen sind Zeitspannen".

A palavra termo ainda serve para indicar o momento inaugural do prazo e o seu término, seu momento final. Assim, os prazos se situam entre dois pólos, que são o termo a quo, ou dies a quo (dia do início), e o termo ad quem ou dies ad quem.

Termo a quo, ou simplesmente dies a quo, é o termo inicial do prazo.

Termo ad quem, ou dies ad quem, designa o momento final.

Os prazos são regidos por dois princípios importantíssimos: o da igualdade de tratamento e o da brevidade. De acordo com o primeiro, as partes não podem ser tratadas desigualmente. Para atos idênticos, os prazos não podem ser diferentes. Se o prazo para a defesa apelar é de

5 dias, não se conceberia pudesse a acusação fazê-lo em espaço de ten po menor ou maior. Há, contudo, por razões várias, algumas exceçõe Por exemplo: se o Ministério Público deve ofertar o libelo dentro d qüinqüidio legal (CPP, art. 417), tratando-se de processo iniciado pc meio de queixa (art. 29), o prazo concedido ao acusador para fazê-lo de 2 dias (art. 420). Tal particularidade talvez assente no fato de o le gislador haver querido impor ao querelante o ônus de movimentar

processo com celerídade, não lhe permitindo fazer do jus quereland um instrumento de tortura para o réu. 0 prazo para as partes (acusaçã e defesa) apelarem é de 5 dias (art. 593). Entretanto, se se tratar d vítima que não se habilitou como assistente, o prazo é de 15 dias (CPF

art. 598, parágrafo único). Também aqui se justifica: o prazo é maior porque a vítima não acompanhou o processo, estando, assim, inscier t(de tudo quanto nele se apurou. Ademais, a vítima, salvo se habilitadE como assistente, não é intimada da decisão final... Natural, pois, se lhe conceda um prazo mais dilatado.

De acordo com o princípio da brevidade, os prazos processuais não podem ser bastante dilatados. Do contrario, o procedimento arrastar-se-ia durante um largo espaço de tempo. As demandas não podem eternizar-se. 0 Estado tem interesse em solucionar os litígios dentro de

um espaço-tempo razoável, sem, contudo, prejudicar a discussão da causa.

Aliás, todo e qualquer sistema legislativo sonha com um procedimento rápido, sem prejudicar a segurança da justiça. Mas, como afirmava Carnelutti, se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non é sicura... Sem embargo dessa verdade, um tanto quanto axiomática, procuram os legisladores, sem prejuízo da descoberta da verdade real, imprimir ao processo um andamento célere. Não tão célere que prejudique a discussão da causa, e não tão moroso que dilate a solução do litígio. Por essa razão, como o processo é uma sucessão de atos, estes devem ser realizados dentro de um prazo razoável, levando-se em conta a sua importância. Certos atos demandam mais tempo que outros. 0

Promotor não pode fazer uma acusação em plenário do Júri dentro daquele tempo que se lhe permite para as alegações finais num procediniento contravencional.

Assim, ao princípio da brevidade aliam-se os da utilidade, segundo o qual o prazo será maior ou menor, considerando-se a relevância do ato; da continuidade, no sentido de que os prazos não devem ser interrompidos na sua duração; da improrrogabilidade, segundo o qual os prazos não podem ser prorrogados; da irredutibilidade, isto é, os pra

zos não podem sofrer redução; e, finalmente, o da preclusão, segundo o qual o

ato não mais poderá ser realizado se não o foi no espaço-tempo estabelecido. Por isso mesmo ela é definida como sendo "a perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto".

Se o processo é um avançar e o procedimento, uma sucessão de atos (pro cedere), é lógico que, se a parte não realiza o ato, deixando, assim, de exercer uma faculdade, esta não mais será exercitada.

Os atos vão-se sucedendo; o processo vai andando para a frente, em direção à solução do litígio. Assim, a preclusão possibilita o progredir do processo e, ao mesmo tempo, impede-lhe o retomo a fases anteriores.

Contudo há exceções. Respeitante à continuidade, veja-se, por exemplo, o disposto no art. 798, § 4., do CPP; quanto à improrrogabilidade, atente-se para o § 3.' do mesmo dispositivo e para a Lei n.

1.408, de 9-8-1951.

Se o prazo for impróprio, não há falar-se em preclusão. Esta ocorrerá quando a parte deixar de exercer uma faculdade. Assim, se o réu não apresentar sua "defesa prévia" no tríduo referido no art. 395

do CPP, não mais poderá fazê-lo (a propósito, o art. 401, parágrafo único, do mesmo estatuto). Entretanto, se o Promotor não oferecer a denúncia no prazo legal, nada obsta que o faça em outro momento, dês que não esteja extinta a punibilidade. E que, neste caso, o órgão do Ministério Público tem o dever de fazê-lo - nec delicta maneant impunita.

Se não o fizer naquele comenos, sujeitar-se-á a sanções de natureza administrativa, mas não haverá preclusividade. Mas, se o ofendido não exercer o direito de queixa dentro no prazo que a lei assina, não mais poderá fazê-lo. A preclusão, in, casu, é manifesta, pois atingiu uma faculdade.

16. Preclusão

Preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma faculdade. Trata-se de fato processual impeditivo. Ela se verifica quando a parte perde uma determinada faculdade, pelo seu não-exercício na ordem legal, ou por se haver realizado uma

atividade incompatível com o exercício de outra, e, finalmente, por ter sido ela, já uma vez, exercida validamente.

Se o processo é um caminhar para a frente, em direção à sentença final, é intuitivo que, se a parte não exerce uma faculdade dentro do tempo e momento oportunos, não mais poderá exercitá-la, e, assim, a

preclusão permite o avanço progressivo da relação processual e, ao mesmo tempo, impede o retorno a fases anteriores. Perdida a oportunidade para o exercício da faculdade, esgota-se aquela fase e passa-se para a subseqüente. Dá-se a tal fenômeno a denominação preclusão temporaL Assim, se a parte não interpõe o recurso dentro do prazo legal, não mais poderá fazê-lo; se não arrola suas

testemunhas no momento oportuno, opera-se a extinção dessa faculdade processual; se não providencia a juntada de documento (cujo conteúdo diga respeito ao fato objeto do processo) e sua comunicação à parte ex adversa, com antecedência mínima de 3 dias, não poderá, em face da preclusão temporal, proceder à sua leitura em plenário do Júri.

Já vimos, contudo, que a não-observância dos prazos, às vezes, não acarreta a preclusão temporal. Entretanto, se o ato a ser praticado for resultante de uma faculdade, a inobservância da ordem ou oportunidade concedida pela norma legal para o seu exercício gera a preclusão.

Se o Promotor não interpuser recurso de apelo no prazo legal, lícito não lhe será fazê-lo noutra oportunidade.

As vezes, a preclusão decorre do fato de haver sido cumprida uma faculdade incompatível com o exercício de outra. Fala-se, então, em preclusão lógica. Como diz Couture, o exercício de uma faculdade incompatível com outra logicamente anterior supõe o não-exercício des-

ta, provocando-se a preclusão a seu respeito (cf. Fundamentos, cit., P.

197).

Se, num determinado processo, puder a parte alegar a suspeição do Juiz e a ilegitimidade de parte, deverá, por primeiro, argüir a exceptio suspicionis, tal

como previsto no art. 96 do CPP. Se fizer o contrario, dar-se-á a preclusão lógica quanto à primeira.

Se a parte argüiu a exceção de incompetência, à evidência não pode suscitar o conflito de competência.

Ao lado dessas modalidades de preclusão - todas impeditivas -outra existe, a consumativa, decorrente de uma decisão irrevogável. Se houve uma decisão, processual ou de mérito, à evidência a questão que lhe serviu de objeto não pode ser renovada. A decisão transinuda-se em fato impeditivo, não se permitindo novo exame da questão que foi objeto de um anterior ato decisório. Nesse caso, como a parte exerceu validamente seu direito processual, exaurindo-o, a decisão converte-se em fato impeditivo, obstando a renovação de considerações sobre o Inesmo fato objeto daquela decisão. E se houver recurso? A decisão,

como fato impeditivo, ficará pendente, sustada. Desde que se torne inimpugnável, surge a preclusão.

Se a decisão for sentença sobre o mérito, fala-se em coisajulgada. Já vimos que a coisa julgada pode ser formal e material. A primeira corresponde à

inimpugnabilidade da decisão. Esta se toma inalterável ou porque não houve recurso, ou, havendo-o, porque esgotaram-se as vias recursais. 0

Juiz que a proferiu, ou

qualquer outro, dentro daquele processo, não poderá alterá-la, reexaminá-

la. Estamos em face da coisa julgadaformal. Trata-se, como se vê, da mesma preclusão, com

outro nomen juris.

Quando a decisão que se tornou inimpugnável não puder ser apreciada em qualquer outro processo e em outro qualquer juízo, então se diz que ela se tomou

indiscutível, adquiriu a qualidade de indiscutibilidade, de imodificabilidade, e, por isso, fala-se em coisajulgada material. A primeira, logicamente, é pressuposto desta.

Não pode haver coisajulgada material se não houver a formal. Se esta não existe, se a decisão ainda está sujeita a reforma, nem se pode falar em coisa julgada formal e,

muito menos, em coisa julgada material. A formal é um antecedente lógico da material. Pode haver coisajulgada formal e não existir a material. Mas não se concebe a

existência da segunda sem que haja a primeira. Esta é um prius, um antecedente daquela. Nos processos de jurisdição voluntária, se a decisão tomar-se inimpugnável,

formar-se-á a coisajulgada formal. 0 Juiz que a proferiu ficará impossibilitado de reexaminá-la. Nada impede, contudo, que a parte suscite a mesraíssima questão em

outro processo, em outro juízo. Se o Juiz penal condena o bígamo, preclusas as vias recursais, formar-se-á a coisa julgada formal. Dentro daquele processo a questão

não mais poderá ser reexaminada. Nada impede, entretanto, que o interessado ingresse no juízo cível para pleitear a nulidade do seu primeiro casamento e,

conseguindo-o, promova a ação revisional.

Se a parte pode ingressar com a ação rescisória ou, no juízo criminal, com a ação revisional, com possibilidade de desfazer a resjudicata, não há cuidar-se, propriamente, de coisa julgada material, ou melhor, de coisa soberanamente

julgada. Esta é a que permanece intangível, intocável, sem a mais remota possibilidade de reexame.

Então, se ocorre a coisa julgada material, operando-se a extinção de todas as possibilidades "procesales de revisión de Ia sentencia, tanto en el juicio en que fue

dictada como en cualquer otro juício posterior", fala-se até em máxima preclusão (cf. Couture, Fundamentos, cit., p. 418 e s.).

1

Se a resolução judicial não for atinente ao mérito, não há falar-se em coisa julgada, mas sim em Preclusão "pro judicato---.

A preclusão dessa natureza, além de exaurir o direito processual da parte, cria um impedimento ou limitação ao próprio juiz. E, como a verdadeira preclusão não

alcança os poderes deste, mas tão-só as faculdades e direitos processuais das partes, fala-se em preclusão projudicato (Frederico Marques, Instituições, cit., v. 2, p. 92).

Desse modo, a distinção entre preclusão e coisa julgada repousa na circunstância de que esta supõe decisão de mérito, e aquela, ato decisório de conteúdo

processual. Por outro lado, a coisa julgada, se material, projeta seus efeitos para fora do processo, enquanto a preclusão se circunscreve e se restringe ao

17. Espécies de prazo

Os prazos podem ser:

a) comuns;

b) particulares;

c) próprios;

d) impróprios;

e) legais;

j) judiciais.

a) Comuns. São aqueles prazos que correm para ambas as partes, ao mesmo tempo, tal como na hipótese do art. 406, § 1.', quando houver assistente de acusação.

b) Particulares. Ao contrário, são aqueles que correm para apenas uma das

partes, como, e. g., nas hipóteses dos arts. 46, 395 etc.

c) Próprios. São aqueles prazos dentro dos quais a parte deve realizar o ato processual e, se não observados, haverá tão-só conseqüência de natureza processual,

como ocorre, v. g., no caso previsto no art. 395: preclusão.

d) Impróprios. São aqueles impostos aos Juízes e seus auxiliares, pois, descumpridos, trarão conseqüências de natureza disciplinar, e não processual (arts. 799,

800, § 4.', e 801). Quanto ao Ministério Público, ao contrário do que pensa Lopes da Costa (Direito processual civil, v. 1, p. 134), às vezes os prazos são próprios e,

outras vezes, impróprios. Assim, se o Ministério Público não oferece a denúncia no prazo legal,

processo em que se verificou.

sofrerá as sanções previstas no art. 801 - consequencia de natureza disciplinar, e não processual. Se o órgão do Ministério Público perde o prazo para apelar, haverá

conseqüência de natureza processual, e não disciplinar - prazo próprio, portanto.

e) Legal. Como o próprio nome indica, é aquele prazo estabelecido em lei.

Exemplos: art. 46 - prazo legal para oferecimento da denúncia; art. 395 -

para o

Advogado fazer a defesa prévia. Fala-se, então, tecnicamente, em prazo legal.

f) Judicial. À primeira vista parece que no CPP não há prazo judicial, mas há. Prazo judicial é aquele estabelecido pelo Juiz. Exemplos: art.

93, § 1.0 - determinação

do prazo e possibilidade de prorrogação razoável; art. 364 - autoriza a fixação do prazo pelo Juiz para a citação por edital. Exemplos típicos de prazos judiciais.

18. Contagem dos prazos

No Processo Penal, os prazos são fixados em minutos, horas, dias, meses e até mesmo anos. Não há prazo semanal, como existe em numerosas legislações.

Assim, para se saber como se contam os prazos, urge indagar qual a unidade-tempo real fixada em lei para a realização do ato processual.

Quando o prazo for fixado em minutos (e isto ocorre em numerosos casos, como, p. ex., nas hipóteses do § 2.' do art. 538, quando se concede à acusação e à

defesa, respectivamente, o prazo de 20 minutos, prorrogável por mais 10; também em minutos é fixado o prazo para alegações orais do Ministério Público e do

Defensor, nas hipóteses dos arts. 554 e 539, § 1% do CPP), conta-se de minuto a minuto, aplicandose a regra do art. 125, § 4.', do CC.

Outras vezes, o prazo é fixado em horas, como nas hipóteses dos arts.

100, 536, 499, 474, § V, 145, 1 e 11, 306, 407, 418, 640 etc.

Embora nesses casos se devesse, a rigor, aplicar a mesma regra contida no art. 125, § 4.0, do CC, isto é, contando-se de minuto a minuto, o certo, entretanto, é

que, quando os prazos são fixados em horas, só se aplica a regra do referido diploma civil se inferiores a 24 horas.

Se igual ou superior, a praxe generalizada é no sentido de que se considere como de I ou 2 dias, respectivamente, os prazos de 24 ou 48

horas. Há, apenas, a

exceção do art. 306 (nota de culpa).

Fixam-se, também, os prazos em dias (exemplos: arts. 39, § 5.0,46, 58, 60, 1 e

11, 100, 120, § 1% 500, 544, parágrafo único, 552, 553, 586, caput, e parágrafo

único, 588, 589, 593, 600 e § 1.', 601, 610 etc.).

Nesta hipótese, isto é, quando os prazos forem fixados em espaçotempo dia, é de observar a regra que se contém no art. 798, § 1.', do CPP, in verbis:

"Não se computará no prazo o dia do começo, incluindose, porém, o do vencimento".

Assim, o dia do início do prazo não é computado (dies a quo non computatur in termino); por outro lado, o do vencimento se inclui, porque favorece mais à

parte (dies ad quem computatur in termino).

Assim, se o prazo para o Ministério Público falar nos autos for de 3

dias, e se iniciar na segunda-feira, o termo ad quem, isto é, o último dia do prazo, cairá na

quinta-feira.

Os prazos ainda são fixados em meses (arts. 3 8 e 687, 1) e em anos (arts. 749, 743 e 696). Nesses casos, a contagem é feita segundo a Lei n.

8 10, de 6-9-1949,

cujo teor é o seguinte:

"Art. 1 .` Considera-se ano o período de 12 meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.

Art. 2.' Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte.

Art. 3." Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao início do prazo, este findará no primeiro dia subseqüente".

Se, por exemplo, o prazo for fixado em um mês e tiver início no dia 11 de março, findará no dia 11 de abril. Ainda nessa mesma hipótese, se iniciado a 3 1 de

maio, findará a 1 ' de julho or t à há dia 31 do mês de junho.

, Il %JUCIII V Il V

0

A mesma regra é adotada, consoante o art. 1 ." da citada lei, quando se tratar de prazos fixados em anos.

De ponderar, entretanto, que, se o prazo for fixado no CPP e no CR, ou apenas neste, como, v. g., cumprimento da pena, sursis, prazo para apresentação de

representação ou queixa etc., a regra a ser observada é aquela traçada no art. 10 do CP: o dia do começo inclui-se no

cômputo do prazo, e os dias, meses e anos são contados pelo calendário COMUM.

Assim, para o CP, dies a quo computatur, isto é, o dia inicial é computado, e, embora silencie a respeito, computa-se, também, o dies ad quem. Se o réu fosse

condenado a 2 meses e preso às 14 horas do dia L" de janeiro de 1968, sua pena expiraria à meia-noite do dia 29 de fevereiro do mesmo ano. Se este não fosse

bissexto, expirar-se-ia a 28 de fevereiro.

Desse modo, para o CP, "os meses e os anos são contados não ex numero, mas ex numeratione dierum, isto é, não se atribuem invariavelmente 30

dias ao mês

(como o faz o art- 125, § 1% do CC), o que importaria 360 dias para o ano, mas 28, 29, 30 ou 31 dias, de acordo com o calendário, de modo que o ano terá 365 dias

ou, se for bissexto, 366" (cf. Nélson Hungria, Comentários, v. 1, p, 198).

Assim, se A quiser oferecer queixa contra B e ficou sabendo ter sido este o autor do crime no dia 15 de fevereiro de 1974, poderá oferecêIa até o dia 14 de agosto

do mesmo ano.

0 ano e o mês civil estão determinados pela Lei n. 810, de 6-91949.

Pode parecer haver inconciliabilidade entre a regra do art. 10 do CP e aquela contida no § 1." do art. 798 do CPP. A colisão, entretanto, tal como salientado na

Conferência dos Desembargadores (Conclusão XLI, Anais, p. 288), é tão-somente aparente. 0 critério adotado por ambos os diplomas tem por finalidade favorecer aos

réus, "em atenção aos seus interesses regulados por aqueles estatutos".

No Processo Penal, quanto mais longo o prazo, melhor para o réu. Já no Penal, quanto mais

curto, melhor. Assim, o prazo prescricional. contado segundo a regra do art. 798, § 1.', do CPP prejudicá-lo-ia. Já o prazo de recurso, se contado segundo o art. 10 do

CP, prejudicá-lo-ia também.

E na hipótese de prisão em flagrante? Todos sabem que a prisão que antecede a uma sentença penal condenatória é medida necessária, mas odiosa. Se ainda não

foi reconhecida a responsabilidade do pretenso culpado, justo, pois, que os atos processuais devam ser realizados com a maior celeridade, a fim de se permitir que a

liberdade individual seja restringida ao mínimo possível. Por esse argumento já se vê que a regra aplicável é a do art. 10 do CR Aliás, pela leitura do art. 10 do CPP,

percebe-se, com clareza, que a intenção do legislador foi a de que se concluísse o inquérito em 10 dias, contando-se, obviamente, o dia inicial.

19. Fixação do "díes a quo11

Problema importantíssimo, no estudo dos prazos processuais, é o que se cinge à

fixação ou determinação do dia do início do prazo.

A propósito o art. 798, § 5.":

"Art. 798 . .....

nosso):

§ 5.' Salvo os casos expressos, os prazos correrão (grifo a) da intimação;

b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte; c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da

sentença ou despacho".

Assim, se as testemunhas de defesa não forem encontradas, cumprirá ao Oficial de Justiça certificar o fato e cumprirá ao escrivão fazer os autos conclusos ao

Juiz, para determinar o que for de direito.

Nesse caso, o Juiz determinará que a defesa se pronuncie a respeito, ou indicando outras ou declinando o exato endereço para efetiva notificação.

Tal pronunciamento da defesa deverá ocorrer em 3 dias (CPP, art. 405), e, evidentemente, esse prazo se iniciará na data em que o escrivão a notificar daquele

despacho do Juiz ao defensor. Se na segunda-feira, o prazo se expiraria na quinta-feira (dies a quo non computatur in termino).

Na sessão do Júri, realizada no dia 18 de junho, numa segunda

a, estan o presente o réu (e há casos em que pode estar ausente: crime afiançável), foi ele condenado. A sentença foi prolatada naquele

mesmo dia.

Pois bem: o prazo para a interposição de recurso terá seu início naquele mesmo dia, mas a contagem começará no dia seguinte.

Outras vezes o escrivão não intima a parte. Esta, todavia, pode manifestar-se nos autos, tomando ciência inequívoca da sentença ou despacho. Nesse caso se a parte quiser, digam

d

cisão, o prazo se iniciará a partir do dia em que exteriorizar, nos autos,

sua ciência inequívoca sobre ela.

9

ncorrer a ue a e

Esta, pois, a regra geral em matéria de fixação do dies a quo- Entretanto há exceções. 0 próprio § 5.' do art. 798 ressalvou os "casos expressos".

É um caso

expresso, por exemplo, em que não se aplica nenhum dos itens do citado §

5.', aquele a que se refere o § 1.' do art. 800, in verbis: clusão".

"Os prazos para o Juiz contar-se-ão do termo de con-Outro caso expresso é aquele de que trata o § 2.' do art. 800:

"os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso (art. 798, § 5.')".

Ainda como exceções àquela regra geral, podem ser citadas as hipóteses de que cuidam os arts. 395, 46, 598, parágrafo único, todos do CPR

E se o dies ad quem, o último dia do prazo, coincidir com um domingo ou feriado? A propósito, dispõe o § 3.' do art. 798:

"0 prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato".

Realmente, não teria sentido a não-prorrogação. Se o prazo se expirou num

domingo, por exemplo, como poderia a parte praticar o ato processual, com o Fórum

fechado?

Por outro lado, a 9-8-195 1, surgiu a Lei n. 1.408 ampliando a regra que se contém no § 3.0 do art. 798, ao estabelecer, em seu art. 3.' (alterado pela Lei n. 4.674,

de 15-6-1965):

"Os prazos judiciais que se iniciarem ou vencerem aos sábados serão prorrogados de um dia útil".

A Lei ri. 1.408/51 fala em prazos que se iniciarem ou vencerem aos sábados... E se se iniciarem num domingo? Diz o art. 797 que os atos processuais podem ser

realizados aos dorningos. réu de uma

Assim, se o Oficial de Justiça, num domingo, intima o sentença condenatória, e tendo ele o prazo de 5 dias para interposiÇão do recurso, quando expiraria o

prazo?

Responda- se: na sexta-feira. Não se deve confundir início dos prazos com início da contagem. Ora, se o prazo se iniciou num domingo, este, segundo a regra de

que dies a quo non computatur, ficará excluído, e, portanto, a contagem do prazo se iniciará na segunda-feira, e, como são 5

dias, segue-se que o prazo terminará na sexta-feira.

Presentemente, entretanto, o Excelso Pretório ampliou o campo de aplicação da Lei n. 1.408 e fixou na Súmula 3 10:

"Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata,

salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir".

De acordo, pois, com a Súmula 3 10, se o réu for intimado de uma sentença condenatória numa sexta-feira, o prazo para a ínterposição de recurso, que é de 5

dias, começará a fluir na segunda-feira.

Logicamente, também, se a intimação for feita num sábado e o primeiro dia útil imediato (segunda-feira) for feriado, o prazo iniciarse-á na terça-feira.

Claro: se se permite o mais, não se pode negar o menos.

Ainda a respeito de prazos, é de observar que, no Direito Processual Penal, todos eles correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se

interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

E a regra contida no art. 798, caput, do CPR

Todos os prazos correrão em cartório, diz a lei. Tal significa que os autos devem permanecer em cartório. Aliás, o art. 803 do CPP veda-lhes a retirada dali, salvo

os casos expressos em lei. Dentre esses casos expressos em lei destacam-se: a) o § 4.' do art. 800, em que se realça devam os autos ser entregues ao Juiz ou Promotor

todas as vezes em que o escrivão lavrar o termo de conclusão ou o termo de vista; b) o art. 150, § 1% autorizando a entrega dos autos ao perito; c) os arts. 716, § 1.% e

736, que autorizam o Conselho Penitenciário a requisitar o processo.

Todavia o art. 89, XVII, da Lei n. 4.215, de 27-4-1963 - anterior Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil -, erigiu à categoria de direito do Advogado

ter vista, fora dos cartórios, nos autos de processo de natureza civil, criminal, trabalhista, militar ou administrativa, salvo se o prazo para a prática do ato processual

for comum, quando, então, correrá neles.

No mesmo sentido o art. 7.', XV, da Lei ri. 8.906194 (atual Estatuto da Advocacia).

Assim, a regra, atualmente, é de que os prazos para o Advogado não mais correrão em cartório. Excepcionalmente, sim. Desse modo, se o prazo for comum a

ambas as partes, é intuitivo que os autos devam pennanecer em cartório, possibilitando-lhes a compulsação, como sucede na hipótese do § 1.' do art. 406, por exemplo.

E se o réu for intimado de uma sentença por precatória, quando começará a fluir o prazo recursal? 0 STF vem entendendo, reiteradamente, que, em tal caso, o

prazo começará a fluir a partir da juntada da precatória, devidamente cumprida, no juízo deprecante (cf. RV, 591366, RT, 5471356, 604/367, 6241287).

0 Advogado dativo, segundo a regra do art. 392, não é intimado da sentença. Todavia entende o STF que, se porventura o réu preso tiver defensor dativo ou

mesmo constituído, o prazo recursal não se inicia a partir do instante da sua intimação pessoal, mas sim depois que o Advogado dativo ou constituído for também

intimado (cf. RV, 80/ 497 e 89/814).

Se o réu tiver defensor constituído e o crime for inafiançável, a intimação deverá ser feita na pessoa daquele. Se, entretanto, expedido o mandado de prisão, o

Oficial de Justiça certificar que não o encontrou, nesse caso a intimação será feita na pessoa do seu defensor constituído, e o prazo para eventual apelação começará a

fluir a partir da data em que esta se verificou.

20. Prazos contínuos e peremptórios

Os prazos são contínuos e peremptórios. Os prazos dizem-se contínuos, ensina Borges da Rosa, porque não deverão ser interrompidos na sua duração, isto é,

deverão ser de tempo seguido ou sucessivo, os dias sucedendo-se aos dias, e as horas sucedendo-se às horas.

Peremptórios são os prazos improrrogáveis, fatais, sem possibilidade de dilatação.

Tais princípios, da peremptoriedade e da continuidade, não são, também, absolutos. 0 próprio § 3.' do art. 798 admite seja o prazo prorrogado.

Admite-o, também, o § 1.' do art. 93. Quanto à continuidade, é de observar o que dispõe o § 4.0 do art. 798:

"Não correrão os prazos, se houver impedimento do Juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária".

Ensina, com acerto, Frederico Marques, citando Pedro Batista Martins, que a força maior, aí, é qualquer fato ou acontecimento, circunstância ou ocorrência, que

sobrepuje e supere a diligência empregada pela parte para praticar o ato no prazo legal, ou que lhe crie obstáculo intransponível que lhe impeça a realização.

0 impedimento do Juiz também é motivo para que não se admita a continuidade dos prazos.

Como bem explica Walter P. Acosta, impedimento aí tem o sentido comum de embaraço, obstrução. Assim, se o Juiz leva os autos para a sua casa, houve,

inegavelmente, um embaraço criado para a parte, a impossibilidade de manuseá-los para sobre eles se manifestar.

Se o Juiz determinar, por motivo relevante, o encerramento do expediente forense antes da hora normal, o prazo será restituído ao interessado na medida em que

houver sido atingido pela providência tomada, consoante a regra inserta na letra

a do art. 1.' da Lei n. 1.40815 1.

Obstáculo judicial oposto pela parte contrária ocorre, por exemplo, quando a parte ex adversa retém os autos, impossibilitando que aquela que deve realizar o ato

processual o faça no prazo estipulado.

Assim, por exemplo, se o escrivão, a despeito da regra que se contém no §

1.' do art. 500, permitir que o Advogado de um dos réus leve os autos para casa a fim

de fazer as alegações, é óbvio que o Advogado do outro réu faça jus a novo prazo, pois, a rigor, os autos deviam permanecer em cartório, uma vez que o prazo, aqui, é

comum, isto é, as partes devem realizar o ato processual em igual tempo.

E sobrevindo período de férias? Haverá interrupção dos prazos?

No Processo Penal, a superveniência de férias não constitui motivo que possa ocasionar a suspensão ou interrupção dos prazos, mesmo porque, segundo o art.

797, os atos podem ser também praticados durante o período de férias (cf.

RT, 3931359, 4091106, 439/426, 423/45 1, 4311387 e 4581364).

capítulo 38

Das Nulidades

SUMÁRIO: 1. Noções preliminares. 2. Ato inexistente. 3. Atos nulos e irregulares. 4. 0 ato inexistente, o ato nulo e a coisa julgada. 5. A nulidade. 6. Não há nulidade sem prejuízo. 7. Irrelevância do ato. 8.

Atos e formalidades essenciais. 9. A classificação dos atos e das formalidades. 10. A incompetên~ cia, suspeição e suborno do Juiz. 11.

Ilegitimidade de parte. 12. A omissão da peça acusatória ou da representação. 13.

Ausência de corpo de delito. 14. Ausência de defensor e curador. 15. A falta de intervenção do Ministério Público. 16. A falta de citação do réu, do seu interrogatório, quando presente, e dos prazos concedidos à acusação e à defesa. 17. A falta de pronúncia, libelo, e entrega da respectiva cópia. 18. A falta de intimação do réu para a sessão de julgamento, quando não puder ser julgado à revelia. 19. A falta de intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade. 20. A falta de quorum para a instalação da sessão do Júri. 21. A falta de sorteio dos jurados do Conselho de Sentença em número legal e sua incomunicabilidade. 22. A falta de quesitos e das respectivas respostas. 23. A falta de acusação e defesa na sessão de julgamento. 24. A falta de sentença. 25. Ausência do recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido. 26. A falta de intimação, nas condições estabelecidas na lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso. 27. A falta de quorum nos julgamentos levados a cabo pelo STF e Tribunais de Justiça. 28. Nulidades absolutas e relativas no CPP. 29. Momento para a argüição da nulidade.

30. Poderá o Juiz, sem provocação, conhecer da nulidade?

31. Quem pode argüir a nulidade? 32. Modos de sanabilidade. 33. Pode haver nulidade em inquérito?

1. Noções preliminares

Vimos que o processo, sob certo ângulo, é uma sucessão de atos processuais.~Mas que é o ato processual? É o ato jurídico emanado das partes, dos Orgãos

Jurisdicionais, dos seus auxiliares e, enfim, dos terceiros, interessados ou desinteressados - ligados ao processo - capaz de criar, modificar ou extinguir efeitos

processuais.

0 ato processual é espécie do gênero ato jurídico. Como bem diz Couture, o ato jurídico consiste em um acontecimento humano, ou provocado pelo homem,

suscetível de criar, modificar ou extinguir efeitos jurídicos (cf.

Fundamentos, cit., Depalma, 1972, p. 20 1). Por isso, Florian, acertadamente,

professa: Dentro no

processo encontramos uma série de atos realizados por aqueles que nele intervêm. São atos jurídicos, porque regulados pelo Direito e produtores de conseqüências

jurídicas; mas processuais, porque se realizam no processo e servem, direta ou indiretamente, a ele (cf. Elementos de derecho procesal penal, trad. Prieto Castro,

Barcelona, Bosch, s.d., p. 108).

Entre ato processual e procedimento há uma grande relação. São dois conceitos que se complementam e integram, no sentido de que um se refere ao outro.

Observa Osorno, citando Carnelutti: "Acto es el resultado de una división; procedimiento, el resultado de una multiplicación. El acto se obtiene descomponiendo el

procedimiento; el procedimiento componiendo varios actos al juntarlos"

(cf. Guilbermo B. Osorno, Derecho procesal penal, México, Ed. José M.

Cajica, 1969, p.

280).

Esses atos devem, contudo, realizar-se conforme a lei. Cabe a esta não só coordenar como, também, exigir sua presença e regular-lhes a constituição intrínseca e

extrínseca. E o que se denomina tipicidade do ato processual. Tipo do ato (fattíspecie), ensina Carnelutti, é o modelo, ou, se quiserem, a amostra do ato, que o

legislador constrói com o objetivo de regular "el procedimiento, esto es, de hacerlo idóneo para el fin" (Lecciones sobre el proceso penal, Buenos Aires, Bosch,

1950, v. 3, p. 10).

Assim, para que o ato processual possa ser perfeito, produzindo seus jurídicos efeitos, é preciso que ele se amolde ao modelo descrito na lei.

Em suma: é preciso

que ele seja típico. Diz, por exemplo, o art. 381 do CPP o que deve conter a sentença. Se o Juiz, entretanto, malgrado o paradigma legal, isto é, não obstante o tipo

descrito naquele díspositivo legal, vem a prolatá-la ao arrepio do padrão, deixando, por exemplo, de fazer o relatório, ou deixando de motivá-la, ou, até mesmo, de

assiná-la, o ato por ele praticado é atípico, írrito. Por quê? Em face da ausência de correspondência entre o ato praticado, pelo Juiz, no exemplo dado, e o modelo

legal retratado no art. 381 do CPP.

Tipicidade haverá quando o ato praticado estiver em conformidade com o modelo descrito na lei. Não havendo correspondência entre o ato realizado e o tipo

legal, ele se diz atípico, imperfeito.

Estabelece o art. 41 do CPP o que deve conter uma denúncia. Pois bem: se for ofertada uma denúncia sem a descrição da conduta delituosa, tal ato processual

será atípico, porquanto discrepou e se arredou do modelo legal. Sim, porque o art. 41 do estatuto processual penal dispõe que a denúncia deve conter a exposição do

fato criminoso com todas as suas circunstâncias... Logo, ausente na peça acusatória a descrição fática, haverá uma desconformidade entre o ato praticado e o descrito

na lei.

As vezes, entretanto, como bem diz Calmon de Passos, o tipo é mais que a hipótese de fato prevista na norma (cf. A nulidade, cit., p. 39).

De fato. Nem sempre o modelo descrito na norma mostra, às claras, conglutinadamente, tudo quanto é exigido para a perfectibilidade do tipo.

Este reclama, além

do descrito no texto legal, outros requisitos, que Camelutti distingue em pressupostos (capacidade, legitimação e idoneidade do objeto), elementos (causa ou fim,

vontade ou intenção e forma de autuação) e circunstâncias (lugar, tempo etc.) (cf. Lecciones, cit., p. 69). Pois bem: muitas vezes esses requisitos estão dispostos na lei

de maneira difusa, apresentam-se disseminados, espalhados. Urge, pois, reuni-los, conglornerá-los.

Para que a denúncia, ato inaugural da ação penal pública, seja conforme ao modelo descrito no CPP, bastará sua correspondência à descrição feita no art. 41 do

citado diploma? Evidentemente não! Ali se diz o que ela deve conter. Mas quem tem capacidade para ofertá-la? Sabido seja o órgão do Ministério Público, qual deles

está legitimado a fazê-la?A quem é dirigida? Não deve, também, conter a parte autenticativa, isto é, lugar, data e assinatura? Não deve incluir o pedido de citação? Não

deve ser feita em vernáculo? Claro que sim. Deverá, pois, o órgão do Ministério Público legitimado, ao pretender ofertar uma denúncia, atentar para os demais

requisitos espraiados, disseminados no Código. Quem tem atribuição para oferecê-la? 0 Ministério Público, di-lo o art. 24 do CPP. A quem é dirigida? Ao órgão

Jurisdicional competente. Qual o competente? A resposta está nos arts. 70

e s. do CPP. Poderá a

denúncia ser confeccionada em língua estrangeira? Não. 0 art. 156 do CPC, aplicável por analogia, dispõe que os atos processuais devem ser praticados em vernáculo. É, também, o que se infere do CPP, em face dos arts. 193, '223 e 236.

Assim, por vezes, a tipicidade do ato processual não implica, apenas, a conformidade do ato praticado com o paradigma legal, pura e simplesmente.

Urge considerar e observar com atenção os demais requisitos, acaso espalhados...

Observe-se que a atipicidade do ato pode gerar-lhe a nulidade (absoluta e relativa) ou a simples irregularidade.

Poder-se-ia falar, também, em inexistência. Esta, contudo, é mera criação doutrinária ou jurisprudencial. Após meditar sobre a matéria, concluímos que só se pode falar em inexistência quando o ato realmente faltar, isto é, quando houver inexistência material. Certo que a doutrina fala, também, da inexistência jurídica. Contudo, repensando bem, devese reservar tal expressão para algumas hipóteses, absurdas por sinal, em que não haverá necessidade de qualquer provimento jurisdicional para a sua invalidação; assim, por exemplo, uma denúncia sem imputação fática, sentença proferida a non judice, sentença sem o decisum. Nesses casos, percebe-se a desnecessidade de provimento jurisdicional para a invalidação do ato. Nas demais hipóteses o ato juridicamente inexistente se confunde com o absolutamente nulo, uma vez que, não decretada a invalidade, o ato produz efeitos. Pense num corpo de delito realizado pelo escrivão de polícia.

Juridicamente inexistente. Mas, se houver decreto absolutório com trânsito em julgado, nada se poderá fazer para anulá-lo.

Se condenatória for a decisão, enquanto não se diligenciar a nulidade, os efeitos perduram; se a denúncia estiver formalmente em ordem, faltando, apenas, a qualificação jurídico-penal do fato, haverá, também, uma atipicidade, mas... irrelevante, porquanto cabe ao Juiz, afinal, proceder a subsunção do fato à norma, dentro nos limites permitidos em lei, em face das regras consubstanciadas nas parêmias latinas narra mihi factum dabo tibi jus e jura

novit curia, mesmo porque o réu não se defende da qualificação jurídico-penal dada ao fato objeto do processo, mas do fato em si, do próprio fato. Pois bem, neste exemplo, teríamos mera irregularidade.

2. Ato inexistente

"Fruto de elaboração doutrinária e jurisprudencial, a categoria da mexistência foge a toda previsão normativa." Fala-se em inexistência material e em inexistência jurídica. Na primeira hipótese se projeta sobre o processo, e não sobre o ato, Dosto não a inexistência

se poder anu

lar o que na0 existe. Daí a regra do inc. 111 do art. 564 do CPP. E, conforme magistério de Camelutti, o ato inexistente é, verdadeiramen te, um não-ato, isto é, não e um ato Perfeito nem imperfeito. 0 ato imperfeito não é um ato perfeito, mas é um ato(cf. Lecciones, cit., v.

3, p. 182). Ou, como preleciona Calmon de Passos, o ato inexistente não e um ato típico nem atípico. É um não-ato, porque desprovido dos pressupostos que informam a existência do ato processual (A nulidade, cit., p. 79), e, por isso mesmo, os atos inexistentes prescindem da decretação judicial para que se tornem ineficazes (A nulidade, cit., p. 59). Na verdade, não há que se falar em nulidade de ato inexistente.

Não se anula o que não existe. Por essa razão, Eugenio Florian ensina que o CPP não trata dos atos inexistentes e de sua conseqüente ineficá-

cia; e não era preciso que o fizesse, pois, por óbvio, é fácil argumentar que o ato inexistente é inválido. 0 ato processual inexistente corresponde a um estado de fato em que não se verificam os elementos necessários

para que o ato possa surgir (cf. Eugenio Florian, Elementos, cit., p.

119). E, a seguir, arremata: 0 ato inexistente não produz efeitosjurídicos, e isto de pleno direito, sem necessidade de provimentojudicial (cf.

Elementos, cit., p. 120).

A confusão que se costuma fazer entre inexistência e nulidade do ato, levando muitos ao entendimento de que não há diferença entre inexistência e nulidade, talvez advenha da circunstância de o CPP, no seu art. 564, dizer que "as nulidades ocorrerão nos seguintes casos..." e, no inc. 111 do mesmo artigo, enumerar "as faltas" de determinados atos.

y,

Se o legislador dissesse que "o procedimento" ou' asedele"seria nulo "por omissão das fórmulas e termos essenciais abaixo elencados..."

não haveria maior dificuldade.

Assim, se num processo por crime que tenha deixado vestígio não se procedeu ao exame de corpo de delito, direto ou indireto, haverá nulidade, nos termos do art. 564, 111, b, do CPP. Anula-se o procedimento, anula-se o processo, e não... o exame de corpo de delito.

Mesmo porque não se anula o que não existe.

Mas, quando se fala em inexistência do ato, a doutrina quer referir-se não à ausência material do ato, mas àquele ato que, embora tenha existência material, é totalmente desprovido de qualquer signi ficado jurídico. E um não-ato, e, por não ter nenhum significado, não haverá necessidade de provimento jurisdicional para torná-lo ineficaz.

Ele é ineficaz per se.

A categoria dos atos inexistentes, como já se firmou, é criação doutrinária e juri sprudencial. Na verdade, se falta a existência material, o ato é inexistente. Se ele

tem existência material, mas é desprovido de qualquer significado jurídico, ele também é inexistente. Fala-se, então, em inexistência jurídica. As hipóteses de

inexistência jurídica, que não podem confundir-se com as nulidades, são tão estrambóticas que a própria lei delas nem cuidou. E a melhor doutrina quando a elas se

refere limita-se a indicar casos de extraordinária extravagância: sentença

prolatada por quem não é juiz, sentença sem o decisum...

Obviamente a ineficácia desses atos

independe de provimento jurisdicional. Em outros casos, o ato juridicamente inexistente se confunde com o absoluta ou relativamente nulo. Assim, por exemplo, um

exame de corpo de delito realizado apenas por um só perito, a rigor, é juridicamente inexistente. Contudo, mesmo ineficaz, por não possuir existência jurídica, se não

sofrer a sanção de nulidade, continuará gerando efeitos.

3. Atos nulos e irregulares

Já vimos em que consiste a inexistência. Referimo-nos à inexistência do ato sob duplo aspecto: a inexistência material e a inexistência jurídica.

Em tema de nulidade, para nós, ato inexistente é o que não tem existência material. Simplesmente não existe, ou é tão mutilado, tão deformado, que não haverá

necessidade de provimento jurisdicional para invalidá-lo. Se houver, ainda que se considere o ato como juridicamente inexistente, ele se confunde com o ato sujeito à

sanção de ineficácia.

Para o CPP a inexistência implica ausência material.

Por outro lado, quando há "uma falta de correspondência entre o tipo e o ato", surge uma imperfeição. 0 ato existe, mas de maneira imperfeita, defeituosa,

capenga, e, em face dessa atípicidade, ele pode tornar-se ineficaz se vier a sofrer a sanção de nulidade. Enquanto o Juiz não lhe declarar a imprestabilidade, ele

continua gerando efeitos. Mas, se o Juiz observa e lhe decreta a ineficácia, o ato se diz nulo.

Entretanto, quando o ato imperfeito, vale dizer, atípico, houver atingido o fim a que se destinava e não sofrer a sanção de nulidade, ele se diz irregular

Daí o acerto da lição de Calmon de Passos: "A atipicidade do ato não conduz à sua invalidade ou ineficácia. Atos atípicos existem que por haverem alcançado

aquelesfins de tutela que objetivam, ainda quando imperfeitos, permanecem válidos. São atos meramente irregulares. Ato irregular é o ato atípico, o ato defeituoso

que não sofreu a sanção da ineficácia" (A nulidade, cit., p. 75). Ou, na lição de Carnelutti, ato processual irregular é aquele "afectado por un vicio que no excluye su

eficacia" (Lecciones, cit., p. 182).

Assim, se o réu for pronunciado por dois crimes e o Promotor, em vez de apresentar um libelo em serie, apresentar um libelo para cada infração, haverá mera

irregularidade. Se o Promotor arrola doze testemunhas e, inadvertidamente, todas são ouvidas, sendo que oito não sabiam 1 .

do fato nem de ciencia propria nem por ouvir a outrem, houve mera irregularidade.

Se o exame de corpo de delito foi realizado por um só perito, seja oficial, seja não oficial, o ato é atípico, mas, enquanto não sofrer a sanção de nulidade, ele

produz efeitos. Diga-se o mesmo se o exame for feito pelo próprio Delegado. Se se observa o defeito, o Juiz anula o ato. E se o defeito for observado depois do

trânsito em julgado da sentença? Se condenatória, ainda é possível conseguir-se a sanção de nulidade, mercê de habeas corpus ou até mesmo de revisão, mas, se

absolutória, nada se poderá fazer, porquanto não temos entre nós a revisão pro societate...

Em linguagem corrente, diz Florian, a palavra "nulidade" é empregada em duplo

sentido: algumas vezes para indicar o motivo que torna o ato imperfeito;

outras, para expressar a conseqüência que deriva da sua imperfeição, ou seja, sua ineficácia (cf. Elementos, cit., p. 118).

A nulidade é, sem dúvida, uma sanção. Logo, se esta não for imposta -

judicialmente, claro -, o ato produz efeitos, ou, como professa Carnelutti, "la nulidad no

opera sino en cuanto sea declarada" (Lecciones, cit., p. 199). Desse modo, se não for imposta a sanção de ineficácia, pode a coisa julgada, se absolutória a decisão,

impedir o reexame da causa, apesar de existir um ato nulo... simplesmente porque não dispomos de qualquer meio para invalidá-lo. Repetimos: somente seria possível

se tivéssemos a revisão pro societate, autorizando, dentre outras coisas, a reabertura do processo, quando houvesse um ato defeituoso passível de nulidade.

Nulo é o ato imperfeito, defeituoso, atípico, a que se aplicou a sanção de ineficácia. E, como diz Florian, "el acto existe pero está afectado de un vicio que lo expone a la posibilidad de perder toda eficacia jurídica" (Elementos, cit., p. 120). No mesmo sentido, Guilhermo Borja Osorno (Derecho, cit.,

p. 291-4).

Antes da decretação da ineficácia, o ato era simplesmente imper feito, viciado, impuro, defeituoso, atípico, produzindo, contudo, seus regulares efeitos... Ou, na linguagem de Carnelutti, antes da decretação da ineficácia, "Ia imperfección del acto se define como un estado de pendencia; más precisamente, de aquella pendencia que hemos llamado resolubilidad.. * "(Lecciones, cit., p. 199). Após o provimento jurisdicional,

decretando a sanção de nulidade, é que o ato se torna nulo.

4. 0 ato inexistente, o ato nulo e a coisa julgada Em tema de nulidade, quando se fala em ato inexistente, a doutrina refere-se apenas à sua ausência no procedimento. Por exemplo: faltou o exame de corpo de

delito, não se fez a citação, não se procedeu à intimação da Defesa.

Nesse caso, faltaram aqueles atos processuais (exame de corpo de delito, citação e intimação da

Defesa). Tais atos inexistiram materialmente. Contudo, dependendo da relevância do ato para o processo, este é que sofrerá a sanção de ineficácia, e não aquele ato,

posto não ter existido. Não se anula o que não existiu.

Se, malgrado a omissão do ato, advier sentença absolutória não impugnada, formar-se-á a coisa julgada. Se condenatória, e relevante for o ato omitido, poderá a

sentença ser desconstituída mercê de habeas corpus ou revisão. Anula-se, pois, a sentença, ou, se for o caso, todo o procedimento.

Com o ato nulo o problema é o mesmo. Nulo é o ato atípico, defeituoso, que sofreu a sanção de ineficácia. Mas, enquanto esse ato atípico e defeituoso não sofrer

a sanção de ineficácia, continuará produzindo os seus efeitos, e, proferida a decisão final e preclusas as vias impugnativas, restará apenas indagar se a sentença foi

absolutória ou condenatória. Na primeira hipótese a coisa julgada validou o ato... Na segunda, em face do princípio dofavor rei, permite-se a resolubilidade (cf. CPP,

art648, VI).

Corno se vê, o nosso Código não distinguiu a inexistência da nulidade.

Quanto às conseqüências, não há diferença entre o ato inexistente e aquele ato atípico que

não sofreu a sanção de nulidade. A distinção é doutrinária.

Parte da doutrina não se arrisca a falar em atos inexistentes, preferindo a terminologia "atos absolutamente nulos". Como, no fundo, o ato inexistente implica,

logicamente, ineficácia, pelo fato de não possuir existência jurídica e o ato absolutamente nulo é impotente para produzir efeitos jurídicos, na prática costuma-se

identificar as duas modalidades, isto é, tanto o ato inexistente como o nulo são denominados nulos. Daí porque, mesmo quando o órgão jurisdicional constata a

inexistência jurídica de um ato (dependendo da sua natureza, claro), fala-se em nulidade. Ressalvam-se, como já salientado, aquelas hipóteses extravagantes de

sentença proferida por quem não é Juiz, sentença sem decisum e denúncia ou queixa sem imputação fática.

Já que falamos em ato nulo, é preciso que se faça uma distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa. Diz-se absoluta a nulidade, quando não admite um

equivalente. É o que ensina Carnelutti (cf. Lecciones, cit., p. 195).

Relativa, quando a admite.

Assim, se o ato for atípico, imperfeito, defeituoso, e a lei não houver estabelecido um modo de convalidá-lo, estamos em face de um ato que a maior parte da

doutrina denomina "ato absolutamente nulo". E até mesmo na linguagem forense é essa a denominação que se dá ao ato que não pode ser convalidado. Se o Juiz

deparar com um ato dessa natureza, aplicar-lhe-á a sanção de ineficácia.

Mas, como "un vicio no determina Ia nulidad de un acto sino en cuanto Ia nulidad misma sea

judicialmente comprobada", ou, como diz Carnelutti, se "Ia nulidad no opera sino en cuanto sea declarada judicialmente" (Lecciones, cit., p.

199), o ato

absolutamente nulo, enquanto não for reconhecido como tal, pelo Juiz, continua sendo, apenas, um ato atípico, um ato defeituoso. E, assim, não tendo havido

impugnação, ou, quando possível, se o Juiz não reconhecer, de ofício, preclusas as vias impugnativas, poderse-á fôrrnar a coisajulgada, se a sentença for absolutória...

Se condenatória, será rescindível.

Se, numa sessão do Tribunal do Júri, dois membros do Conselho de Sentença põem-se a conversar sobre o processo e o Juiz não toma aquela providência apontada no § 1.' do art. 458 do CPP, a nulidade é absoluta (CPP, art.

564, 111, j). Pois bem. Se a parte, em eventual recurso, alega e prova aquela circunstância,

anula-se o julgamento. Entretanto, se não houver recurso, preclusas as vias impugnativas, formarse-á a coisa julgada. Mas, se condenatória, não se deve olvidar o princípio dofavor rei, permitindo a rescindibilidade, via habeas corpus ou revisão.

Em suma: a denominada "nulidade absoluta" não admite sanatória. Argüida a imperfeição, ou decretada de ofício, tal como permitido pelo art. 251 do CPP - ao

Juiz cabe prover a regularidade do processo -, o ato torna-se ineficaz.

Tratando-se de nulidade relativa - e relativa é a que admite a sanabilidade -, não havendo o convalescimento, mas preclusas as vias impugnativas, com maior

razão a sentença será coberta pela coisajulgada.

Quando a "nulidade" é absoluta, o provimento judicial que a decretar carreta a ineficácia do ato.

Quando relativa, o "surgimento do equivalente do requisito que faltava sana o vício". Daí falar-se em sanatória da nulidade, havendo, assim, uma

"convalidação

do ato imperfeito ou viciado" (Camelutti, Lecciones, cit., p. 196).

No Processo Penal pátrio, a vis sanatrix pode ser encontrada na ratificação do ato praticado com preterição da legitimação do representante da parte (CPP, art.

568); nas hipóteses tratadas no art. 572, se: a) houver preclusão temporal, isto é, não argüida no prazo previsto no art. 571 do CPP; b) se, praticado por outra forma, o

ato tiver atingido o seu fim; c) se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos. Neste caso a vis sanatrix estaria na

"aquiescencia de Ia persona a Ia cual

tales efectos perjudicarían", isto é, na inércia da parte prejudicada em face do citado ato.

Outra sanatória, ou ato de convalidação, encontra-se no art. 570 do CPR

Quando se trata de "ato absolutamente nulo", não se admite a convalidação. Se ainda possível, poderá ele ser renovado ou retificado.

Na renovação, o ato é

refeito por inteiro. Na retificação, refaz-se, apenas, aquela parte viciada do ato. Assim, se, ao proferir a sentença, observa o Juiz que o órgão do Ministério Público não

interveio quando da tomada do depoimento da testemunha X, deverá, simplesmente, anular aquele ato, determinando sua renovação. 0 ato será feito por inteiro.

Toma-se, de novo, aquele depoimento. Se o Juiz observa que, quando da tomada do depoimento da testemunha Y, não obstante estivesse presente o Advogado do réu,

deixou ele de apor sua assinatura, determinará, simplesmente, seja o ato

retificado, colhendo-se, tão-somente, a assinatura do causídico.

Se o Juiz observa que o réu tinha endereço certo e, malgrado, foi citado por edital, anulará todo o processo a partir da citação ficta, inclusive.

Renovam-se todos

os atos. Idem, se a citação for feita a um homônimo.

S. A nulidade

A nulidade é a sanção decretada pelo Orgão Jurisdicional em relação ao ato praticado com inobservância dos parâmetros normativos. É a decretação de ineficácia

do ato atípico, imperfeito, defeituoso. 0 nosso CPP emprega a palavra nulidade não só para indicar o motivo que torna o ato imperfeito, como, também, para traduzir a

conseqüência da sua atipicidade. Realmente. Falando o art. 572 em

"nulidades previstas

no art. 564, 111,

nada mais fez que usar a palavra nulidade

no pri-

meiro sentido. Já no art. 564, caput, foi ela empregada para significar a ineficácia do ato.

Que razões levaram o legislador a permitir a nulificação do ato processual? As razões por que o fez são as mesmas que antes o levaram a estabelecer exigências

quanto à forma do ato: a necessidade de fixar garantias para as partes no processo; a necessidade, também, de celebrar um processo apto a conduzir a uma autêntica

atuação do Direito, segundo a verdade dos fatos (cf. Antônio Carlos de Araújo

Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria geral do processo, Revista dos Tribunais, p. 302).

0 ato processual para ser válido deve ser praticado de conformidade com o paradigma legal. Não o sendo, toma-se, evidentemente, atípico. E, quando a

atipicidade sofre a sanção de ineficácia, o ato se diz nulo.

Às vezes a decretação da nulidade faz estender a ineficácia aos demais atos subseqüentes. É o que se denomina ineficácia contagiosa. A propósito, o § U' do art.

573 do CPP.

Se o Juiz, por exemplo, ao proferir sentença, observa que o co-réu não foi citado, anula-se toda a instrução criminal, permanecendo válidos, apenas, os atos

anteriores àquela citação. Daí dizer Leone: " ... per la radicale influenza di questo sulla valida costituzione del rapporto processuale, si irradia su tutto il rapporto

processuale (o una fase di esso), che, nato o divenuto (nel suo corso) invalido, rifiuta ogni possibilità di sanatoria" (cf. Trattato, v. 1, p.

702).

0 CPP pátrio, no capítulo atinente às nulidades, primou pela confusão.

Há, ali, um verdadeiro pastiche. Por isso mesmo, torna-se necessária uma análise

meticulosa e atenta para a compreensão do texto.

Melhor seria houvesse o legislador adotado o princípio da legalidade, à semelhança do CPP português de 1989, cujo art. 118, 1, procla ma que "a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada em lei", sem

a preocupação de se detectar a presença, ou não, do prejuízo, e a seguir

estabelecendo as hipóteses de nulidades insanáveis e sanáveis. Assim também, o art. 177 do

Codice di Procedura Penale de 1988: 'Vinosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge". A

seguir vêm as hipóteses de nulidades insanáveis e sanáveis.

6. Não há nulidade sem prejuízo

Em matéria de nulidade, e para simplificar o rigorismo formal, foi adotado o princípio do pas de nullité sans grief. Não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato

seja declarado nulo é preciso haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu

o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade. A não ser que se trate de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido. 0

prejuízo, aqui,

evidentemente, é o juris et de jure... inadmitindo prova em contrário.

Essa a espinha dorsal, a viga mestra que sustenta todo o capítulo das nulidades, e vem inserta no art. 563 do CPP. In verbis:

"Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Observe-se, contudo, que no § 1.' do art. 370 do CPP, com a reda~ ção dada pela Lei n. 9.271196, adotou-se o princípio da legalidade, ao cominar a pena de

nulidade se nas intimações dos advogados, publicadas pela imprensa, não se incluir o nome do acusado.

7. Irrelevância do ato

Outro princípio geral adotado vem inserto no art. 566 do mesmo estatuto:

"Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração

da verdade substancial ou na decisão da causa".

Tal princípio completa o primeiro. Muitas vezes do ato atípico pode haver, em princípio, um prejuízo para a acusação ou defesa. Entretanto, se aquele ato não

exerceu nenhuma influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, para que decretar a nulidade? Como bem foi dito na Exposição de Motivos:

decidir de

outro modo seria incidir no despropósito de considerar-se aformalidade um fim em si mesma...

Assim, se o assistente não for notificado a comparecer à audiência de uma testemunha e esta, inquirida, responder nada saber a respeito dos fatos, nem de ciência

própria, nem por ouvir a outrem, é evidente que, se se anulasse tal ato, ante a não-presença do assistente, seria um contra-senso sem nome, uma vez que aquele

depoimento não poderia exercer a menor influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Por exemplo, pelo que se infere do § 2.0 do art. 538 do CPP, ouvidas todas as testemunhas de defesa e não havendo outra prova a ser produzida, o Juiz dará a

palavra, sucessivamente, ao Ministério Público e a seguir à Defesa, pelo espaço de 20 minutos... Evidente que, nesse caso, acusaçao e defesa são feitas oralmente. Pois

bem: se o Promotor ou o Advogado, ou ambos, apresentarem memoriais, haverá simples irregularidade...

8. Atos e formalidades essenciais

Para que se entenda bem a matéria ora testilhada, convém fazer a seguinte observação: há, no processo~ atos considerados essenciais, imprescindíveis para a

validade da relação processual, e atos que, a despeito de importantes para o processo, não são de necessidade iDdeclínável.

Estes últimos têm sua importância condicionada às re ras do 563 e 566 do CPR

9

8 UFIS.

Os primeiros são considerados estruturais, ou essenciais~ e a omissão de qualquer deles é causa de nulidade. Não Podem as partes, e até mesmo o Juiz, indagar

da existência, ou não, de prejuízo. Este se presume.

Para que esta regra se considere absoluta, toma-se indispensável haja a omissão do ato, vale dizer, sua inexistência. Cuida-se, pois, de inexístência material, e tal se dá

quando o ato não existe materialmente, quando lhe falta existência concreta.

Então são atos estruturais os alinhados no inc. 111 do art. 564 do CPP, com as observações que faremos a seguir.

Além desses atos estruturais ou essenciais, há, ainda, aquelas exigências referidas nos incs. I e 11 do art. 564 do mesmo diploma.

Assim, a lei considera como um dos atos essenciais para a validade do processo a competência do órgão jurisdicional. Havendo incompe tência do juízo, os atos por ele praticados são imperfeitos, defeituosos, atípicos e, por isso mesmo, sujeitam~se à sanção de ineficácia, tal como diz o art. 564, 1,

primeira parte, do CPP.

Entendemos, em face do art. 567 do CPP, que, se a incompetência for relativa, a sanção de nulidade atingirá, apenas, os atos decisórios.

Entretanto, se a

incompetência for absoluta, a sanção de ineficácia deverá atingir toda a relação processual, porque, a rigor, ela não tem existência jurídica. Não pode ter eficácia

qualquer ato praticado num processo em que o orgão jurisdicional seja absolutamente incompetente, ratione materiae ou ratione personae, porquanto o Juiz, aí, não

está investido do poder de jurisdição, ou, se quiserem, ele não tem a competência da jurisdição. Os atos praticados por órgão jurisdicional absolutamente incompetente

(incompetência ratione materiae ou ratione personae), como vimos, não têm existência jurídica. A decisão de um Juiz absolvendo ou condenando um Desembargador

é tão aberrante que nem sequer poderia ser dada como exemplo...

Obviamente a decisão não faz coisajulgada, posto que o ato decisório é juridicamente inexistente.

Na incompetência relativa - que e a de foro (art. 70 do CPP) ou do juízo (art. 75 do CPP) - há, tão-somente, a inobservância de uma exigência de maior

funcionalidade do processo. Por isso mesmo, determina o art. 567 do estatuto processual penal que a incompetência do Juízo anula somente os atos decisórios,

devendo o processo, declarada a nulidade, ser remetido ao juízo competente. Na absoluta, não. Tudo perderá o seu valor: atos decisórios, postulatórios e instrutórios. A

ineficácia atingirá toda a relação processual.

Parte da doutrina inclui, também, entre os atos de inexistência jurídica, os praticados por Juiz suspeito ou subornado. Não se trata, aí, de inexistência. Os

atos são

passíveis de nulidade. Eles podem perder a eficácia. Entretanto, se houver preclusão, a decisão proferida por Juiz suspeito ou subornado pode gerar a coisa julgada. Se

absolutória, bem entendido. Se condenatória, poderá haver a rescindibilidade pela via do habeas corpus ou revisional.

Nulidade absoluta também haverá se houver impedimento ou incompatibilidade do orgão Jurisdicional, porquanto uma ou outra causa priva o Juiz da jurisdição.

0 inc. 11 do art. 564 refere-se à "ilegitimidade de parte". Com tal expressão foi abrangida não apenas a falta de legitimidade, mas, também, a de capacidade, vale

dizer, a illegitimatio ad causam e a illegitimatio ad processum. A primeira, condição da ação; a segunda, pressupost(

processual.

Se a ação for proposta por parte ilegítima, deverá o Juiz rejeitá-l, no juízo de admissibilidade da demanda. Não procedendo assim, nad-, obsta que, em outra

oportunidade, seja a nulidade argüida. Cremos até por se tratar de um ato constitutivo da relação processual, que uma denúncia ofertada pelo ofendido, fora da

hipótese do art. 29 do CPP, ou uma queixa ofertada pelo Ministério Público, tudo se reduz a inexistência. Não obstante, o Código qualifica como nulidade.

Mas, se houver a illegitimatio adprocessum, também haverá nulidade. Nesse caso, porém, em se tratando de representante da parte, a nulidade é relativa porque

admite a sanabilidade. Realmente. Se houver incapacidade, não poderá a parte ingressar em juízo. Deverá fazêlo seu representante legal. Se tal representante for

ilegítimo, poderá haver convalescímento da nulidade a que se refere o art. 564,

11, com a ratificação de todos os atos, pelo legítimo representante, segundo a regra do

art. 568 do CPP.

Observe-se que o art. 568 do CPP refere-se à ilegitimidade do

"representante da parte". Nesse caso, repita-se, sana-se a imperfeição com a ratificaçãodos atos já

praticados. Mas, se se tratar deillegitimatio

ad causam, não haverá sanatória. Se ainda for possível, poder-se-á cuidar de renovação do ato, começando-se tudo de novo, hipótese em que, como é evidente, a

declaração de nulidade daquele ato inaugural carretará a dos demais, aplicando-se, em face da contagíosidade da ineficácia, a regra do art.

573, § 1.', do CPR

0 inc. 111 do art. 564 refere-se à falta das fórmulas e termos ali indicados. Entende-se por fórmula a expressão de um preceito, regra.

Termo, aí, tem, iniludivelmente, o sentido de ato, de auto. No sentido técnico, contudo, a expressão termo serve para precisar os limites do prazo. Este situa-se entre

dois termos, o inicial, conhecido por dies a

quo, e o final, dies ad quem. No inciso em apreço, todavia, seu significado é comum: auto, exprimindo a redução de um ato forense a escrito.

A falta, pois, de qualquer das fórmulas ou termos elencados no inc. 111

gera a nulidade absoluta do procedimento, independentemente da produção de prejuízo. Faz-se exceção àqueles elencados nas letras d, segunda parte, e, segunda parte, e, finalmente, g e h. 0 próprio legislador admitiu a

sanabilidade desses atos, na precisa redação do art. 572.

0 inc. IV do art. 564 cuida da omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Que se entende por forma de um ato processual? É o seu aspecto externo.

Ou, como dizia Massari, a roupagem externa, sua configuração, seu revestimento.

Impossível uma sistematização das formas, em face da sua grande variedade. Vejam-se as formalidades de uma sentença, de uma denúncia, de um auto de prisão em

flagrante, por exemplo. De modo geral, podemos dizer que os atos processuais devem ser realizados no idioma pátrio; devem revestir-se da forma escrita, a não ser em

casos especiais. Mesmo assim, devem ser reduzidos a termo, ou, então, registrados em ata, tal como acontece com os debates na sessão do Júri.

Os atos processuais

não podem ser realizados a portas fechadas, entre quatro paredes, salvo as exceções previstas no art. 792 e parágrafos do CPP.

Outra formalidade é a assinatura. Quando exigida, a pessoa que realizar o ato deverá lançá-la no final. Às vezes se permite a própria rubrica.

Excepcionalmente, a

assinatura a rogo (art. 216). Em determinados casos, embora a lei não a exija, expressamente, subentendese que sim. É o que ocorre com a defesa prévia (art. 395) etc.

A exigência, às vezes, vem expressa (arts. 50, 56, 59, 98 etc.). Em alguns casos, exige-se a firma autenticada (arts. 39, § 1.', 289, parágrafo único etc.).

Excepcionalmente, permite-se seja suprida a assinatura da pessoa que deva

firmá-la pela de duas (arts. 286, 304, § 3.', 306, parágrafo único).

Por outro lado, quando o inc. IV, ora comentado, alude à "omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato", é óbvio que não se refere, apenas, à

sua forma extrínseca, mas, e principalmente, aos seus requisitos ou formalidades constitutivas.

Assim, a denúncia, contendo a assinatura do Promotor, deve ser escrita e em vernáculo. Trata-se de formalidade extrínseca. Por outro lado, deve conter a

imputação fática, com todas as suas circunstâncias, a individualização do réu, ou sinais pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e o requerimento de

citação. São elementos intrínsecos. Embora a lei não o diga expressamente, subentende-se deva haver, também, o pedido de condenação.

Note-se, contudo, que a nulidade de que trata o iric. IV do art. 564 é sanável, segundo a fórmula do art. 572. Por isso, urge chamar a atenção para uma

particularidade: se a omissão da formalidade interna ou externa for de tal porte que produza uma desfiguração do próprio ato, f]

de modo a impossibilitar-lhe a consecução do seu objetivo, aquele ica tão imprestável que a sanatória se torna absolutamente impossível, e, uma vez reconhecida a

nulidade, se não for possível a retificação, a renovaçao se impoe, a menos também haja total impossibilidade. É verdade que, nesses casos, o ato existe, mas tão

mutilado, adulterado, desfigurado e deformado, que equivale à sua própria omissão ou falta.

Nesta hipótese, como a ausência de formalidade essencial é tida e havida corno equivalente à omissão do próprio ato, a nulidade é absoluta, nada podendo

saná-la. Não haverá remédio para convalescê-Ia. Poderá, isto sim, haver uma retificação ou renovação, se ainda for pos~ sível... nunca convalescimento.

E pomos exemplo: uma sentença sem motivação, uma sentença cuja conclusão contradiga a fundamentação, dando lugar àquilo que G. Escobedo denominava

"sentenze suicide", uma denúncia em língua estrangeira, uma peça acusatória sem imputação fática etc. Em todos estes casos, a ausência de formalidade, isto é, a

atipicidade, é visível a olho desarmado.

Quando o legislador permite a sariabilidade, na hipótese de "omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato", há de se entender, ínsofismavelmente, não se tratar de formalidade que dCsfigure o ato essencial. Se o for, a nulidade é insanável. Pense-se numa sentença sem motivação. Sua

insanabilidade é manifesta... Mesmo porque, embora existindo materialmente, ela não tem existência jurídica. A deformidade é tamanha que equivale à própria

inexistência do ato. Ademais, quando o legislador falou em "omissão de formalidade essencial do ato", não lhe passaram pela cabeça certas abstrusidades metafisicas,

tais como sentença sem decisum, denúncia sem imputação fática, sessão do Júri com 5 jurados, escolha e não sorteio dos 7 jurados pelo Juiz Presidente do Júri etc.

Mas cuidou de outras formalidades que comportam sanabilidade. Assim uma denúncia sem a classificação do crime, sem a perfeita qualificação do réu etc. Por outro

lado, e isto é importante, se a preterição da formalidade, nada obstante sua essencialidade, não desfigurar o ato, ficará sanada, nas hipóteses a que se refere o art. 572

do CPP, isto é, se não for argüida naqueles momentos referidos no art.

571 do CPP, se o ato produziu seus jurídicos efeitos, atingindo o fim colimado,

ou, então, se a

parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

Desse modo, se não for tomado o compromisso dos peritos, quando dos exames de corpo de delito, haverá preterição de formalidade essencial, a menos sejam eles peritos oficiais. Entretanto, não havendo, como não há, prejuízo às partes (e tampouco aquela preterição influiu na verdade substancial ou decisão da causa), sana-se a imperfeição.

E se a testemunha não prestou compromisso? Primeiro é de se indagar: o compromisso é formalidade essencial do depoimento? Sem dúvida. Di-lo o art. 203 do CPR Entretanto não haverá nulidade, por uma razão muito simples: se o depoimento de uma testemunha não é aio essencial, muito menos sua formalidade. Vale aqui registrar a sábia lição de Camara Leal: "Dizendo o legislador que a nulidade ocorrerá por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato, devemos compreender quefoi intenção sua referir-se somente àqueles atos considerados essenciais ou substanciais ao processo, isto é, os que o n.' III do mesmo artigo enumerou. Nem se compreenderia que a falta de um ato não essencial deixasse de constituir nulidade, para constituí-la a simples omissão de formalidade a ele inerente. Assim, pois, a nulidade ocorrerá quando for omitida alguma formalidade essencial do ato, desde que este represente termo essencial do processo e sua preterição importe em nulidade, segundo o disposto no art. 564, inciso IV" (Comentários ao Código de Processo Penal, v. 4, p. 16). Desse entendimento não diverge Florêncio de Abreu (cf. Comentários, cit., v. 5, p. 103-4).

0 raciocínio é lógico. Se o ato for praticado contra expressa disposição constitucional, ele é nulo de pleno direito, inalgrado a regra do inc. IV

do art. 564. Precisamos, quanto a esse inciso, fazer uma distinção: quando a formalidade essencial disser respeito a ato não estrutural, inteiro cabimento terá a lição de Camara Leal. Na verdade, se o ato não é essencial, muito menos sua formalidade. Mas, se o ato não essencial causou prejuízo à acusação ou à defesa, possível será a argüição de nulidade, nos termos do art. 563, podendo ocorrer, também, seu convalescimento, a teor do art. 572. Mas, se o ato for essencial, a falta de formalidade essencial, obviamente, desnatura o ato, causando a nulidade. 0 exame de corpo de delito, nos crimes que deixam vestígios, é ato essencial. Se

o laudo for assinado pela Autoridade Policial, estará ausente formalidade essencial, que, na hipótese, é tão grave que orça pela inexistência jurídica.

9. A classificação dos atos e das formalidades Ante essas considerações, podemos classificar os atos processuais, em face das nulidades, em: a) atos estruturais ou essenciais (os previstos no art. 564, 111, do CPP, acrescidos das exigências previstas nos incs. 1 e 11 da mesma disposição legal); b) atos não essenciais (todos aqueles não previstos na letra anterior).

Os primeiros, repita-se, quando ausentes, dão causa à nulidade absoluta da relação processual, ou de uma de suas fases, conforme o caso concreto.

No que respeita às formalidades do ato, podemos, também, distingui-las em essenciais e secundárias. Somente as primeiras têm relevância para a eficácia do ato. Pouco importa tratar-se de ato essenc; 1 ou não. Dês que ausente formalidade essencial, o ato torna-se atípico e passivel de nulidade. Busca domiciliar, perícia, testemunho não são atos essenciais do processo... mas, naquelas hipóteses acima citadas, tais atos sofrerão a sanção da ineficácia, com fulcro no art.

564, IV, do CPR..

10. A incompetência, suspeição e suborno do Juiz 0 art. 564, 1, refere-se, como suspeição ou suborno do Juiz.

a vimos que

i' * a incompetência pode ser absoluta ou relativa. No primeiro caso (Justiça Especial apreciando questão da alçada da Justiça Comum ou vice-versa, incompetência ratione personae, Justiça Civil julgando questão criminal etc.), a imperfeição ou defeito do ato poderá ser argüido em qualquer fase do procedimento. E, mesmo haja preclusão das vias impugnativas, em se tratando de sentença condenatõria, será ela rescindível via revisão ou habeas corpus, por se tratar de nulidade absoluta. Nem mesmo havendo decisão absolutória se poderá formar a coisa julgada.

Quer-nos parecer que, na hipótese, como o órgão jurisdicional não estava investido de jurisdição, a relação processual não existiu. Houve um não-processo

(Nichiprozess), o que é diferente.

Se a incompetência for relativa, embora o Juiz, de ofício, possa conhecêIa a qualquer momento, tal como determina o art. 109 do CPP, o réu somente poderá suscitá-la na fase da defesa prévia (art.

108). Mas, se levantar o problema posteriormente, nada obsta que o Juiz se dê por incompetente. Neste caso, os autos serão remetidos ao Juiz competente.

causa de nulidade, à incompetência,

Este, entretanto, bem poderá suscitar um conflito negativo de competência ou de jurisdição. Não o fazendo, cumprir-lhe-á anular os atos decisórios praticados pelo

Juiz incompetente, e, quanto aos atos probatórios, poderá renová-los, como prevê o parágrafo único do art. 502.

Se houver suspeição do Juiz, caberá às partes, se o próprio Magistrado não se abstiver de funcionar no feito, argüi-Ia, nos termos do art. 98 do CPR Reconhecida

a suspeição, ficarão nulos todos os atos (probatórios e decisórios), como estabelece o art. 101 do CPP. Os motivos legais de suspeição estão elencados no art. 254 do

mesmo estatuto. Nulidade também haverá se houver incompatibilidade (v.

verbete "Suspeição, impedimento e incompatibilidade" no 2.' volume deste Curso). 0 art,

564 não se refere ao impedimento. Mas evidente que, havendo-o, a nulidade será tão iptensa que os atos praticados são como se não existissem, uma vez que o

impedimento (CPP, art. 252) priva o Juiz da sua função jurisdicional. Com a mesma força do impedimento, a incompatibilidade, o suborno ou peita.

Nesses casos,

contudo, o processo existiu. Assim, se houver sentença transitada em julgado, poderá ser decretada a ineficácia do procedimento ou parte dele (conforme o caso), se

condenatória, e, assim mesmo, via habeas corpus ou revisional. Se absolutória, não.

11. Ilegitimidade de parte

No inc. II do art. 564, erige-se à categoria de nulidade a ilegitimidade de parte. Em se tratando de ilegitimidade do representante da parte, a sanabilidade poderá

ocorrer antes da sentença, com a simples ratificação dos atos processuais. E se for ilegitimidade ad causam? Seja ilegitimidade ativa, seja passiva, não poderá haver

sanabilidade. Anula-se o processo ab ovo. Se o crime era de ação privada e o Promotor ofereceu denúncia, ou vice-versa, ressalvada a hipótese do art. 29 do CPP, a

nulidade se estenderá a toda a relação processual. Outro processo será instaurado, se ainda for possível. E se houver ilegitimidade ad causam passiva? Ainda que o

Promotor corrija a denúncia, declinando o verdadeiro réu, tal como lhe permite o art. 569 do CPP, cumprirá ao Juiz anular o processo desde a citação. E se o réu for

menor de 18 anos? Sabemos que os pressupostos processuais de existência são três: a) órgão investido de jurisdição; b) demanda; c) partes. Estas, no Processo Penal,

são o acusador e o acusado. Se não pode haver processo sem acusador, muito menos sem a figura do réu. Não é possível conceber processo que careça de acusado,

professa muito bem Tornaglii, tanto assim que a morte do réu põe fim à relação processual (cf. A relação processual, p. 13 1).

Desse modo, se a existência da relação processual pressupõe a presença de um imputado "provido da capacidade de ser parte", como bem diz Leone (cf.

Trattato,

cit., v. 1, p. 244), e se o menor de 18 anos não a tem ou a relação é inexistente (cf. Friedlãnder e Stein Jonas, apud Leone, Trattato, cit., v. 1, p. 749, nota 79), ou nula,

como entende Leone. In casu, pensamos que o problema se resolve, tão-somente, com a regra do art. 564, 1, primeira figura, do CPP

(incompetência do juízo ...). De

fato. Se o réu for menor de 18 anos, ele é um inimputável e, de conseqüência, não pode ser sujeito passivo da pretensão punitiva. Assim, cumprirá ao Juiz declinar da

sua competência, remetendo os autos ao Juiz da Infância e Juventude.

Tratando-se de Juiz único, cumprirlhe-á anular todo o processo, ex radice, instaurando-se, a

seguir, o procedimento de apuração de ato infracional.

Poderá também ocorrer a nulidade com fulcro no art. 564, H, do CPP

(ilegitimidade de parte), posto que aquele menor não podia ser parte.

Nulidade haverá, também, "por falta das fórmulas ou dos termos seguintes".

12. A omissão da peça acusatória ou da representação A) A denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante.

Excetuando a representação, não nos parece possível a inexistência de uma daquelas peças num processo. Faltar-lhe-ia um dos pressupostos de existência.

Quando o legislador se refere àfalta de um daqueles atos, deve-se entender não

ausência total do ato, o que seria impossível, mas o ato desnaturado de tal forma, e com

tanta intensidade, que equivaleria à própria ausência. Assim, uma queixa, sem a descrição do fato, fica tão desnaturada que equivale a não existir.

Não obstante a alínea a do inc. III do art. 564 do CPP tratar, também, da portaria e auto de prisão em flagrante dos processos contravencionais, sabe-se que,

sendo de ação pública todIas as contravenções, o ato de iniciativa compete exclusivamente ao Ministério Público, nos termos do art. 129, 1, da CE

Por essa razão, não podemos fazer referência à portaria ou ao auto de prisão em flagrante que eram as peças iniciais dos procedimentos contravencionais. Elas

foram substituídas pela denúncia.

E verdade que o inc. IV do art. 564 fala, também, de omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato, e tal nulidade, nos termos do art. 572, é

sanável. Entretanto, é de ponderar que a formalidade essencial a que se refere o texto não é aquela capaz de desfigurar o ato, tirando-lhe toda a substância, mormente

em se tratando de denúncia ou queixa, por se tratar de pressuposto processual de existência. E, quando se cuida de pressuposto de existência, não basta a existência

material; impõe-se também a jurídica. Então, uma denúncia sem a descrição dofato e suas circunstâncias é uma não-denúncia. Se, malgrado vier o Juiz a proferir uma

sentença condenatória ou absolutória, ainda que a parte não na tenha argüido, não se pode falar em sanabilidade, por se tratar de pressuposto de existência.

Por outro lado, certas omissões de circunstâncias secundárias, como local (bairro, rua, número do prédio), dia, hora e quejandos, podem ser supridas a qualquer

tempo, antes da sentença final. Essa regra é extensiva à queixa e à representação, segundo dispõe o art. 569 do CPP. In verbis: "As omissões da denúncia ou da queixa,

da representação, ou, nos processos das contravençoes penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença

final".

E se faltar uma condição de procedibilidade? A alínea a do inc. 111 do art. 564 refere-se, apenas, à representação. E se a ausência for de requisição ministerial, da

autorização da Câmara para se processar Presidente da República ou Ministro de Estado? E se, porventura, no crime previsto no art. 236 do CP, for oferecida queixa,

sem a prova do trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento?

Estas condições são citadas como exemplo, claro. Existem outras. Como se proceder então?

Anula-se o processo, com fulcro na alínea a do inc. III do art. 564, por uma das seguintes razões: a) se o texto legal se refere à representação, que e condição de

procedibilidade, e como as demais também o são, logo, aplicação analógica; b) a condição de procedibilidade está tão entranhadamente ligada à denúncia ou queixa,

que chega a integráIa, de sorte que, ausente a condição, a peça acusatória sofre tamanha alteração no seu aspecto, que a deturpa, adultera e mutila. Não se trata de

formalidade essencial, mas de uma parte do próprio corpo da peça vestibular da ação penal, que, ausente, a torna praticamente inócua. 0

defeito toma-se tão grande

que equivale à própria falta do ato instaurador da instância penal. Tais condições de procedibilidade, de certo modo, são aquele quid que dá respaldo legitimador à

denúncia ou queixa. Se

falta a representação, ou qualquer outra condição de procedibilidade, o Juiz não recebe a denúncia ou queixa (cÊ CPP, art. 43, 111, parágrafo único); se a

receber e, a final, quando da sentença, observar a omissão, anula-se o processo.

13. Ausência de corpo de delito

11) 0 exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167.

Em se tratando de crimes que deixam vestígios, o exame de corpo de delito é tão indispensável, que nem a confissão do acusado poderá supri-lo, conforme

dispõe o art. 158 do CPP. Ante a sua ausência, ressalva-se, apenas, a possibilidade de ser feito o exame indireto, como disciplinado no art.

167. Aqui há duas soluções:

a) as testemunhas comparecerão diante dos peritos e, após narrarem o que viram, lavrarão estes

• auto de exame de corpo de delito indireto; b) as testemunhas narrarão

• fato ao Juiz e, então, os depoimentos suprirão o exame direto.

E da essência do exame de corpo de delito a participação de dois peritos, sejam eles oficiais, sejam inoficiais. E se for realizado por um só expertus? Haverá

nulidade, com fulcro no art. 564, IV, do CPP. Admite-se a sanabilidade, tal como permitido pelo art. 572 do CPP? Não nos parece. Entretanto o Excelso Pretório,

apreciando o Recurso de Habeas Corpus n. 55.960-3, cuja ementa foi publicada no DJU de 295-1978, decidiu:

"Exame pericial assinado por um só perito não-oficial. É ele nulo consoante o

disposto na Súmula 36 1. A nulidade, porém, não será declarada se não houver

prova do prejuízo ou se não for invocada nas oportunidades a que alude o art. 57 1, combinado com os artigos 564, IV, 572, 1, todos do CPF'.

A Súmula 361 tem a seguinte redação: "No processo penal, é nulo o exame realizado por um so perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado,

anteriormente, na diligência de apreensão".

Desde o seu surgimento, sempre se entendeu que o preceito sumular se referia aosperitos oficiais, mesmo porque, em relação aos inoficiais, o §

L" do art. 159 do

CPP e o art. 179 do mesmo estatuto jamais criaram qualquer dúvida ao espírito do intérprete, em face da clareza do texto legal. Dúvida havia quando se tratasse de

peritos oficiais. Entre

tanto, com o surgimento da citada Súmula, as incertezas se dissiparam.

Daí os venerandos acórdãos publicados na RT, 417/83, 409/69, Revista do Tribunal de Justiça de

São Paulo, 6/458.

Depois, entretanto, o STF deixou entrever que a exigência dizia respeito a peritos inoficíais (cf. RTI, 51/371 e 871444). Quando se tratasse de perito oficial,

bastaria um (cf. RV, 53/370 e 791; 51/566 e 370; 66/693, DJU, 12-8-1978, p. 5471; RV, 72/846).

Evidente que, em se tratando de peritos não oficiais, a exigência de dois peritos resulta claramente do § U' do art. 159 do CPP, e, por isso, o preceito sumular não

teria razão de ser, pois estaria interpretando o que sempre independeu de interpretação...

A Súmula 361 referia-se, pois, a peritos oficiais. Mas, tendo em vista que poucas são as comarcas que dispõem de perito oficial (quanto mais de dois ...),

passou-se a entender que o verbete sumular se referia a peritos inoficiais. Não nos parece assim. Bem claro, a respeito, o art. 178 do estatuto processual penal:

"No caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelos peritos"

(grifos nossos).

Nem se diga que o preceito se refere a peritos inoficiais. Quanto a estes, a regra é ~i do art. 179:

"No caso do § 1.' do art. 179, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade" (grifos

nossos).

Ora, se o art. 178, aludindo à perícia oficial, refere-se a peritos (no plural); se o art. 179, fazendo alusão aos peritos inoficiais, usou, também, a palavra peritos no

plural, fácil concluir que em ambas as hipóteses a lei exige a presença de dois peritos. Aliás, como reforço de argumento, está o art. 180 do CPP

cuidando da

possibilidade de divergência entre os peritos...

Hoje, a discussão perdeu o sentido, porquanto foi dada nova redação ao art. 159, exigindo, expressamente, dois peritos.

Ante o exposto, entendemos que a pericia realizada por um só expertus, seja ele oficial, seja não oficial, é um ato atípico, defeituoso, imprestável, passível, pois,

de nulidade (rectius: de ineficácia). Tratando-se de exame de corpo de delito - guindado que foi à posição de ato

estrutural do processo (art. 564, 111, b) -, a nulidade é absoluta.

Tratando-se de outra perícia - ato acidental -, a nulidade prevista no itic. IV do art. 564 é sanável,

segundo a fórmula do art. 572, dês que não haja prejuízo às partes.

14. Ausência de defensor e curador

C) A nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos.

Não se concebe um processo penal sem a figura do defensor. A defesa é uma injunção legal, como se infere do texto constitucional. Por outro lado, proclamando

a Lei Maior que a instrução criminal é contraditória, é intuitivo deva haver a defesa. Mais ainda: o Advogado é indispensável à administração da justiça (cf. art. 133 da

CF). Acusação e defesa constituem, assim, os dois pólos da relação processual penal. Daí a exigência do art. 26 1, no sentido de que nenhum acusado, ainda que

ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Por isso mesmo, a não-nomeação de defensor ao réu presente que não o tiver, ou mesmo ao ausente,

pouco importando a razão da ausência, sera motivo de nulidade. Se, Porventura, o réu for menor de 21 anos, não se lhe nomeia defensor, mas sim curador. Este, já o

dissemos, é o nomenjuris que se dá ao defensor do réu absoluta ou relativamente incapaz. Basta uma análise a olho desarmado do art. 449 do CPP e se concluirá que o

defensor está para o réu maior como o curador está para o incapaz (CPP, arts. 262 e 149, § 2.').

Entretanto, ao que parece, o Excelso Pretório dá a entender que, em se cuidando de menor de 21 anos, além do defensor, deve o Juiz nomear-lhe curador, muito

embora, se não o fizer - em se tratando de defensor dativo -, não haverá nulidade. É o que proclama a Súmula 352: "Não é nulo o processo por falta de nomeação de

curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo".

Data venia, entendemos, à luz do art. 449 do CPP, que curador é o rótulo que se dá ao defensor do incapaz (CPP, arts. 262 e 149, § 2.").

Assim, se o incapaz tiver defensor constituído ou dativo, deverá o Juiz nomeá-lo seu curador para... atender às exigências da lei. 0 que não faz sentido é o Juiz

nomear um leigo como curador do incapaz, embora já lhe tenha sido nomeado um defensor, ou o proprio reu ja o tenha constituído. Por outro Iado, não há razão séria

que justifique a

anulação da ação penal se não se nomeou curador ao incapaz com defensor constituído ou dativo...

Quer-nos parecer, todavia, que o espírito da Súmula 352 é este: tenha o réu incapaz defensor constituído ou dativo, deverá o Juiz norneálo seu curador. Feito isto,

não haverá nulidade. Se, entretanto, este não for o espírito surmilar, é preferível seja ela revista visando ao seu cancelamento, em face do absurdo que encerra, pois,

como é sabido, normalmente o defensor constituído patrocina a causa com muito mais ardor.. que o dativo...

Aliás, o eminente Junqueira Alvarenga comunga desse entendimento (RTJ, 1071513). Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, pela voz sempre autorizada do

Ministro Moreira Alves, já deixou claro que a Súmula 352, embora se refira a defensor dativo, não exclui a hipótese de a assistência ser de defensor constituído (cf.

RV, 107/513). E no Habeas Corpus n. 39.640 o eminente Ministro Décio Miranda frisou: " ... não é de supor que seja mais dedicado e mais eficiente na defesa do

menor o defensor dativo que o defensor constituído. Supõese que ao defensor constituído o réu esteja ligado não só por liame profissional, como também por

conhecimento anterior, até mesmo relações de amizade e de família" (RTJ, 107/517).

Por outro lado, é de notar que a regra constante da alínea c do itic. 111

do art. 564 é corolário lógico do princípio constitucional que consagra a

"ampla defesa" e

observância do contraditório (CF, art. 5.', LV). Assim, o defensor ou curador deve estar presente aos atos processuais e, ao mesmo tempo, não pode a defesa sofrer

qualquer cerceamento. Sofrendo-o, não haverá a ampla defesa, e, de conseguinte, a nulidade é manifesta. É claro que, às vezes, o defensor ou curador, sem embargo

de regularmente notificado, não comparece à realização do ato. Nem por isso este ato será realizado sem defensor ou curador. Nomeia-selhe um substituto, pois, sem

defesa, o ato não pode ser levado a cabo. E se o for e o ato praticado não exercer qualquer influência na decisão da causa e dele não decorrer qualquer prejuízo? Seria

render imoderada vassalagem à lei anular-se um ato, ou todo o processo, porque descumprida uma formalidade que não exerceu a menor influência na apuração da

verdade ou na decisão da causa e da qual não adveio nenhum prejuízo. É

verdade que tudo depende do caso concreto. Se a defesa demonstrar ou alegar o prejuízo, ou

se ele houver exercido ou exercer qualquer influência na apuração da verdade ou na decisão, evidente que o ato será renovado.

E se houver desídia por parte do defensor? É claro que, havendo a inércia, o desinteresse, o descaso, a defesa passa a exercer no processo um papel meramente

decorativo. Claro que não se pode exigir uma defesa inteligente, brilhante, pois cada um exerce a profissão conforme suas limitações.

Todavia, se a falta de

inteligência for de tal envergadura que implique a ausência de defesa, ou se a inércia e desinteresse forem de uma clareza do sol do meio-dia, é mais do que evidente

deva o Magistrado anular o processo, e, como bem o disse o mestre Frederico Marques, desde o momento em que deveria ter sido iniciado o patrocínio técnico no

juizo penal (cf. Elementos, cit., v. 2, p. 423).

Se a defesa exerce um verdadeiro ministério social, se ela é um dos componentes da Justiça, é induvidoso que a sua ausência (nulla et non facta paria sunt)

implica a negação da própria justiça.

E se ela for simplesmente deficiente? Diz a Súmula 523: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se

houver prova de prejuízo para o réu".

15. A falta de intervenção do Ministério Público D) A intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela

parte ofendida, quando se tratar de crime de

ação pública.

Como decorrência do princípio do contraditório, não se concebe a ausência do órgão do Ministério Público a qualquer ato do processo, quando se tratar de

infração de ação penal pública, por ele intentada.

Se, a despeito de pública, a ação penal houver sido intentada pela parte ofendida, nos termos do art. 29 do CPP, muito embora esteja respeitado o princípio do

contraditorio, com a presença do acusador particular, a lei processual penal exige, também, esteja presente, ao ato processual, o órgão do Ministério Público, pois, se

houver qualquer negligência daquele, caberá a este assumir a posição de parte principal, nos termos do art. 29 supracitado.

Em ambas as hipóteses (CPP, arts. 24 e 29), se a ausência do Ministério Público for justificada, e dependendo do caso concreto, como, por exemplo,

não-iminência de prescrição, possibilidade de o ato processual poder ser realizado noutra oportunidade, sem maiores transtornos para as pessoas que nele devam

intervir, nada obsta se adie a audiên

cia, se suspenda o ato, se não houver outro Promotor que, legalmente, possa substituí-lo.

Mas, se o não-comparecimento não for justificado, ou, ainda que tenha sido, o ato não puder ser adiado (prescrição iminente, p. ex.) e não houver substituto legal, como se proceder? Outra solução não havia senão nomear um

Promotor ad hoc. Se este podia ser nomeado para ofertar o libelo (CPP, art. 419), nada impedia se o nomeasse para um ato processual menos expressivo. Tratava-se,

contudo, de solução excepcional. Na Capital de São Paulo, ausente o Promotor, comunicavase o fato ao Procurador-Geral da Justiça e este, incontinenti, designava

outro Promotor para o ato. No interior paulista, em face da tabela de substituição automática, não havia maiores problemas. Mas, em outros Estados da Federação,

onde não houvesse um Ministério Público bem estruturado e com número suficiente de Promotores, como deveria proceder o Magistrado? Cumprindo-lhe prover à

regularidade do processo, tal como dispõe o art. 251 do estatuto processual penal, deveria, havendo imprescindível necessidade, tomar aquela providência.

Hoje, contudo, não mais se admite o Promotor ad hoc (cf. art. 26, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público -Lei n.

8.625, de 12-2-1993,

e CF, art. 129, § 2.').

Claro, pois, que a ausência do Ministério Público em todos os termos da ação penal por ele intentada gera uma nulidade insanável, uma vez que violenta princípio

constitucional. Nada obsta que o Juiz proclame a nulidade, pois, como já vimos, cabe-lhe, sem dúvida, prover à regularidade do processo. Não o fazendo, poderá o

próprio Ministério Público, em razões de recurso, clamá-la, observando não haver concorrido para a nulidade.

Esses arestos, colhidos em Nulidades no processo penal, de Paulo Sérgio Leite Fernandes (Revista dos Tribunais, 1976, p. 99 e 100), bem demonstram a

importância do problema:

"Sendo o Ministério Público parte na relação processual, é indeclinável a sua assistência aos termos da ação penal. Sua ausência na instrução criminal torna

nulos

os atos praticados, porque fere o princípio constitucional previsto no art. 153, § 16, da Constituição Federal" (RT, 445/440).

"A presença do Ministério Público em todos os atos do processo é obrigatória. 0 princípio do contraditório, consagrado pela Constituição Federal, assim o impõe.

E o art. 564,

n. III, d, do Cód. de Proc. Penal estatui que a falta do Ministério Público a qualquer dos atos a que deva comparecer constitui nulidade insanável" (RT,

3311302).

Da mesma forma que a presença do defensor, em todos os termos do processo, é indispensável, também o é a do Ministério Público.

Se, malgrado as providências que podem ser tomadas, realizar-se o ato na sua ausencia, ainda é preciso distinguir: a) tratando-se de ação penal pública intentada

pela parte ofendida (ação privada subsidiária da pública), a nulidade será sanável, nos termos do art. 572, a menos que se demonstre prejuízo para a acusação, quando,

então, a regra do art. 563 se sobrepõe à do art. 572; b) tratando-se de ação penal pública intentada pelo Ministério Público, a nulidade é insanável. Fere-se preceito

constitucional: ausência do contraditório. É bem verdade que o art. 572

está assim redigido: "As nulidades previstas no art. 564, n. 111, letras d

e e, segunda parte, g e h, e n. IV, considerar-se- ão sanadas: parecendo, assim, que a expressão segunda parte faz alusão, apenas, à letra e.

Espínola Filho é desse entendimento, pois reconhece a sanabilidade, na hipótese da letra d (cf. Código, cit., v. 5, p. 453, n. 1. 166). No mesmo sentido, Florêncio

de Abreu (cf. Comentários, cit., v. 5, p. 150, n. 74).

Sem razão, data venia.

Do exame do art. 572 se depreende que a expressão segunda parte, contida no texto, refere-se tanto à letra d como à letra e. 0 que nos leva a tal resultado

semântico é a própria gramática do texto. 0 legislador fez seguir a um adjunto adverbial de localização "no art. 564" - adjunto marcado pela preposição locativa em -

uma série de apostos, como as expressões "n. 111", Ietras d e e, segunda parte", " g e V e "n. IV". 0 aposto, como nos ensina Mattoso Câmara Jr., é um substantivo ou

locução substantiva que ao lado de outro ou de outra tem a mesma função sintática e se reporta ao mesmo ser. E continua o mestre: "0 aposto se separa do elemento a

que se opoe por uma pausa inconclusa que na escrita se indica por vírgula; se a frase continua depois dele, o aposto fica entre duas pausas e na escrita entre duas

vírgulas" (cf. Dicionário defilosofia e gramática, 4. ed., Rio de Janeiro, J. Ozon Ed., p. 79-80).

Então, o aposto é uma seqüência que diz respeito a um ser, explicitando-o. 0 primeiro ser explicitado, in casu, é o adjunto adverbial "no art.

564", que sofre uma

explicitação restritiva: "n. 111". Este, por sua vez, é explicitado restritivamente pelas aposições Ietras d e e", 11 g e V e "n. IV'.

Assim, também, as aposições "letras d e e" vêm explicitadas por uma aposição "segunda parte", restritiva delas. Logo o aposto "segunda parte"

refere-se a ambas

as letras.

16. A falta de citação do réu, do seu interrogatório, quando presente, e dos prazos concedidos à acusação e à defesa E) A citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos a acusaçao e à defesa.

Ainda em decorrência do princípio do contraditório, proposta a ação, deve o réu ser citado. A citação é o ato pelo qual se dá conhecimento ao sujeito passivo da

pretensão punitiva de que contra ele foi intentada ação penal. Justo, pois, se lhe dê conhecimento da acusação, para poder defender-se. 0

princípio do audiatur et

altera pars é intangível. Cita-se o réu por uma daquelas maneiras referidas nos arts. 351 e s. do estatuto processual penal. A falta de citação induz nulidade absoluta.

Se, porventura, expedido o mandado citatório, o Oficial de Justiça lançar o clássico "certifico e dou fé que o réu está em lugar incerto e não sabido", e depois se

verificar que o Serventuário o procurou em outro endereço que não aquele declinado pelo réu, quando ouvido na Polícia, evidente que não fez a citação. Esta, no

processo penal, não é apenas um ato pelo qual se dá conhecimento ao réu da acusação que se lhe faz. Ela envolve, também, uma notificação para comparecer em juízo,

a fim de ser interrogado em dia e hora consignados no mandado de citação.

Melhor até seria dizer que a citação é o ato de comunicação mais importante do processo, profundamente ligado à ampla defesa; o ato por meio do qual se leva

ao conhecimento do réu ter sido recebida a denúncia ou a queixa contra ele. E assim é porque, em algumas hipóteses, o réu toma conhecimento da acusação antes de

ser citado. É o que se dá nos crimes funcionais - art. 514 do CPP, art.

44 da Lei de Imprensa e art. 4.0 da Lei n. 8.038/90. Na hipótese de ser rechaçada a defesa, aí,

sim, será a denúncia ou queixa recebida e o réu citado.

E se o réu não for citado, ou se houver nulidade desta, mas, por qualquer circunstância, o réu vier a saber da acusação contra si intentada e comparecer em juízo

para argüir aquele vício? Cumprirá ao Juiz proceder ao interrogatório, ou, então, designar data para a realização

do ato, com ciência do acusado, ficando, assim, corrigida a imperfeição do ato, nos termos do art. 570. Se o Magistrado já deu início à instrução, anulam-se os atos já

realizados e se procede conforme expusemos, aplicando-se a regra do art.

573, § 1.% do CPP.

Diga-se o mesmo se o réu não for notificado para qualquer ato do processo. Se este já se realizou, anula-se. Se vai ser realizado, o comparecimento do réu supre a

ausência de notificação. Assim também quando se tratar de ausência ou nulidade das notificações e intimações às partes. Muitas vezes, o Advogado comparece ao

Fórum e, surpreso, observa que o Juiz está ouvindo, ou vai ouvir alguma testemunha arrolada num processo cujo patrocínio lhe cabe. Ele não foi notificado. Claro que

o seu comparecimento supre a falta daquele termo. Nem por isso, contudo, deve o Magistrado realizar a audiência, a menos que o Advogado a tanto não se oponha.

Caso contrário, cumpre ao Juiz observar a segunda parte do art. 570 do estatuto processual penal. E por uma razão muito simples: a parte poderá alegar que, sem um

estudo meticuloso dos autos, não lhe era possível formular reperguntas convinháveis à defesa. Idem, em se tratando da parte acusadora. Por isso mesmo, deve o

Magistrado ter o cuidado de observar se as pessoas que devam estar presentes à prática de determinado ato processual foram, ou não, devidamente notificadas.

É muito comum, num processo penal, fazer-se expedir precatória para ouvida de vítima e testemunhas. Às vezes, são várias precatórias. E

preciso, para que se

evitem nulidades, sejam as partes devidamente cientificadas da expedição de precatória. Se não o forem, a nulidade é relativa, como bem se expressa a Súmula 155.

Vejam-se, ainda, RTJ, 65/655, 63/776.

Por que relativa? Expedida a precatória, o juízo deprecado oficia ao juízo deprecante salientando haver designado tal dia e tal hora para a realização do ato. Nesse

caso, cumpre ao juízo deprecante dar ciência às partes (réu, defesa e acusação e assistente, se houver). Não o fazendo, haverá nulidade.

Fazendo-o, evidente que a

não-intimação do despacho que ordenou a expedição da carta não induz nulidade. É assim que entendemos a Súmula 155. Se, por acaso, não se fizer a intimação da

expedição da precatória e tampouco a relativa à data da ouvida da testemunha de fora, evidente que a nulidade aí é absoluta, porquanto fere profundamente a ampla

defesa. Bem sabemos que, de regra, o Juiz limita-se a fazer intimar da expedição da precatória. E perguntamos: e quando o Juiz deprecado oficia ao deprecante

dando-lhe conhecimento

F

acerca do dia e hora para a ouvida da testemunha deprecada? Faz sentido o Juiz deprecante não determinar a intimação das partes?

Contudo, o entendimento dominante (ainda que lesivo à defesa) é no sentido de se proceder, apenas, à intimação da expedição da precatória, nos termos do art.

222. Recebendo o juízo deprecante ofício do deprecado com a notícia da designação de dia e hora para a audiência da testemunha, não tem aquele o dever de

comunicar à Defesa ... A ciência é só para ele e para o Ministério Público...

Manifesto o absurdo. A intimação que se faz da expedição de precatória é apenas para que as partes saibam que a precatória foi expedida, e não para comparecer

à audiência. Expedida carta precatória de Bagé para Porto Alegre, não faz sentido a Defesa não saber em que Vara, dia e hora a testemunha vai ser ouvida. A omissão

dessa intimação violenta a ampla defesa. E para que o juízo deprecado comunica ao deprecante quanto ao dia e hora da oitiva da testemunha?

Certamente para que este

faça as comunicações às partes, e, inclusive, para evitar eventual inversão de prova.

0 réu deverá, também, comparecer? Se o quiser. Notificado deverá ser. E

se ele estiver preso? Bento de Faria professa: "Se estiver preso e não for possível ou

conveniente o seu transporte para ali, a inquirição deverá ser assistida pelo defensor, que, então, lhe deverá ser nomeado ad hoc (cf. Código, cit., 1942, v. 1, p. 278).

Claro que a nomeação de defensor ad hoc somente se admite se o defensor, constituído ou nomeado, a despeito de notificado, não comparecer no local da

diligência.

Espínola Filho, por seu turno, endossa o ensinamento de Bento de Faria (cf. Código, cit., v. 3, p. 134). Na jurisprudência, vejam-se: RT, 455/416; 435/381;

4291381; 3911301 e, inclusive, o pronunciamento do Excelso Pretório no DJU, 22-2-1974, p. 896; DJU, 9-3-1979, p. 1585; RTJ, 63/776; DJU, 8-61979, p. 4534.

Sem embargo da opinião majoritária, entendemos ser indispensável o comparecimento do réu preso à audiência de instrução. Se estiver em liberdade,

comparecerá se quiser. Mas sua desatenção implicará revelia, nos termos do art. 367. Ora, se o não-comparecimento a qualquer ato do processo, desde que

devidamente notificado, produz a revelia, é sinal de que o legislador julgou de suma importância a sua presença nos atos instrutórios. Não se concebe ampla defesa,

como quer a Constituição, castrando-se o direito de o réu comparecer à audiência, na qual, muitas vezes, poderá orientar seu defensor, no que tange à contradita e

à formulação de certas reperguntas. Ao lado da defesa técnica, confiada a profissional habilitado, já proclamou a Suprema Corte, existe a denominada autodefesa, por

meio da presença do acusado aos atos processuais. Vejam-se, neste sentido, RTJ, 46/653, 67/85.

Incensurável o venerando acórdão da 3.' Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "0 Estado deve estar preparado para movimentar os réus,

de uma comarca para outra, sempre que necessário, e apto para frustrar possíveis

evasões. Nulo, no meu entender, o procedimento do mesmo Estado contra quem se

encontra, por ele próprio, mantido em cárcere e não pode ver assegurada a plenitude de sua defesa" (cf. RT, 422/281). Testis non libere contra presentem testificaret.

Parece, contudo, que a Excelsa Corte está se inclinando para tal entendimento, ressalvando, apenas, a hipótese de o ato praticado na ausência do réu não haver

exercido nenhuma influência no decreto condenatório (cf. RTJ, 84/95).

Nulidade também haverá se, presente o réu, ainda que se lhe tenha decretado a revelia, não se proceda ao interrogatório. Mesmo após decreto condenatório, preso

o réu, se apelar, antes de os autos subirem à instância superior, deverá o Magistrado ouvi-lo. Parece que, nesse caso, o dever de proceder ao interrogatório é do próprio

Tribunal, consoante a regra do art. 616 do CPR

Evidente o equívoco. Poderá o Tribunal, querendo-o, proceder a novo interrogatório, inclusive por meio de carta de ordem. Na hipótese enfocada, não se trata de

novo interrogatório, mas sim deste. E tal dever é do Juiz de primeiro grau, como se percebe pela leitura do art. 185 do CPR In verbis: "0

acusado, que for preso, ou

comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado". Ora, havendo

apelação, o processo ainda está em curso...

Convém lembrar, por outro lado, que a ausência do interrogatório do réu presente induz nulidade. Sanável ou insanável? Cuidando das nulidades

sanáveis, o art.

572 do CPP faz referência, entre outras, àquela prevista no art. 564, 111, e, "segunda parte". Qual é essa "segunda parte"? Diz o art. 564: "A nulidade ocorrerá nos

seguintes casos: 111 -por falta das fórmulas ou termos seguintes: e) a citação do réu para verse processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos

à acusação e à defesa". A conjunção aditiva "e", no corpo da alínea e do referido inciso, dá a entender que a segunda parte diz respeito aos prazos concedidos à acusação e à defesa. Contudo é bem provável que o legislador

houvesse se expressado mal. É possível que ele quisesse referir-se ao segundo termo daquela oração, e não à segunda parte, e, nesse caso, o interrogatório seria o

segundo termo. Assim, se considerarmos correta a expressão "segunda parte" contida no art. 572, a nulidade sanável é a pertinente aos prazos.

Se entendermos que a

expressão "segunda parte" está em lugar de "segundo termo", sanável será a falta do interrogatório. De fato a expressão "termo", aí, tem o sentido de ato ou elemento

de oração, e, desse modo, é como se dissesse: "a nulidade ocorrerá por falta das fórmulas ou termos seguintes: e) a citação do réu para ver-se processar (primeiro

termo ou primeiro elemento da oração), seu interrogatório, quando presente (segundo termo ou segundo elemento da oração), e os prazos concedidos... (terceiro termo

e terceiro elemento da oração). Nesse sentido já se pronunciou o STF

(RTJ, 73175 8). Há, contudo, entendimento (e já o perfilhanios) no sentido de que a falta do

interrogatório estando o réu presente implica nulidade absoluta (RTJ, 71/29 e RT, 667/288). 0 interrogatório é peça importantíssima. 0

entendimento majoritário,

todavia, inclusive do Excelso Pretório, é no sentido de que a não-realização do interrogatório implica nulidade relativa. A nulidade absoluta ocorrerá se não forem

observados os prazos para a acusação e defesa.

E nulidade também haverá pela "falta dos prazos concedidos à acusação e à defesa", e, ainda, se houver um encurtamento deles. Assim, se o Juiz não concede

prazo para a defesa prévia, ou faculta fazê-la em um dia; se determina que os debates, na audiência de instrução e julgamento, firam-se no prazo de 5 minutos para

cada uma das partes; se restringe o tempo para os debates na sessão do Júri etc. Melhormente, se não concedido o prazo.

Já fizemos observações a respeito. E acrescentamos: Espínola Filho ensina que a nulidade atinente à não-concessão de prazos à acusação e defesa ou mesmo o

encurtamento deles implica nulidade absoluta, na dicção do art. 572 do CPP (Código, cit., v. 5, p. 458, n. 1. 170), o que demonstra que no seu entender a segunda

parte da letra e do inc. 111 é o interrogatório. Já Florêncio de Abreu afirma tratar-se de nulidade sanável, a teor do art. 572 do CPP, uma vez que a segunda parte da

letra e do inc. 111 do art. 564 é representada pela expressão "e os prazos concedidos à acusação e à defesa" (cf. Comentários, cit., v. 5, p.

8 8, n. 3 7).

Problema que tem sido ventilado, com freqüência, é o da nãointimação da defesa

do despacho que ordena a abertura de vista, nos termos e para os fins dos arts.

499 e 500 do CPP.

Havia um entendimento, majoritário por sinal, no sentido de que tal prazo, para a defesa, corria em cartório, independentemente de intimação, como proclamado

no art. 501 do CPP, e, por isso, não se lha fazia (cf. RT, 399/63). A Excelsa Corte também já esposou esse entendimento (cf. DJU, 8-9-1974, p.

5386; DJU,

17-5-1974, p. 3253).

Em sentido contrário: RT, 416/331, 4361416.

A tese majoritária, data venia, endossava uma ilegalidade. É bem 1 .

verdade que a propria lei assim o determina. Mas, se há o princípio da igualdade das partes, como decorrência lógica do princípio do contraditório, não se concebe seja

o Ministério Público intimado e a Defesa não. Acusação e Defesa situam-se no mesmo plano, embora colocadas em pólos opostos. Não havendo um tratamento igual

para ambas as partes, haverá desequilibrio, e, de conseguinte, o princípio do contraditório sofre um rude golpe. Assim, quer-nos parecer de manifesta

inconstitucionalidade a regra contida no art. 501 do CPP, salientando que os prazos dos arts. 499 e 500 correrão em cartório, independentemente de intimação das

partes, salvo em relação ao Ministério Público.

Ademais, há uma incoerência muito grande, porquanto o entendimento, malgrado alguns julgados, é no sentido de que, ausentes as razõesfinais da defesa (CPP,

art. 500), a nulidade será absoluta. Ora, se o art. 501 faz referencia aos prazos dos arts. 499 e 500, um para requerer diligências e o outro para elaborar as razões finais,

e, ao mesmo tempo, dispõe que tais prazos, para a defesa, correrão em cartório, independentemente de intimação, não tem sentido tomar irrelevante a nãointimação

para a hipótese do art. 500 e, ao mesmo tempo, anular-se o processo porque a defesa não ofertou as razõesfinais...

Ambos os prazos são importantíssimos. 0 do art. 499, às vezes, mais expressivo que o do art. 500.

Se o princípio do contraditório é dogma constitucional, se as partes acusadora e acusada devem estar situadas em um mesmo plano processual de direitos e

deveres, "afin de que la justicia no resulte menoscabada en pro del mejor situado procesalmente", náo se deve permitir ao acusador o que não se permite ao acusado.

Ou, segundo o brocardo, verdadeiro principio geral de Direito: non debet actori licere quod reo non permittitur Por essas razoes, os prazos referidos no art.

501 do CPP correm a partir da intimação. Nesse sentido, vejam-se RT, 401/331, 4361416, 355/95, 373/276, 4161331, 4441342. Não obstante a Excelsa Corte já

haver entendido contrariamente (RTJ, 62/352 e 70/54), em julgados posteriores, atentando para o princípio da ampla defesa, voltou a esposar a tese de que a Defesa

deve ser intimada, tal como se dá em relação ao Ministério Público. Esses arestos são suficientes: "Ernenta. Falta de intimação da defesa do prazo assinado no art. 499

do CPR Orientação incompatível com o art. 153, § 15, da Constituição da República, imperativo e terminante no sentido de que 'a lei assegurará aos acusados ampla

defesa, com os recursos a ela inerentes'. Não é possível conceber-se ampla defesa, se os prazos para requerimento de diligências fluem sem intimação do defensor.

Habeas corpus deferido" (STE L'Turina, v.u., HC 58.775-5-ES, DJU, 28-8-1981, p. 8263). "Ementa: Defesa. Cerceamento de Defesa. Vista para as alegações finais.

Princípio do contraditório. Código de Processo Penal, art. 500, 111.

Implica cerceamento de defesa a omissão de vista ao defensor do acusado após as alegações do

Ministério Público. Recurso conhecido e provido" (RHC 59.046-2-RS, STF, 1

~a Turma, v.u., DJU, 11-9-1981, p. 8789; RTJ, 106/ 132 e 109/114). Assim também

RT, 586/429 e 604/460.

17. A falta de pronúncia, libelo, e entrega da respectiva cópia F) A sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri.

Evidente que, num processo da competência do Júri, se não houver sentença de pronúncia, não haverá julgamento. A pronúncia é o ato processual pelo qual o

Magistrado julga procedente ojus accusationis. Admitido o direito de acusar, aí, então, cabe ao acusador ofertar o libelo, peça acusatória que deve ser apreciada pelo

Tribunal do Júri. Os limites da acusação ficam delimitados na pronúncia.

É óbvio, consoante a regra do § 4.' do art. 408 do CPP, que o Juiz não fica, na pronúncia,

adstrito à classificação do crime feita na denúncia ou queixa, embora fique o réu sujeito a pena mais grave. Inteira aplicação, aqui, o brocardo jura novit curia. Se o

Promotor denuncia o réu por homicídio simples e, na instrução, apura-se uma circunstância elementar que desloque o tipo da sua forma simples para a qualificada,

nem por isso deve o Juiz observar a regra do art. 384, parágrafo único, do CPP. É que este dispositivo somente poderá ter aplicação quando se tratar de sentença in senso sostanziale. Não na pronúncia, mera sentença de conteúdo processual. Se não há

propriamente uinjulgamento, na fase final dojudicium accusationis, mas um juízo de admissibilidade da acusação, nada impede se dê, aí, a exata classificação do

crime, a fim de que, numa segunda etapa, com base na pronúncia, realizem-se os atos iniciais da fase postulatória, com a oferta do libelo. Este, corolário obrigatório

da pronúncia. Claro que nele pode e deve o. acusador, se for o caso, deduzir circunstâncias agravantes que sirvam, apenas, à graduação da pena.

Salvante a parte final, não há diferença muito grande entre uma sentença condenatória e uma sentença de pronúncia. Formalmente são iguais. Só que, no decisum,

o Juiz se limita, tão-somente, a cumprir o disposto no § 1.' do art. 408, declarando o dispositivo legal em que esteja incurso o réu. Por outro lado, o Juiz, na pronúncia,

não invoca circunstâncias que servem, apenas, para graduar a pena: análise da personalidade do réu, intensidade de dolo, conseqüências do crime, circunstâncias

agravantes ou atenuantes, como o faz quando prolata uma sentença condenatória. É que, se não há, propriamente, um julgamento de mérito, mas, tão-só, sobre a

admissibilidade da acusação, é claro que, naquele ato processual, limitar-se-á o Magistrado a declarar se há prova da materialidade delitiva, indícios de autoria e,

finalmente, qual o dispositivo em que está incurso o réu.

0 libelo é feito de acordo com o prescrito no art. 417. Deverá ser conforme a pronúncia, sob pena de imprestabilidade. Por outro lado, se dois ou mais crimes

forem imputados ao mesmo réu, far-se-á o libelo em série. Um para cada infração. Se dois ou mais réus, um libelo para cada um.

Ofertado o libelo, e recebido, cumpre ao escrivão, dentro de 3 dias, entregar, mediante recibo, ao réu, a respectiva cópia, com o rol de testemunhas, e, ao mesmo

tempo, proceder à notificação do defensor para que no prazo de 5 dias ofereça a contrariedade, observado o disposto no parágrafo único do art.

421.

Nula é a pronúncia que não contenha ou o relatório, ou a motivaÇão. Idem, se não declarar o dispositivo em que julgar incurso o réu. Nulidade também haverá se

não houver a parte autenticativa. Nulo será o libelo se elaborado em discordância com a pronuncia; se não feito em número equivalente ao dos réus (um libelo para

cada réu); se não contiver a assinatura do acusador; se não feito articuladamente, isto é, em proposições simples e compreensíveis, mesmo porque o libelo é fonte do

questionário.

A não-apresentação da contrariedade não constitui nulidade, mesmo porque pode preferir a defesa não mostrar suas baterias à acusação... Entretanto nulidade

haverá se não houver sido entregue a cópia do libelo com o respectivo rol de testemunhas no prazo legal. Mesmo que se faça a destempo, serodiamente, nulidade

também haverá, como já se proclamou (cf. RT, 369/299). Entretanto é de se ponderar que, se dessa falta não advier nenhum prejuízo para a defesa (o réu foi absolvido,

p. ex.), seria demais anular-se o processo, mormente quando a Exposição de Motivos, verdadeira interpretação autêntica do nosso diploma processual penal, proclama

que o Código é infenso ao excessivo rigorismo formal.

18. A falta de intimação do réu para a sessão de julgamento, quando não puder ser julgado à revelia

G) A intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia.

Em que hipótese o Código não permite o julgamento à revelia? Nos crimes inafiançáveis da competência do Tribunal popular.

Evidente que, no dia do julgamento pelo Tribunal do Júri, imprescindível é a presença do réu, a menos que se trate de crime afiançável, como se constata pelo §

1.' do art. 451 do CPP. Mesmo sendo afiançável, deverá o réu ser intimado (rectius: notificado) a comparecer à sessão. Se não o for, a despeito da redação da alínea g

do inc. 111 do art. 564, haverá nulidade, porquanto se infringirá o princípio cristalizado na parêmia audiatur et altera pars. 0 desrespeito à Constituição será flagrante.

Todavia, afiançável o crime e uma vez notificado o réu, se este não comparecer sem motivo justo, far-se-á o julgamento à sua revelia. Poderá também o Juiz, se o réu

estiver na sua comarca, determinar a sua condução coercitiva, nos termos do art. 260 do CPR

Entretanto, em se tratando de crime inafiançável, indeclinável o comparecimento do réu à sessão de julgamento. Normalmente, nesses casos, deve o réu estar

preso, pois um dos efeitos da sentença de pronúncia é a prisão provisória do réu, como se constata pelo § 1.' do art. 408. Se preso, não notificado, mas, no dia da

sessão, o Juiz manda buscá-lo, a nulidade convalesce, consoante dispõe o inc. 11 do art. 572 do CPP. E se ele estiver em liberdade? Observe-se que a Lei n. 5.941,

de 22-11-1973, concede ao réu o direito subjetivo processual de aguardar em liberdade o julgamento em plenário, desde que primário e de bons antecedentes (CPP,

art. 408, § 2."). Neste caso, deverá ser notificado. Não o sendo, mas se, espontaneamente, comparecer à sessão, convalescida ficará a nulidade, nos termos do inc. 11

do art. 572. E se, malgrado a regular notificação, não comparecer sem motivo justo? Nada impede que o Juiz se valha da regra do art. 260, se o réu estiver em sua

comarca. E se não estiver? Cremos possa o Juiz decretar-lhe a prisão preventiva. Na sessão do Júri não há uma verdadeira instrução? Então, para preservá-la, a

preventiva torna-se medida impostergável, mesmo porque não poderá haver julgamento à revelia de crime inafiançável, quando este for da competência do Júri (cf.

CPP, arts. 79, § 2.', 408, 413 e 451, § 1.'). Para obviar todos esses percalços, quando o Juiz conceder a liberdade provisória, na fase da pronúncia, deverá, por analogia, fazer lavrar um termo semelhante àquele de que fala o parágrafo único do art. 310 do CPR Não comparecendo o réu, revogar-se-á o benefício e, uma vez preso,

se for possível, será ele julgado na mesma reunião do Júri. Do contrário, na próxima.

19. A falta de intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade

H) A intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei.

Preparado o processo para o julgamento pelo Tribunal do Júri, designado o dia para a abertura da reunião, devem as testemunhas arroladas pela acusação e defesa

ser devidamente notificadas. As testemunhas da terra serão notificadas por mandado; se forem funcionários públicos, com observância, também, da regra contida no

art. 359; se militares, nos termos do art. 358; se estiverem presas, mediante requisição; se residentes fora da comarca, as testemunhas não têm o dever de comparecer,

em face do que dispõe o art. 222 do CPP. Nada de expedição de precatória.

Poder-se-á determinar a expedição a fim de que a testemunha saiba o local, dia e hora da

sessão do júri. Contudo, não tem ela o dever jurídico de comparecer. Fá-

lo-a, se quiser. Nem poderá ser ouvida onde residir. Se quiser depor, deverá comparecer na

sede do juízo onde tramita o processo, mesmo porque os jurados podem querer fazer-lhe reperguntas. Em sentido contrário, veja-se RT, 464/349.

Data

venia, dissentimos do venerando acórdão. Se a testemunha deve depor em plenário do Júri, não se concebe possa ela ser ouvida por precatória, porquanto os jurados

ficariam impossibilitados de fazer-lhe reperguntas. Certo, contudo, que a Justiça não pode exigir sacrifícios da testemunha. Ela deve ser notificada por precatória - ou

até mesmo por rogatória, se for o caso. Se não atender ao chamamento, não poderá o Juiz determinar-lhe a condução coercitiva, não só por lhe faltar competência,

como também pela circunstância de que, muitas vezes, a testemunha não dispõe de numerário para se locomover... e seria um contra-senso sem noine obrigasse a

Justiça àquela testemunha que fizesse empréstimo bancário para atender a

interesse que, na realidade, não é seu... Notificada deve ser. Não comparecendo, desde que a

parte se comprometa a trazê-la na próxima sessão, adiar-se-á o julgamento. Do contrário, não. Se, entretanto, a testemunha residir na própria comarca, deverá o Juiz

determinar-lhe a condução coercitiva, ainda que ela já tenha prestado seu depoimento na fase instrutória (cf. RV, 92/371), dês que arrolada coni a cláusula de

imprescindibilidade.

Se a testemunha, mesmo morando fora, tiver condições de comparecer ao Tribunal popular, sem maiores sacrifícios, deve fazê-lo. 0 que não se concebe é

exigir-lhe sacrifício.

Aliás, afalta de condições para a testemunha atender à notificação já constitui justa causa, e, assim, não comparecendo por essa razão, é de se realizar o

julgamento, nos termos do art. 455, § 1% combinado com o art. 453

interpretado pelo avesso.

Mas, se a testemunha não for notificada, ou o for irregularmente, a nulidade será sanada: a) se a parte que a arrolou dela desistir; b) se ela comparecer à sessão.

20. A falta de "quorum" para a instalação da sessão do Júr 1) A presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do Júri.

Sabe-se que o Tribunal do Júri é formado de um Juiz de Direito, que o preside, e de 7 jurados. Antes de cada reunião, com uma antecedência de 10 a 15 dias, no

Distrito Federal (art. 427) e nos Estados, de acordo com o estabelecido nas leis locais (em São Paulo ainda se obedece ao Dec. ri. 1.575, de 1908, que no art. 64

determinava que o sorteio se fizesse com antecedência de 30 dias), o Juiz, em ato público,

21.

preside ao sorteio de 21 jurados, nos termos do art. 428 do CPP.

Sorteados, serão eles notificados a comparecer ao Fórum, em dia e hora previamente designados, para

se instalar a sessão de abertura da reunião. Se comparecerem apenas 14

jurados, obviamente não poderão ser instalados os trabalhos. Se o forem, o processo estará

nulo. Se, porventura, comparecerem 21 e, destes, 7 forem excluídos por impedimento, suspeição ou recusa peremptória, restando apenas 14, instalar-se-á a sessão, tal

como determina o art. 459 do CPP. E a razão é lógica: comparecendo 15, instalar-se-á a sessão. Ora, desses 15 não podem ser recusados 6? E assim mesmo a sessão

não será instalada? Logo, com maiores razões, se comparecem 21 e, destes, 7 ou 10, digamos, forem excluídos por impedimento ou recusa legal, instalar-se-á também.

Convém frisar que, se na reunião do Júri houver mais de um processo para julgamento, cumpre ao Juiz, caso não compareçam 21 jurados, proceder ao sorteio de

tantos jurados suplentes quantos forem os ausentes. Se houver um só processo, e desde que compareçam 15 jurados, instalar-se-á a sessão, sem necessidade da

convocação de suplentes. Entretanto, se, daqueles 15, 9 forem excluídos por impedimento ou recusa, não será realizado o julgamento. Neste caso, cremos deva o Juiz

proceder ao sorteio de 6 jurados suplentes, para o perfazimento do número previsto em lei: 2 1.

Melhor seria que o legislador pátrio, à maneira do que dispõe o art. 266

do Code de Procédure Pénale, determinasse o sorteio dos suplentes, em número

razoável, no mesmo dia em que fizesse o sorteio dos jurados. A propósito, o preceito francês:

"Art. 266. Quinze jours au moins avant l'ouverture des assises, le premier président de la cour d'appel ou le président du tribunal, siège de la cour d'assises, dans la

ville où il n'y a pas de cour d'appel, tire au sort, en audience publique, sur la liste annuelle, les noms de vingt-septjurés quiforment la liste de la session. Il tire, en

autre, les noms de sixjurés suppléants sur la liste spéciale".

A falta de sorteio dos jurados do Conselho de Sentença em número legal e sua incomunicabilidade

J) 0 sorteio dos jurados do Conselho de Sentença em número legal e sua incomunicabilidade.

Havendo número legal para a instalação da sessão do Júri, o que será constatado pelo escrivão, ao proceder à leitura dos nomes dos jurados convocados, cabe ao Juiz, após as advertências a que se referem os arts. 458 e 462, proceder ao sorteio de 7 jurados dentre os que estiverem presentes. A urna, sobre a mesa dos trabalhos, deve conter 21 cédulas pertinentes aos jurados convocados. Antes da instalação, o Juiz abre a urna e procede à contagem das cédulas com os nomes dos 21 jurados e, a seguir, determina que o escrivão proceda à chamada, recolocando-as na urna. Havendo número legal, o Juiz declara aberta a sessão e, após resolver sobre as escusas (arts.

443, § 1% e 446), abre novamente a uma e dela retira as cédulas pertinentes aos jurados ausentes. A seguir, já presentes as partes, cumpre

ao Juiz, após verificar se a urna contém as cédulas atinentes aos jurados presentes, proceder ao sorteio de 7 jurados, número legal para a constituição do Conselho de Sentença. 0 sorteio é feito pelo próprio Juiz. À proporção que a cédula for retirada da urna, o Juiz a lerá, e a defesa e, depois dela, a acusação poderão recusar os jurados sorteados, até 3 cada uma, sem dar os motivos da recusa. Evidente, pois, que, se forem sorteados apenas 6 jurados, ou, então,

número superior a 7, a nulidade é manifesta, pois o número legal é 7.

Antes da Constituição do Conselho de Sentença, ou de Julgamento, como quer Tornaglii, cumpre ao Presidente advertir os jurados de que, uma vez sorteados e aceitos, não poderão comunicar-se com outrem nem manifestar opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa de R$ ... a R$ ..., nos termos do art. 458, § L', do CPP.

Qualquer dúvida que assalte o espírito do jurado poderá ser dissipada pelo Juiz-Presidente, à vista dos autos, nos termos do art. 478, parágrafo único, do CPP. Findo o julgamento, será lavrado um termo de incomunicabilidade, assinado pelo Juiz e pelos Oficiais de Justiça e subscrito pelo Escrivão. Não o havendo, surgirá a nulidade.

Para que fique memória, nos autos, de que a formalidade foi cumprida, urge a juntada daquele documento. Em sentido contrário, veja-se Florêncio de Abreu, Comentários, cit., v. 5, p. 98.

Mesmo que se trate de assunto estranho ao processo, não podem os jurados comunicar-se com outrem.

Não é que não possa. Sendo matéria estranha ao processo, não haveria, como não há, nada de mais. Ocorre que, estando eles a conversar em voz baixa, o que é normal em atos solenes como o

julgamento

pelo Tribunal leigo, não se pode saber se falam sobre o processo ou não--

- Entretanto, se conversarem em tom normal de voz, próximo ao juiz ou proximo às partes sobre assunto diverso, não haverá nenhuma nulidade. A propósito, RT, 5711422.

22. A falta de quesitos e das respectivas respostas K) Os quesitos e as respectivas respostas.

Quesitos são perguntas que o Juiz-Presidente faz ao Conselho de Sentença a respeito do fato criminoso e suas circunstâncias. 0 Juiz formula os quesitos de acordo com o libelo, com a contrariedade e com o alega~

do, oralmente, pela defesa, em plenário. Os quesitos devem ser formulados em proposições simples, exatamente para que os jurados lhe compreendam o alcance. Quesitos complexos podem gerar-lhes

perplexídade no espírito. Os atinentes ao fato principal são formulados de acor~ do com o libelo, tal como previsto no art. 484, 1 e 11. Depois de apreciados os que respeitam ao fato principal, seguem-se os da defesa e, se for o caso, os pertinentes a causas que determinam aumento especial de pena, alegadas no libelo, a eventuais agravantes, expostos no libelo ou

articulados em plenário (CPP, art. 484, parágrafo único, 11) e, por últi~

mo, obrigatoriamente, deve o Presidente, ainda que a defesa não o tenha requerido, formular um sobre a existência de eventuais circunstâncias atenuantes. Respondido este, afirmativamente, cumpre ao Juiz questionar a respeito das que lhe parecem aplicáveis ao caso. Não for~ mulado o quesito sobre as atenuantes, a nulidade é manifesta. Idem, se, respondido afirmativamente, não questionar o Juiz sobre as que lhe parecem aplicáveis ao caso.

Durante os debates, ou após, conforme o caso, o Juiz formula os quesitos, submetendo-os à apreciação das partes, nos termos do art. 479. Cotejando-se este dispositivo com o art. 480, conclui-se que os

quesitos devem ser formulados em plenário e não na sala secreta.

Os quesitos da acusação devem ser formulados de acordo com o libelo, que é um espelho fiel da pronúncia. Se o Promotor não pode oferecer um libelo em desacordo com a pronúncia, muito menos

requerer a formulação de quesitos que contrariem a peça acusatória.

Quando 0 ine. IV, primeira parte, do art. 484 se refere a alegação de

"existência

de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites", há de se entender que a alegação foi feita no libelo ou em plenário. Tal inciso não se refere à qualificadora, mesmo porque esta não é causa

que determina o aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de certos limites, Tratando-se de qualificadora, a pena já vem estabelecida no próprio dispositivo legal, e não vem fixada dentro de determinados limites, tal como acontece com as causas de aumento ou de diminuição do crime

continuado, o concurso formal, a semí-ímputabilidade, aquela circunstância prevista no art. 127 do CP etc. A qualificadora é tratada no inc. 11, última parte, do art. 484. Assim, não pode o Promotor, no plenário, alegar qualificadora não prevista no libelo. A qualificadora desloca o tipo do seu modo simples para o especial ou qualificado. De sorte que, se a pronúncia fala em homicídio simples, e devendo o libelo ser elaborado em consonância com ela, é mais que evidente não poder o Promotor, em plenário, articular circunstância qualificadora. A propósito, RT, 4271368. Vejam-se, também, DJU, 19-11-1979, p. 8616, e Habeas Corpus n. 57.28 1. Por outro lado, se, no libelo, está demarcada a acusação, esta não poderá ser inovada em plenário. Entretanto, se, na contrariedade, a defesa articular a minorante da violenta emoção, ou a excludente da legítima defesa, nada obsta que, em plenário, sustente tese contrária. E que a defesa é ampla.

A acusação, não.

Também não pode a acusação, em plenário, discordar da qualificação do crime feita no libelo e requerer a formulação de quesitos sobre outra modalidade criminosa, ainda que a pena seja menor. E

não o pode por três motivos: a) o inc. 111 do art. 484 não lho permite, mas à defesa; b) se assim procedesse, estaria agindo em desconformídade com a pronúncia e libelo, o que não se concebe; c) causaria surpresa à defesa, com manifesta deslealdade processual (cf. RTJ, 451384).

Whitaker, falando sobre os quesitos acusativos, esclarece que eles se baseiam no libelo ou na discussão do plenário (cf. 0 júri, 2. ed., p.

189). Entretanto, na página seguinte, observa: "Quanto aos que se baseiam na discussão oral do plenário, a acusação só os pode requerer quanto às circunstâncias agravantes que então se salientarem e que no libelo não tiverem sido articuladas".

E, mais incisivamente, professa: "0 acusador só deve discutir o crime

mencionado no libelo porque sobre esse crime foram apuradas as provas e o réu preparou a defesa..." (cf. Ojúri, cit., p. 100).

Por isso mesmo, com maioria de razão, não podem constituir objeto de quesitos, embora evidenciados no plenário, delitos diversos daquele que é especificado no libelo, não só porque seria surpresa ao réu, como porque ficaria invertida a ordem natural do processo (cf. 0 júri, cit P.

191).

Assim, não pode o Promotor requerer ao Juiz seja formulado que síto sobre a existência de um homicídio culposo. Entretanto, se a defe sa o requerer, nada obsta que a acusação a secunde, aplaudindo-a. Con tudo a iniciativa não pode partir dele, Promotor.

No particular, irrepreensível o magistério de Hermínio Marque Porto: "A acusação do Promotor em plenário, porque baseada no libe lo, não comporta a adoção de fórmulas inovatórias, então

separadas & postulação subordinada à fase dojudicium accusationis e da classifica-

ção pela pronúncia homologada. Poderá o Promotor, sem a iniciativa de quesitos (grifo nosso), até concordar com alguns, ou todos, de iniciatíva da defesa... Não poderá, por atenção também ao direito de defesa, pretender a formulação de quesito qualquer, que represente oferta de tipo penal, ou de figura a este adesiva, fora da classificação homologada; assim, descabe à acusação a iniciativa pelo questionamento do homicídio privilegiado, do crime de lesão corporal seguida de morte, do crime de homicídio culposo, etc." (cf. 0 júri, Revista dos Tribunais, 1973, p. 209-10).

Quanto à defesa, não há qualquer proibição. Muito ao contrário. Sobre ser ampla, nos termos em que a colocou a Magna Carta, a pró-

pria lei permite que, nos debates, ela invoque circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique. É o que dispõe o inc. III do art. 484 do CPP.

A lei exige, sob pena de nulidade, haja no processo o questionário submetido à

apreciação do Júri e as respectivas respostas. A ausência de um ou outro induz nulidade. E, como é óbvio, devem ser observadas as formalidades na formulação do questionário e das respostas, tal como previsto no ínc. IV do art. 564.

Os quesitos devem ser formulados na ordem prevista em lei: L") sobre o fato principal; 2.") os de defesa; 3.') sobre eventual qualificadora; 4.") sobre eventual agravante; 5.0) sobre a existência de atenuantes; 6.') sobre as atenuantes que o Juiz entender aplicáveis à hipótese, uma vez respondido afirmativamente o 5.".

A inversão dessa ordem induz nulidade.

Não se deve deslembrar, ainda, que o Parágrafo único do art. 564 erige, também, à categoria de nulidade a deficiência dos quesitos ou das suas respostas e contradição entre estas.

Os quesitos devem ser formulados com clareza, para que se evite perplexidade. Note-se que os jurados respondem aos quesitos depositando no receptáculo que lhes exibe o Oficial de Justiça a cédula respectíva: sim ou não. Sendo assim, natural que o Juiz-Presidente formule os quesitos com simplicidade, para que se ausculte a verdadeira vontade dos jurados. Se houver deficiência na formulação do quesito, obviamente as respostas dos jurados terão o mesmo vício, em face da maneira como respondem. Assim, num exemplo grosseiro, se, numa tentativa de homicídio, o Juiz apenas indagar: "0 réu deu início à execução de um crime de homicídio?" Evidente que, qualquer que seja a resposta dos jurados, o julgamento é nulo, em face da deficiência do quesito e da resposta. Urge, pois, complementá-lo: "...

que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade?".

Por outro lado, havendo contradição, cumpre ao Juiz repetir a votação. Se os jurados, por exemplo, respondem afirmativamente ao quesito sobre atenuantes e, quando o Juiz, vendo as pertinentes, indaga-lhes a respeito, havendo resposta negativa, cumpre àquele, deixando de lado as absolutamente absurdas, indagar sobre a existência de outras, ainda que não compatíveis. Negativa a resposta, deverá o Magistrado, após mostrar a contradição, indagar, de novo, sobre a existência delas.

Haverá incompatibilidade entre o homicídio qualificado pela torpeza e a

atenuante prevista no art. 48, 111 (hoje, 65, 11) do CP (cf. RT, 400199).

"A coação irresistível pressupõe a existência de coator para quem se transfere a responsabilidade criminal, pelo que é nulo o julgamento pelo júri em que o questionário não faz referência à figura do coator" (ef. RT, 3931376). Há julgados, entretanto, em sentido diverso (cf . RT, 3721158, 3931376). Entende-se que, se no quesito for feita referência ao coator, estará o Júri julgando o coato e o coator, sem que aquele houvesse sido sequer pronunciado.

Mas, convenhamos, se se trata de coação irresistível, além do coato deve haver o coator. Se o Juiz pronunciou o coato, deve ter pronunciado, também, o coator A menos que a coação irresistível esteja estreme de dúvida, quando, então, nos termos do art. 411 do CPP, combinado com o art. 22 do CP, somente o coator seria pronunciado. Assim, sendo ambos pronunciados, evidente que, por primeiro, o Juiz indagará sobre a materialidade e autoria. 0 segundo quesito será sobre a letalidade ou tentativa, se for o caso. 0 terceiro versará sobre a coação, e será formulado desta forma: "0 réu praticou o fato impelido por terceira pessoa?"

0 quarto será sobre o fato gerador da coação: "0 réu assim agiu sob coação consistente em (declinar o fato constitutívo da coação)".

Finalmente, o quinto: "Essa coação era irresistíveITI Mesmo que se saiba quem tenha sido o coator, o terceiro quesito deverá ser formulado tal corno expusemos, uma vez que os jurados podem entender que a coação não partiu do coator pronunciado, mas de outra pessoa... A propósito, veja-se DJU, 17-3-1980, p. 1367.

Ainda a respeito do questionário, algumas observações: a) Se os jurados disserem que o réu agiu por motivo de relevante valor social e moral e, também, por motivo fútil, haverá nulidade (cf. DJU, 18-61979, p.

4735, decisão do STF). b) Em se tratando de crime continuado, entende o STF que, sendo matéria de aplicação de pena, não deve ser questionada aos jurados (DJU, 15-8~1975, p. 5737). Contra, RT, 4311288. Na verdade, a vingar a tese do STF, também não se indagaria dos jurados sobre as agravantes e atenuantes... c) 0 nome do réu, o da vítima, a data e local do crime devem ficar consignados no quesito principal, sob pena de nulidade (cf. RT, 475/282, 440/347).

Por outro lado, após a votação de um quesito, se o subseqüente contradisser o anterior, não poderá ser votado. Assim, se os jurados afirmam que a agressão sofrida foi atual, não pode o Juiz indagar-lhe da iminência. Uma repele a outra. Se o fizer, teremos: a) A resposta foi afirmativa. Haverá incongruência. Como pode a agressão ser atual e

iminente ao mesmo tempo? b) A resposta foi negativa. Nada acontecera, pois houve manifesta coerência. 0 que não se concebe é uma agressão atual e iminente. Ou é uma, ou outra. Ambas,

simultaneamente, é que não podem ocorrer. Sem embar o vej RT, 3951377.

e 9

a-seo venerando acordào na

Aliás, o questionário, no Júri, continua sendo, como há cinqüenta anos, fonte inexaurível de nulidade. Depois de tantos anos de vigência do atual Código, ainda não se sabe se, na legítima defesa, os quesitos sobre a moderação e os meios necessários devem ser formulados englobada ou distintamente... Vejam-se os venerandos acórdãos na RT, 158/99, 173/573 e 208197 e comparem-se com aqueles insertos na RT, 369/149, 370179, e RTJ, 82/271, 511356... Negado o quesito sobre os meios necessários, ainda assim deverá o Juiz-Presidente indagar sobre a moderação e excesso culposo? 0 que foi discussão no passado hoje

não causa dúvida. Vejam-se os venerandos acórdãos na RTJ, 51/356, 53/447

e 82/271... Pode e deve, sob pena de nulidade: RTJ, 851466 e 87/21. No mesmo sentido, RT, 389/209, 395/91 e 399/110. E se não foi

debatida em plenário a tese do excesso culposo, deverá o Juiz, ex officio, formular quesito a respeito?A discussão é velha. Vejam-se os venerandos acórdãos na RT, 180/807, 213194; RTJ, 41/464, 531447, 80/32...

0 Tribunal paulistajá teve oportunidade de anular um julgamento, porque se omitiu a assinatura do Juiz no termo de verificação das cédulas em plenário... (cf. RT, 2141102).

Diz-se que, não sendo assim, os Tribunais não poderiam exercer um certo

controle sobre eventuais decisões aberrantes do Tribunal leigo, que, segundo dizem, facit de albo nigrum et de quadrato rotundum...

23. A falta de acusação e defesa na sessão de julgamento L) A acusação e a defesa, na sessão de julgamento.

Exige a lei, sob a cominação de nulidade, haja acusação e defesa na sessão de julgamento. Parece, a primeira vista, que o legislador, aí, refere-se ao ato de acusar e ao ato de defender. Este raciocínio mais se robustece se se atentar para a redação do art. 471 do CPP: " ...

o Promotor lerá o libelo e os dispositivos da lei penal em que o réu se achar incurso, e produzirá a acusação..." (grifos nossos). Aliás, o venerando acórdão publicado na RT, 1821599, demonstrou a existência de nulidade, ante a ausência da acusação.

Diz o art. 471 do CPP que "o Promotor produzirá a acusação". Qual o sentido da frase? Podemos emprestar-lhe dois significados: a) deve o Promotor demonstrar a responsabilidade do réu; b) deve o Promotor manifestar-se sobre o caso subjudice.

Parece-nos que, no texto, o sentido é este último. Como poderia demonstrar a responsabilidade penal do réu se convencido da sua inocência ou da imprestabilidade das provas? Se ele pode pleitear a absolvição nos processos da competência do Juiz singular (CPP, art. 385), que razão séria o impediria de postulá-la na sessão do Júri? Se ele pode ir contra a sua própria denúncia, por que não poderá discordar da pronúncía?

Ainda que se entenda que a expressão revela e traduz o dever de o órgão do Ministério Público demonstrar, em plenário, a responsabilidade penal do réu, não se infira daí deva ele, inexoravelmente sempre, postular em plenário a inflição da pena. No Império, explica Whitaker, por meio do Aviso n. 323, de 25-7-1861, o Governo ordenou que o Promotor acusasse, mesmo contra a sua consciência, porque "a lei não permite que a causa da justiça fique abandonada e os atos das autoridades criminais sem ter quem os explique". Mas, corno bem esclareceu o

ilustre Magistrado paulista, a causadajustiça, porém, é a da verdade, e a condenação de um inocente é maior desgraça para a sociedade do que para o

próprio condenado, sendo preferível, segundo a velha sentença de Berrier, ficarem impunes muitos culpados a que punido quem devera ser absolvido (cf. 0 júri, cit., 2. ed., p. 98, ri. 85).

E claro deva o Promotor produzir a acusação uand necessária.

o esta se lizer

~ q

Algumas vezes, o Ministério Público abraça-se à defesa. Mas, quando isso acontece, com os aplausos do Juiz-Presidente, dificilmente haverá condenação. Tal se dá,'de regra, naquelas hipóteses em que, na fase do

judicium accusationís, a legítima defesa, por exemplo, embora bem esboçada, não fica inteiramente límpída, incontroversa, imaculada. Então, ad cautelam, o Juiz profere a sentença de pronúncia... 0 réu, nesses casos, só não é absolvido sumariamente, nos termos do art. 411, porquanto o entendimento generalizado é no sentido de que não se deve subtraí-lo do seu Juiz natural, que, in casu, é o Tribunal do Júri, a não ser que a causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade esteja estreme de qualquer dúvida. Havendo-a, a pronúncia ímpõe-se, sabendo, contudo, o Magistrado que o Juiz natural provavelmente proferirá decisão absolutória. É nessas hipóteses, por exemplo, que a acusação se esvaece e elide em plenário...

As vezes, os indícios de autoria são por demais tênues, e, malgrado tal circunstância, o Juiz profere a sentença de pronúncia, que, perfas ou per nefas, se torna írrecorrível ante a preclusão da via recursal. Vem o julgamento em plenário. Que atitude deve tomar o Promotor de Justiça? Demonstrar, com artifícios de retórica, com abuso do seu talento, a responsabilidade do réu? Note-se que o Promotor é o representante da sociedade. A esta repugna um julgamento iníquo. Assim,

se ele abandona "a verdade e a lógica e se socorre, para vencer, dos artifícios da palavra e vícios de argumentação, amesquinha o mandato, merecendo censura", como bem disse o festejado Whitaker (cf. Oitíri, cit., p. 98).

Outras vezes, ante a prova colhida no Tribunal popular, ou ante argumentos da

defesa, deve o Promotor, depois de apreciar as provas, Ou mesmo após a acusação, "pela dignidade do cargo, considerar-se vencido, confessando, lealmente, a impotência da acusação".

Não se pode exigir de uma pessoa, cuj a função é fiscalizar a estrita aplicação da lei, que oriente sempre a sua atuação na tentativa de conseguir, com ginástica de inteligência, procedência para a acusação deduzida. Não é nem deve ser o Promotor um colecionador de condenações. A atuação do Ministério Público, di-lo Figueiredo Dias, deve ser orientada, unicamente, pelos fins da descoberta da verdade e da realização da justiça e, portanto, pela observância estrita de um dever de objetividade (cf. Direito processual penal, Ed. Coimbra, 1974, p. 405).

Parece até que o legislador pretendeu mesmo essa postura do Ministério Público, não só na sessão do Júri, como no desenrolar de todo e qualquer processo. Veja-se a regra do art. 385 do CPP.. Na verdade, se a acusação na sessão do Júri devesse, sempre e sempre, ser produzida quando o Promotor se curvasse à tese da defesa, por haver demonstrado a inocência do réu, ou o seu direito, ou mesmo, antes dela, confessado a impotência da acusação, pedindo a absolvição, o legislador, da mesma forma que conferiu ao Juiz-Presidente o poder de dissolver o Conselho de Sentença e marcar novo dia para o julgamento, quando considerar o réu indefeso (art. 497, V), ter-lhe-ia concedido idêntica atribuição, quando o Promotor pedisse a absolvição, uma vez que a sociedade ficou, também, indefesa...

Entretanto não o disse. Reconhecendo que a acusação não é movida por ódio, vingança ou paixão, e que o Promotor deve atuar visando à Justiça, não quis bitolar-lhe a conduta. Deixou-a à sua prudência, compostura e dignidade. É claro, e não duvidamos, possa o Juiz, por analogia, aplicar a regra contida no inc. V do art. 497 do CPP.

quando ausente a acusação. A hipótese, contudo, é tão absurda que o legislador dela não cuidou expressamente. Suponha-se, por exemplo, que o Promotor, após a leitura do libelo, sem qualquer motivo imperioso, saia do plenário, ou, então, sente-se... Quid inde? Não deve o Juiz dissolver o Conselho, marcar novo dia para o julgamento, comunicando o fato ao Procurador-Geral da Justiça, para que se designe outro Promotor?

Se cabe ao Juiz prover à regularidade do processo, nos termos do art. 251

do CPP, cumpre-lhe proclamar o vício que está a maculá-loMas o que contestamos, e o fazemos conscientemente, é a

proibição de o Promotor, em plenário, irmanar-se à defesa.

Por outro lado, dizendo o legislador que haverá nulidade se não houver "a acusação e a defesa na sessão de julgamento", é possível, também, quisesse aludir à presença do acusador e do defensor.

Observe-se que naquela alínea há uma relação de contigüidade, e, então, por

rnetonímia, o legislador, em vez de referir-se às pessoas que exercem aquelas funções (acusar e defender), fê-lo a estas. Se for este o sentido, mais uma razão para não se restringir a conduta do Ministério Público,

podendo, mesmo assim, o Juiz, em casos excepcionais, valer-se da regra do art. 497, V, por analogia. Isso em casos anormais.

Observe-se mais: em plenário, a prova colhida na instrução não se pode esvaecer, abalando, de conseguinte, os alicerces da pronúncia e libelo?

Porventura o Juiz pronunciante é infalível? Não poderá cometer uma injustiça e, malgrado esta, a pronúncia "transitar em julgado"? Deveria, então, o Promotor, ante a iniqüidade, aplaudi-Ia? 0

absurdo atinge as raias da palpabilidade.

24. A falta de sentença

M) A sentença.

E evidente que a lei' ao falar em nulidade, ante a ausência da sentença, não se refere, propriamente, à omissão desse ato processual. Não se concebe uma condenação ou absolvição senão por meio de uma sentença. 0

Juiz não pode julgar uma lide, a não ser pela sentença.

Então,

e claro que ela deve existir. Mas, muitas vezes, falta-lhe uma formalidade tal que a mutila, de sorte que a desfiguração equivale à sua própria ausência. Assim, uma sentença sem motivação; quando houver contradição entre o decisum, isto é, a parte conclusiva da sentença e a motivação; a ausência de relatório; a falta de autenticação; a falta de fundamentação no aplicar a pena etc.

25. Ausência do recurso de oficio, nos casos em que a lei o tenha estabelecido

N) 0 recurso de oficio, nos casos em que a lei o tenha estabelecido.

0 recurso de ofício, ou necessário, é aquele cuja interposição é exigida pela lei. Deve, pois, o Juiz, nos casos previstos em lei, ao final da sua decisão, dizer: "Desta decisão recorro ex officio". Os autos não devem subir de imediato à instância superior. Aguarda-se eventual recurso voluntário, para, em seguida, com este, ou sem este, fazer-se a remessa ao Tribunal. No Processo Penal, o recurso necessário é previs

to nos seguintes casos: a) da decisão que concede habeas corpus (art.

574, 1); b) da decisão que absolve o réu, nos termos do art. 411 do CPP

(art. 574, 11); c) da

decisão que concede a reabilitação (art. 746); d) das decisões que acolherem pedido de arquivamento de inquérito ou peças de informação, nos crimes contra a saúde

pública ou contra a economia popular (Lei n. 1.521, de 26-12-195 1, art.

7.'); e) das decisões que absolverem o réu, nos crimes contra a economia popular ou contra a

saúde pública (Lei n. 1.521, de 26-12~1951, art. 7.0).

Não havendo recurso necessário, mas sim o voluntário, supre-se a omissão.

E a razão é óbvia: o que a lei quer e deseja é, nesses casos, o absoluto respeito ao

duplo grau de jurisdição. Diz-se, até, que, nessas hipóteses, há um gravame

presumido. Assim, havendo o recurso voluntário, satisfeita ficará a vontade do legislador.

Mas, se não houver nem um nem outro, não será, só por isso, nula a sentença e, muito menos, o processo. Apenas a decisão não transita em julgado, e, assim, os

efeitos que ela produz, sejam principais, sejam secundários, não adquirem a qualidade de imutabilidade. Daí a Excelsa Corte ter proclamado, na Súmula 423: "Não

transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege".

26. A falta de intimação, nas condições estabelecidas na lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso 0) A intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso.

Intimação é a ciência que se dá às partes a respeito de um ato já realizado. Intima-se o réu de uma sentença; intimam-se as partes de um despacho etc. Grosso

modo, as intimações se fazem, nos termos do art. 370 do CPP, da mesma maneira estabelecida para as citações. Quando se tratar de despacho ou decisão que comporte

recurso, é indispensável a intimação das partes, i. c., é indispensável que as partes tenham ciência do respectivo ato, tal como previsto no art.

798, § 5.', a, b e c, do

CPP. Normalmente, os prazos recursaís começam a ser contados, respeitado o princípio de que dies a quo non computatur (CPP, art. 798, § 1 .') e o da Súmula 3 10, a

partir do momento em que a parte toma ciência inequívoca do ato jurisdicional. Às vezes, contudo, há exceções. Assim, por exemplo, por expressa determinação da

lei, o prazo para o assistente interpor recurso de apelação passa a fluir do instante em que

e

se escoar o prazo para o Ministério Público recorrer, consoante a regra prevista no parágrafo único do art. 598 do CPP. Muito elucidativa, também, a Súmula 448: "0

prazo para o assistente recorrer supletivamente começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público". Nada obstante, a Excelsa Corte,

posteriormente, em dois arestos, reviu o preceito sumular e estabeleceu que, se o ofendido ja

estiver habilitado como assistente, o prazo recursal passa a fluir a partir da intimação, consoante a regra do art. 391 do CPP (cf. RT1, 68/604 e 73/321).

Em se tratando de intimação ao Ministério Público, não havendo nenhuma certidão do Escrivão em antagonismo à data aposta pelo Representante do Ministério

Público, evidentemente que o prazo recursal passa a fluir a partir daquela data aposta pelo Ministério Público.

Havendo apenas o ciente, sem a data, é curial deva prevalecer a data consignada na certidão. E se houver discrepância entre a data do ciente e a data consignada

na certidão? A princípio, alguns arestos do Excelso Pretório davam prevalência à data registrada pelo Representante do Ministério Público (cf. DJU, 13-10-1975, p.

7384, e DJU, L'10-1976, p. 8539). Entretanto, em decisões posteriores, o STF tem entendido que os prazos para recursos correm da intimação certificada nos autos

pelo Escrivão, inclusive para o Ministério Público, independentemente da aposição da nota de ciente (cf. Recurso Crinúnal n. 89.219, DJU, 23-3-1979, p.

2103, e RTJ, 89/310).

Em se tratando de intimação feita ao réu, apesar das regras constantes do art. 392 do CPP, o STF entende, com toda a razão: a) estando o réu preso, além de a

intimação ser-lhe feita pessoalmente, não se prescinde da intimação do seu advogado, dativo ou constituído (cf. RT1, 801497 e 89/814). No mesmo sentido, RT, 528/380. Mais ainda: a intimação do defensor deverá

serposterior àquelafeita ao réu. Sefeita com anterioridade, urge renová-

la, para fluir o prazo recursal (cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo,

44149, 451273, 601287, 581199, 441104, 541308, 56/395). Mesmo que esteja ele em liberdade,

sua intimação não dispensa a do seu defensor, constituído ou dativo.

As demais hipóteses previstas no art. 392 não oferecem maior dificuldade.

Entendemos, contudo, que, em se cuidando de sentença condenatória, mesmo que o

réu tenha sido intimado pessoalmente, dever-se-á, também, intimar o defensor. Mesmo nas hipóteses de intimaçãoedital. Do contrário, não haveria aquela ampla defesa

de que trata a Magna Carta. Mais ainda: a intimação do Defensor deverá ser feita

posteriormente. Neste sentido, RT, 528/379, e Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 53/296, 59157, 57136, 55/30, entre outros.

Cumpre adiantar que, em se tratando de decisão proferida pelos órgãos de segundo grau, a intimação se faz com a publicação da conclusão do acórdão na

imprensa oficial (cf. STF, RT1, 651646).

Se a Constituição consagra o duplo grau de jurisdição e se os recursos são os

meios necessários para a sua realização, natural, pois, devam as partes ser intimadas

de todas as decisões ou despachos que comportem recurso. Ademais, proclama a Constituição que a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela

inerentes. Assim, no que respeita aos réus, não faz sentido intimá-los, fazendo-se abstração da figura do seu defensor, porquanto é este quem lhes presta assistência

técnico-jurídica. De nada valerá, também, intimar-se o defensor por primeiro... Quando tal acontecer, dever-se-á renovar a intimação, e, a partir de então, começará o

prazo. A inobservância dessa regra elementar pode acarretar funestas conseqüências.

27. A falta de "quorum" nos julgamentos levados a cabo pelo STF e Uibunais de Justiça

P) No STF e nos Tribunais de Apelação, o "quorum " legal para o julgamento.

Quando da elaboração do Código, não havia Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais

Eleitorais e Tribunais de Alçada. Por outro lado, os atuais Tribunais de Justiça eram denominados Tribunais de Apelação.

0 preceito, pois, refere-se a todos eles.

Quorum, aí, é o número mínimo de Juízes presentes exigido por lei (normalmente pelo regimento interno do respectivo Tribunal) para que o órgão coletivo

funcione.

Não havendo número legal, se o julgamento vier a realizar-se, haverá nulidade. Assim, por exemplo, o art. 143 do Regimento Interno do STF

dispõe que "o

Plenário se reúne com a presença mínima de 6 Ministros e é dirigido pelo Presidente do Tribunal". No art. 147 dispõe: "As Turmas reúnem-se com a presença, pelo

menos, de 3 Ministros".

0 art. 172 do Regimento Interno do STJ dispõe que a Corte Especial se reúne com a maioria absoluta dos seus membros. Idem em se tratando das Seções (art. 176), e presença de, pelo menos, 3 Ministros.

, quanto às Turmas, reúnem-se com a

Os demais Tribunais, em seus Regimentos Internos, fixam o res~ pectivo quorum do plenário, das Turmas, das Câmaras. Às vezes a lei prefixa esse número, de

que é exemplo o art. 615 do CPP.

28. Nulidades absolutas e relativas no CPP

ì as

0 nosso CPP, ao empregar a expressão nulidade no art. 564, quis, preferentemente, fazer alusão à relação processual e não ao ato processual. Observe-se que o

art. 564 diz que haverá nulidade se faltar uma das fórmulas ou termos elencados no seu ínc. 111. Se haverá nulidade em face da omissão do ato, a nulidade não é deste,

mas do procedimen~ to, da relação processual. A fórmula ou o termo é importante para a relação processual. Inexistindo, a relação se torna inválida. Às vezes,

refere-se ao ato ou à própria relação processual. É o que se dá com as decisões proferidas por juiz incompetente, subornado ou suspeito, ou, então, quando o ato de

iniciativa do processo (denúncia ou queixa) é praticado por quem não tenha legitimidade para tanto. Nesse caso, descoberto de imediato, anula-se apenas o ato. Se

posteriormente, toda a relação processual.

Para o Código, haverá nulidade absoluta da relação processual se ausente uma daquelas fórmulas ou termos elencados no inc. 111 do art. 564 do CPP.

Fórmula

está empregada no sentido de regra, e termo, no sentido de ato. Faltando uma daquelas regras (quorum nas sessões dos Tribunais, p. ex.), ou ausente um daqueles atos

ali definidos (exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio), a relação processual poderá ser anulada, mesmo porque a nulidade, na hipótese, não admite

sanatória. E pelo fato de não admitir sanatória é que se diz absoluta.

Indaga-se: todas aquelas "fórmulas" ou "termos" descritos no inc. 111 do art. 564 do CPP são tão essenciais que a sua ausência poderá carretar a nulidade da

relação processual? Não. 0 próprio Código estabeleceu as exceções. Assim, as "fórmulas" ou "termos" descritos nas letras V e e, segunda parte, g e V do inc. 111 do

art. 564, embora estruturais da relação processual, sua ausência não implica necessariamente a nulidade da relaçao processual. E porque não implica necessariamente a

nulidade, diz-se serem elas relativas. Se sanadas, validam a relaÇão. Se não, não. E a nulidade da relação processual em face da ornis são de uma daquelas "fórmulas" ou "termos" pode ser sanada? Sim. Di-lo o art. 572 do CPP-Assim, por exemplo, se o órgão do Ministério Público, numa ação privada subsidiária da pública, não participou da tomada do depoimento de uma testemunha,

haverá nulidade? Em princípio, sim, em face do disposto na segunda parte da

letra d do inc. 111 do art. 564 do CPP. Será absoluta? Não. E não é pelo simples fato de

admitir uma sanatória, nos termos do art. 572. Indaga-se: aquela omissão foi argüida no momento oportuno? (CPP, art. 571). Foi. Constatou-se algum prejuízo para a

acusação ou para a defesa? Sim. Anula-se. Em caso negativo, não. Aplica-se, pois, a regra do art. 563, que é a viga mestra em matéria de nulidade. Mesmo que se diga tenha havido prejuízo, porque o Ministério Público tinha perguntas

importantes a formular, se aquele depoimento não exerceu nenhuma influência na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial, com ou sem as perguntas

que deixaram de ser formuladas, também não haverá nulidade, em face do art. 565 do CPP.

Se a argüição não se fizer no momento oportuno (veja-se o art. 571 do CPP), a "nulidade" estará sanada. Relativa, pois.

Pode-se, pois, falar em nulidade absoluta, seja da relação processual, seja do próprio ato, conforme o caso, quando a omissão ou o vício do ato estiver previsto

no art. 564, 1, 11 e 111, do CPP, com exceção, apenas, daqueles previstos nas letras V e e, segunda parte, g e V.

Por força de compreensão, nulidade absoluta também haverá nas hipóteses de impedimento ou incompatibilidade do Juiz. Se a suspeição é motivo de nulidade,

com muito mais razão o impedimento e a incompatibilidade, mesmo porque estas privam o juiz da jurisdição.

Diz-se que, nestas hipóteses, as nulidades são absolutas porquanto não admitem sanabilidade. Pelo menos no estatuto processual penal não há qualquer sanatória

para elas.

Já os atos referidos nas letras d (segunda parte), e (segunda parte), g e h do inc. 111 do art. 564 do CPP são de nulidade relativa. Bem assim a nulidade referida

no inc. IV do art. 564. É que, nestas hipóteses, existe a vis sanatrix traçada no art. 572, 1, 11 e 111, do CPP, combinado com o art. 570 do mesmo estatuto.

Na hipótese da letra e (primeira parte) do inc. 111 do art. 564, se faltar a citação, ou se esta for feita irregularmente, mas... se o réu comparecer antes de o ato

consumar-se, a nulidade ficará sanada, nos termos do art. 570 do CPR

Sanada também ficará a nulidade, nos termos do art. 570, se as hipóteses forem as previstas nas letras g e h do referido inc. 111 do art. 564.

As nulidades referidas na letra d (segunda parte) do inc. 111 do art. 564

e no inc. IV do mesmo artigo ficarão sanadas: a) se não forem argüidas naqueles

momentos referidos no art. 571; b) se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; c) se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos,

Embora o art. 572 do CPP silencie, é relativa a nulidade a que se refere a alínea n do inc. 111 do art. 564.

Em se tratando de ilegitimidade do representante da parte, também é relativa a nulidade, em face da sanatória prevista no art. 568 do CPP.

Quanto à nulidade de que trata a letra a do inc. 111 do art. 564, não se pode negar que a falta, tal como diz a lei, desses atos de iniciativa constitui mais que

nulidade absoluta. É um não-ato e nem sequer poderá ser coberto com a coisa julgada. Nem precisará a falta. Poderá ser coberto pela coisa julgada um processo cuja

denúncia não contenha a imputação fática? À evidência, não.

É verdade que o art. 569 do CPP dispõe que "As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contraven-

ções penais poderão ser supridas a todo o tempo Essas

omissões de-

vem dizer respeito a certas circunstâncias como local, data, nome correto da vítima ou do réu. Se por acaso houver algum partícipe não incluído na denúncia, possível será o aditamento, mas, nesse caso, cumprirá ao Juiz in

terrogá-lo e ouvir as testemunhas, pois a rigor surgiu um novo processo...

Observe-se que tal dispositivo sofreu profunda alteração introduzida pela Constituição de 1988, no seu art. 129, 1. Nas contravenções, homicídio e lesões

culposas, a ação é pública; logo, o ato de iniciativa é a denúncia. Desse modo, devemos hoje ler o art. 569 do CPP como se estivesse assim: "As omissões da denúncia,

queixa, ou da representação, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final".

Ninguém ousará afirmar que uma denúncia sem conter a imputação fática possa ser corrigida na fase das alegações finais, como permitido pelo art. 569 do CPP..

Evidente, pois, que tal dispositivo permite sejam supridas omissões de formalidades daquelas peças referidas na letra a, dês que não lhes sejam essenciais.

De qualquer forma, como o legislador cuidou da ausência de qualquer das peças citadas na letra a como nulidade, temos, então, que a falta da denúncia, queixa

etc. constitui nulidade absoluta...

Em se tratando de incompetência relativa, os atos instrutórios permanecem válidos. Anulam-se, apenas, os decisórios, como se depreende do art. 567

do CPP.

Se a nulidade (motivo que torna o ato defeituoso) puder ser sanada, ela se diz relativa. Se não, absoluta.

Vimos que o nosso CPP não faz distinção entre ato inexistente e ato nulo. Mas insistimos: em determinadas hipóteses, temos de falar mesmo em inexistência. De fato. Se houver omissão de ato para a existência da relação processual, haverá um não-processo, um não-ato, e, como bem diz Tornaghi, não se valida o que não existe (cf. A relação processual penal, Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, s. d., p. 14 1). No mesmo

sentido o ensinamento de Florian: "Para que el acto procesal pueda ser anulado es necesario que exista.. * " (Elementos, cit., p. 119). Assim, au

sente o ato necessário à válida formação da relação processual, haverá um não-processo, e, de conseguinte, a decisão não pode ser coberta pela coisa julgada, porque esta é própria do processo, e, como diz Couture, 44sin proceso no hay cosa juzgada" (Fundamentos, cit., p. 41 l).

Ora, se falta um pressuposto para a existência da relação processual, estamos em face de um não-processo, e, por isso mesmo, não pode haver coisa julgada.

Pense-se numa sentença proferida por alguém desvestido de Poder Jurisdicional; imagine-se um processo sem o ato inaugural (falta de denúncia ou queixa); pense-se

num processo cujo ato de iniciativa foi praticado por quem não tinha capacidade para praticá-lo.

Em todas essas hipóteses não poderá haver coisa julgada, simplesmente porque não existiu o processo, mas sim uma farsa, pantomima, embuste...

Entendemos, inclusive, que nas hipóteses de incompetência absoluta (ratione materiae e ratione personae), quando o caso for excêntrico, estapafÚrdico, não

poderá, também, haver coisa julgada. Assim, se um Juiz de Direito condena ou absolve um General por crime militar, eventual trânsito em julgado impedirá que

amanhã o Procurador-Geral da Justiça Militar da União ofereça contra ele, pelo mesmo fato, a competente denúncia perante o Superior Tribunal Militar? Se um

Promotor de Justiça ofertar denúncia contra um Desembargador e advindo decisão absolutória, mesmo preclusas as vias impugnativas, ficará o Procurador-

Geral da República impossibilitado de denunciá-lo perante o STJ pelo mesmo fato? Se um

Juiz da Vara Cível proferir sentença penal absolutória, poderá ser formada a coisa julgada?

Além do mais, e principalmente, é de observar que nos termos do art. 5.0, LIII, da CF, "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade

competente". A violação do princípio do juiz natural tornaria imprestáveis o processo e o julgamento.

É claro que a resposta negativa, em todas essas hipóteses, se impõe. Nos casos de incompetência ratione personae, poder-se-á dizer, inclusive, inexistir

capacidade da pessoa que formulou o pedido, e, desse modo, estaríamos na área dos pressupostos de existência. Nos casos de incompetência ratione materiae, não

obstante a jurisprudência entenda tratar-se de nulidade absoluta, estamos que se trata de inexistência, pois, conforme magistério de E Hélíe, onde não há jurisdição não

pode haver julgamento, e o ato, quaisquer que sejam os seus característicos e finalidade, é considerado não existente (cf. Faustin Hélie, apud Frederico Marques, Da

competência em matéria penal, Saraiva, 1953, p. 307). E há falta de jurisdição quando uma categoria de Juízes e Tribunais decide de causa afeta a outra categoria (cf.

Frederico Marques, Da competência, cit., p. 307).

29. Momento para a argüição da nulidade

Tratando-se de nulidade atinente a atos acidentais, ou não essenciais, sua preterição deverá ser argüida na oportunidade do art. 571 do CPP.

Mesmo argüida,

indagar-se-á: sua omissão ou vício causou prejuízo a acusação ou à defesa? Implicou prejuízo à apuração da verdade substancial ou à decisão da causa? Se negativas as

respostas, não se anula o ato: utile per inutile non vitiatur (não se anula o útil pelo inútil).

Se a nulidade for uma daquelas referidas no art. 572 do CPP, o momento próprio para a sua argüição vem fixado, também, no art. 5 7 1. Mesmo que o tenha

sido, não haverá nulidade "se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim" ou "se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos".

Se a nulidade for absoluta, não obstante deva ser levantada num daqueles instantes fixados no art. 571 (por questão de economia pro cessual), nada impede que o seja em qualquer outro momento, salvo se ficarem preclusas as vias impugnativas e a decisão for absolutória.

Entretanto, se condenatória,

ainda será possível a argüição, seja por meio da revisão, seja pelo habeas corpus.

Enfim: se se tratar de nulidade absoluta (cujo prejuízo é presumido), poderá ser argüida fora daqueles momentos referidos no art. 57 1. E, se a decisão for

condenatória, nem mesmo o trânsito eirijulgado impedirá sua argüição, seja por meio de habeas corpus - art. 648, VI, do CPP -, seja pela via revisional (CPP, art.

626). Não assim se houver sentença absolutória, diante da proibição, entre nós, da revisão pro societate.

Poderá o Tribunal, em grau de apelação, decretar a nulidade? Se houver argüição pelo apelante, nada obsta. E se não houver? Pelo princípio devolutivo que

informa os recursos, notadamente o de apelação,

• lógico seria permitir-se, pois, conforme ponderação de Calamandrei,

• juízo da apelação deve ter a mesma liberdade e amplitude de decisão

conferidas ao juízo de primeiro grau, perante ambas as partes, não podendo ele se encontrar, em

face de controvérsia em condição diversa da que se encontrava o juízo de primeiro grau, pois, do contrário, não haveria efeito devolutivo (cf.

Studi sul processo civile,

v. 3, p. 43-53).

Sem embargo, o Excelso Pretório estabeleceu na Súmula 160: "É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da

acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".

Daí se infere: a) se o recurso for do réu, ainda que não se argila a nulidade, pode o Tribunal conhecê-la; b) se o recurso for necessário, nada o impedirá também.

Talvez o entendimento da Suprema Corte derive da circunstância de o nosso Código, expressamente, proibir a refôrmatio in pejus, e, assim, tendo sido o réu

absolvido, ou mesmo condenado a uma pena insignificante, o conhecimento ex officio da nulidade poderia prejudicá-lo.

Entendemos, contudo, em homenagem ao direito de defesa, que, se o Tribunal se inclinar pelo provimento do recurso da acusação, em vez de fazê-lo,

cumprir-lhe-á, antes, decretar a nulidade, embora não argüida. Neste caso, pensamos, o espírito

princípio do favor rei, será observado.

da súmula, respaldado no

A Stimula 160 surgiu não apenas em decorrência do princípio do favor rei, mas, também, para jugular abusos de alguns Tribunais que, sem provocação e

querendo exercer um certo controle dos atos

jurisdicionais, anulavam processos embasados em pequenas irregularidades ou

vícios de atos não essenciais.

Valendo-nos de uma passagem de Florian, podemos traduzir o espírito sumular: as nulidades referentes a atos de maior significação devem ser conhecidas, com

ou sem provocação da parte; as que digam respeito aos demais atos devem ficar subordinadas à impugnação da parte interessada (cf. Elementos, cit., p. 125).

Se cabe ao órgão Jurisdicional. prover à regularidade do processo de molde a propiciar-lhe o exame de mérito, é induvidoso que, se o ato essencial foi omitido,

ou, então, praticado com flagrante desrespeito à sua tipicidade, nada obsta que o Tribunal, ex officio, venha a proclamar-lhe a nulidade.

30. Poderá 0 Juiz, sem provocação, conhecer da nulidade?

Seja qual for a imperfeição do ato (nulidade absoluta, nulidade relativa ou simples irregularidade), deve o Juiz, dele tomando conhecimento, determinar as

diligencias necessarias, visando a afastar do processo as impurezas, escoimando-o, limpando-o, sanando-o.

E dever do Magistrado prover à regularidade do processo, di-lo o art. 251

do estatuto processual penal, e, desse modo, seja qual for a irregularidade encontrada,

cumpre-lhe proclarná-la, tomando, de imediato, as providências necessarias para a eliminação do ato defeituoso, quer determinando sua renovação, quer a retificação,

nos termos do art. 573 do CPP, sem olvidar o princípio da causalidade (art. 573, §§ 1.' e 2.').

Não deverá ele, contudo, perder de vista, em face do princípio da economia processual, a regra segundo a qual "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade

não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa", bem como a de que "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuraçao da

verdade substancial ou na decisão da causa" (cf. CPP, arts. 563 e 566), aplicando a velha parêmia utile per inutile non viciatur...

Bem claro, a respeito, os arts. 502 e 538 do CPP. Verbis: "Art. 502.

Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao Juiz, que,

dentro em cinco dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade..." (grifos nossos). "Art. 538. Após o tríduo para a defesa, os autos serão conclusos ao

Juiz, que, depois de sanadas as nulidades .....

31. Quem pode argüir a nulidade?

Qualquer das partes formais (Ministério Público, querelante, defensor).

Poderá fazê-lo, também, o assistente de acusação. 0 órgão do Ministério Público, ainda que funcionando apenas como custos legis, poderá fazê-lo.

Se a nulidade for absoluta, a qualquer momento, mesmo em grau de recurso.

Se da nulidade advier prejuízo à defesa, mesmo preclusas as vias impugnativas, em face do princípio do favor libertatis, ainda será lícito invocá-la, seja por meio de habeas corpus, seja pela revisão criminal.

Todavia urge anotar que este poder conferido às partes para impugnar o ato fica subordinado a tríplice condição:

a) que a parte argüente não tenha dado causa à nulidade; b) que a parte argüente não tenha concorrido para a imperfeição do ato, cuja imprestabilidade proclama;

c) que a parte argüente tenha interesse na observância da formalidade preterida.

Bem claro, a respeito, o art. 565 do CPP:

"Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

t a mesina redaqáo do § U' do art. 187 do Codice di Procedura Penale de 1930: 'Il pubblico ministero e le altri parti non possono opporre la nullità alle quali hanno dato o sono concorsi a dar causa o relative a disposizioni alla cui osservanza non hanno interesse".

Se a parte deu causa à nulidade ou para ela concorreu, seria profundamente imoral pudesse ela beneficiar-se com a própria torpeza. Daí dizer Carrielutti que tal proibição encontra seu fundamento no princípio maliffis non est indulgendum e, assim, na repressão à fraude (cf. Lecciones, cit., v. 3, p. 200). Borges da Rosa, por seu turno, arremata: "Permitir que a parte tirasse proveito da violação da lei, por si praticada, seria premiar a infração legal e estimular a prática de outras. Além disto se favoreceria a má fé e a esperteza, coisas que uma boa lei processual deve evitar a todo custo" (Processo penal brasileiro, Porto Alegre, Globo, 1942, v. 3, p. 388).

E segundo o mestre gaúcho a proibição do art. 565 assenta nas velhas máximas: Nemo de ímprobítate sua consequítur actionem e Nemo ex dolo suo lucrentur (cf. Processo, cít., p. 388).

Assim, se o reu menor de 21 anos, quando do interrogatório, alega ter 23

anos, declinando dia, mês e ano do nascimento, não poderá mais tarde, ante eventual sentença condenatória, argüir a nulidade consistente na falta de curador pelo fato de, realmente, ser menor de 21... Se o Promotor de Justiça, no libelo, arrolou 8 testemunhas e, em plenário, todas elas foram ouvidas, advindo uma decisão absolutória, não poderá ele invocar aquela nulidade...

32. Modos de sanabilidade

Tratando-se de nulidade relativa atinente, a atos não essenciais ou mesmo àqueles elencados no art. 572, dá-se o convalescimento: a) pela não-arguição oportuno tempore (art. 57 1); b) se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os

seus efeitos; c) se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim (art. 572).

A regra do art. 572 do CPP, obviamente, não se aplica apenas aos casos que enumera. Por extensão, também aos atos acidentais. Se um ato considerado essencial, como o previsto na letra h do ine.

111 do art. 564, é sanável se, praticado por outra forma, houver a consecução de sua finalidade (art. 572, 11), quanto mais em se tratando de ato acidental ou secundário.

Para alguns atos essenciais, há formas especiais de sanabilidade. Assim, na hipótese de ilegitimidade do representante da parte, sana-se a nulidade com a ratificação dos atos praticados nos termos do art. 568; no caso de omissões da denúncia, queixa, representação, ou mesmo da portaria ou do auto de prisão em flagrante (quando o processo for instaurado por meio deles), admite-se, no art. 569, a sariabilidade, preenchendo-se a lacuna, a qualquer tempo, antes da sentença final. Evidente que

a omissão a que se refere o art. 569 deve dizer respeito a circunstâncias secundárias, tais como, exemplificando, dia, hora e local do crime. Se a ornissão, por exemplo, for de um delito conexo, ou de um co-autor, nada obsta se preencha a lacuna mediante aditamento, dependendo, já

agora, da fase procedimental. Pode ocorrer que, na fase das alegações, o Promotor venha a observar que omitiu na peça acusatória o co-autor. Neste caso, cumprir-lhe-á fazer um aditamento, devendo o Juiz, caso venha a recebê-lo, anular o processo a partir do interrogatório, possibilitando-lhe fazer perguntas ao primeiro réu sobre a conduta do co-réu. Outra nulidade que admite forma especial de convalescimento é a pertinente à citação e intimação. Observe-se a regra do art. 570. Em se tratando de incompetência relativa, nos termos e na forma do art. 567.

Se não ocorrer a sanabilidade por uma das formas apontadas, cumpre ao Juiz determinar seja o ato renovado ou, então, simplesmente retificado, isto é, corrigido, emendado. Assim, por exemplo, se o Juiz observa que a precatória foi cumprida sem que o réu houvesse sido intimado, será ela renovada. Se o Juiz observar que a parte não assinou o termo de audiência, determinará se proceda à

sua regularização, isto é, retificação, tudo nos termos do art. 573 do CPP.

Cumpre ao Juiz, por outro lado, ao decretar a nulidade, tendo em vista o princípio da causalidade, observar quais os atos que ficaram contaminados em face da nulidade e estender-lhes a ineficácia.

33. Pode haver nulidade em inquerito?

Este é peça meramente informativa e, por isso, não há cuidar-se de nulidade. Se o Promotor pode ofertar denúncia sem inquérito, é induvidoso não ser ele instrumento imprescindível à instauração do processo. E quando a denúncia ou queixa respaldar-se num inquérito, o que constitui, praticamente, regra? Possível irregularidade do inquérito não pode contaminar o processo; nem mesmo desrespeito a formalidade legal.

Contudo, quando determinado ato houver sido realizado durante o inquérito policial, com manifesta preterição de formalidade, de molde a desnaturá-

lo, ou, então, se houver omissão do próprio ato, o que o Juiz pode fazer, ante a projeção da relevância do ato sobre o processo, é determinar sua retificação ou renovação, se possível. Não o sendo, aquele vício poderá contagiar todo o processo. Veja-se, como exemplo, a omissão de exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos crimes que deixam vestígios. Se estes ainda subsistirem, far-se-á o exame. Muitas vezes o exame foi feito por um só louvado, e, se este for inoficial, segundo o entendimento do STF, haverá nulidade... mas sanável nos termos do art. 572, 1, combinado com o art.

564, IV, todos do CPP E se o exame não foi feito e não puder mais sê-lo? Nesta hipótese, a ausência daquele ato ou sua atipicidade (exame feito por um só perito inoficial), terá notável projeção sobre o processo, em face do art. 564, 111, b, do CPP.

Mas, se porventura o interrogatório do indiciado não obedeceu às prescrições legais, se o indiciado não foi ouvido na Polícia, embora pudesse sê-lo, se a Autoridade Policial não tinha atribuições, rafione loci, para a realização do inquérito etc., tudo é irrelevante.

Certo que, muitas vezes, o Juiz se louva também nas provas colhidas na fase pré-

1

processual, e, por isso, devem asAutoridades Policiais obedecer às formas, quer ad solemnitatem, quer adprobationem.

A obediência às formas, entretanto, é de suma importância nos casos de prisão em flagrante. Inobservado o requisito legal, o auto, como peça coercitiva, fica desnaturado. Outras vezes, para efeito de decretação de prisão preventiva. Cremos não poder o Juiz arrimar-se num inquérito em que não se observaram as prescrições legais para fazer expedir um mandado de prisão. Suponha-se um inquérito em que o exame de corpo de delito tenha sido feito por um só expertus inoficíal, o auto de interrogatório desfalcado das assinaturas das duas testemunhas (CPP, art. 6.0, I). Poderia, nesses casos, o Magistrado tomar uma atitude drástica contra o indícíado, decretando-lhe a prisão provisória? Não cremos. Faltando seriedade nos autos do inquérito, não pode o Juiz nele embasar-se para prolatar uma decisão de tão graves conseqüências.

capítulo 39

0,

~41

1

Da Citaçao, Notificaçao e

Infimaçao

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. Conceito. 3. órgãos da citação. 4.

Vinculação à instância. Haverá necessidade de se proceder à citação na execução? 5. Quem pode ser citado. 6. Citação de incapazes.

7. A citaçao como garantia individual. 8. Pode o réu ser cientificado da acusação, antes da citação? 9. Conseqüências do não-atendimento à citação. 10. Efeitos da citação válida. 11. Espécies de citação. 12.

Citação por mandado. Requisitos intrínsecos e extrínsecos. 13. Citação por meio

de carta precatória. 14. Pode o réu ser ouvido no juízo deprecado? 15. Precatória por telegrama. 16. E possível a precatória por telefone? 17. Citação do militar. 18. Citação do funcionário público.

19. Citação do preso. 20. Réu que se encontra no estrangeiro. Como se procede à citação. A rogatória. Haverá necessidade de legalização consular? 0 art. 2 10 do CPC. 21. Citação em legações estrangeiras. 22. A carta de ordem. 23. Citação ficta. Conceito. 24.

Citação ficta. Crítica. 25. As hipóteses em que se permite a citatio edictafis. 26. Se o réu não for encontrado. 27. Quando o réu se oculta.

28. Quando o lugar em que estiver o citando for inacessível. 29. Quando incerta a pessoa do citando. 30. Quando o réu se encontrar no estrangeiro, em lugar não sabido. 3 1. Como se procede à citação por edital? 32. Revelia. Hipóteses. Conseqüências. 33. Das notificações e intimações.

1

1. Considerações gerais

Segundo o Gênesis, após o pecado original, o Criador chamou o primeiro homem: Adam, ubi es? Teria, assim, naquele momento, nascido a citação, segundo

Afonso Fraga. Entre os romanos, mesmo no período das lecis actiones, os procedimentos se

iniciavam com a citação ao reu. Foi, entretanto, no período Justinianeu que a citação adquiriu contornos que a marcariam na legislação dos povos civilizados. A audiência inicial do réu é indispensável para legitimar o procedimento judicial.

Em Paris, Eduardo Couture, em conferência pronunciada na Faculdade de Direito, lembrou que a citação constitui uma das garantias individuais e, como tal, é

consagrada em várias Constituições.

2. Conceito

Para Espínola Filho, a citação é "o ato oficial pelo qual, no início da ação, se dá ciência ao acusado de que contra ele se movimenta essa ação, chamando-o a vir

ajuízo, ver-se processar e fazer a sua defesa" (Código, cit., v. 3, p.

527). Os praxistas definiam-na como o charnamento de alguém a juízo para dizer sobre a pretensão

do autor.

Citação é o ato processual pelo qual se leva ao conhecimento do réu a notícia de que contra ele foi recebida denúncia ou queixa, para que possa defender-se. Com

bastante acerto, ensina Walter P. Acosta que a citação não é apenas a comunicação feita ao réu de que contra ele se intentou a ação penal, mas sim, também, o primeiro

chamado que se lhe faz para vir ajuízo. Note-se que, no Processo Civil, pela citação, se dá notícia ao réu da ação contra ele intentada, a fim de que possa defender-se.

No Processo Penal, entretanto, por meio da citação se comunica ao réu que contra ele foi intentada ação penal e, ao mesmo tempo, é chamado a comparecer em juízo,

em dia e hora previamente designados, como se ve pelo art. 394 e inc. VI do art. 352, todos do CPP, podendo inclusive o Juiz determinar seja ele conduzido

coercitivamente à sua presença para ser interrogado, consoante o que dispõe o art. 260 do mesmo estatuto.

3. órgãos da citação

Normalmente, a citação é ato do Juiz. Este é quem determina se proceda à citação, e tal ato, de regra, é cumprido pelo Oficial de Justi-

ça. Casos há, todavia, em que a citação é cumprida por pessoa diversa.

Assim, quando se tratar de citação de militar, embora a ordem emane do Juiz, ela

é feita por

intermédio do chefe do respectivo serviço, segundo dispõe o art. 358.

Quando se tratar de citação que deva ser feita em legação estrangeira, observar-se-á o que dispõe

o art. 369.

4. Vinculação à instância. Haverá necessidade de se proceder à citação na execução?

1

Uma vez citado, fica o réu vinculado à instância, "corn todos os ônus daí decorrentes". Diga-se, de passagem, que a citação é feita apenas uma única vez. No

Processo Civil, ela se faz no processo de cognição e no de execução.

Assim, proposta a ação, é o réu citado. Proferida a sentença final, com trânsito em julgado,

começa a execução, e, então, nova citação se faz necessária, pois que o processo de execuçao constitui e informa uma nova relação processual.

No Processo Penal, entretanto, a execução não constitui uma nova instância, isto é, uma nova relação processual sucedendo à instância de condenação. A

pretensão deduzida na ação penal somente se realiza com o cumprimento da sentença condenatória, e, assim, uma vez proferida sentença condenatória, ou mesmo

absolutória com imposição de medida de segurança, segue-se a fase da execução, que, no Processo Penal, constitui um prolongamento da relação processual.

Repetimos: trata-se de nova fase, e não de nova relação processual. Por isso e que a citação, no Processo Penal, é feita uma só vez. Abre-se exceçao quando se

tratar de

pena de multa (art. 164 da LEP).

5. Quem pode ser citado

Quem pode ser citado? No Processo Penal, somente o sujeito passivo da pretensão punitiva é que pode ser citado. Ninguern mais. No Processo Civil, geralmente

é a pessoa contra quem se propõe a ação que o pode ser. As vezes, terceiros, inicialmente estranhos à relação processual, a ela, posteriormente, são arrastados e vêm

integrar a lide (pedido ou contestação). Ademais, permite o art. 215 do CPC se faça a citação "pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador

legalmente autorizado". No Processo Penal, Porém, só será válida a citação quando feita na própria pessoa do réu, salvante o caso de citação por edital, que é

permitida, como

exceção, em benefício dos altos interesses daAdministração da Justiça.

Mesmo no caso de ser proposta ação penal contra um menor de 21 anos, que, para o legislador

processual penal, é relativamente incapaz (e tanto o é que se lhe nomeia curador - v. arts. 194, 262, 449, 564, 111, c, última parte), a citação é feita em sua própria pessoa. Pelo menos o Código não diz, expressamente, deva o curador receber citação. Mas deve...

6. Citação de incapazes

Sem embargo de não haver na lei texto expresso, entendemos que exceções devem ser estabelecidas:

a) quando se tratar de réus doentes mentais;

b) quando se tratar de menor de 21 anos.

No primeiro caso, se o exame de insanidade foi positivo e realizado antes da citação, evidente que o réu já tinha curador nomeado pelo Juiz, tal como

determinam os §§ L" e 2." do art. 149 do CPP. Assim, sendo ele incapaz, evidente que a citação, sem embargo do silêncio do Código, será feita na pessoa do curador.

Se o Oficial de Justiça, ao fazer a citação, ficar sabendo tratar-se de doente mental, cumprir-lhe-á, no nosso entendimento, certificar, no verso do mandado, tal circunstância. Nesse caso, será solicitado exame de insanidade mental, quando, então, o Juiz lhe nomeará curador, e a este, pois, caberá receber a citação.

Tratando-se de réu menor de 21 anos, considera-o o Código relativamente incapaz. Pensamos, também, coerente com nosso ponto de vista, deva a citação ser

feita na sua pessoa e na do curador que lhe for nomeado. E certo que a nomeação de curador, de regra, é feita quando do interrogatório. Mas, pensamos, deverá o Juiz,

quando do recebimento da denúncia ou queixa, observar se se trata de réu menor, nomeando-lhe curador para o fim supracitado, sem embargo de, quando do

interrogatório, poder o réu indicar Advogado da sua confiança que, então, passará a exercer as funções de curador.

Reconhecemos que, na prática, a citação é feita na pessoa do próprio menor e, quando se trata de doente mental, ela o tem sido também (e não sabemos como) na

sua própria pessoa... Cremos que os familiares do réu é que acabam tomando conhecimento do fato e, quando pos~ sível, providenciam seu comparecimento em

juízo...

7. A citação como garantia individual

A citação é, como dizia Couture, garantia individual. Proclamando a Constituição que "aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa,

com os meios e recursos a ela inerentes" (CF, art. 5.0, I_V), evidentemente erigiu a citação à categoria de garantia individual.

Sendo a citação o ato pelo qual se leva ao conhecimento do réu a notícia de que contra ele foi instaurada ação penal, é claro que, se não houvesse tal

comunicação, de necessidade impostergável, não se estaria dando aos acusados aquela ampla defesa de que fala o texto constitucional. Além disso, sendo a instrução

criminal contraditória, a parte contrária deve ser ouvida - audiatur et altera pars -, e, para que possa ser ouvida, é indispensável seja chamada ajuízo, e isto se faz por

meio da citação.

A tal ponto chega a importância da citação, que o CPP fulmina de nulidade insanável a ausência de citação do réu para ver-se processar (cf. art.

564, 111, e, 1.a

parte). Assim, se não se procedeu à citação, o processo será inteiramente nulo a partir daquele ato, e, sendo manifestamente nulo, mesmo haja sentença com trânsito

em julgado, poderá ser desfeita a res judicata, seja por meio de habeas corpus, como o permite o art. 648, VI, do CPP, seja pela revisão.

E certo que, por outro lado, se a citação não existiu ou, se existiu, estava eivada de nulidade, suprida estará a falta do chamamento ajuízo, se, porventura, o réu,

espontaneamente, comparecer antes de o ato consumar-se, embora declarando que ali fora apenas argüir a ausência, ou irregularidade da citação. E a razão é

por

demais óbvia. 0 fim da citação foi alcançado. Importa saber, tão-só, o momento do comparecimento do réu. Se, por acaso, o Juiz reconhecer que a irregularidade

poderá prejudicar direito da parte, determinará o adiamento ou suspensão do ato, consoante prescreve o art. 570 do CPR

8. Pode o réu ser cientificado da acusação, antes da citação?

É certo que, às vezes, o réu toma conhecimento da imputação que lhe pesa antes de ser citado, e, a despeito de haver sido cientificado da acusação, a citação ainda

se torna indispensável. É o que ocorre, por exemplo, nos processos da competência originária dos Tribunais. De fato, nos termos do art. 4.' da Lei n. 8.038/90 c/c o art.

1.' da Lei n.

8.658/93, nos processos criminais da competência dos Tribunais (STF, STJ, TRE, TRF e Tribunais de Justiça), uma vez ofertada a denúncia ou queixa, o réu será notificado para responder à acusação no prazo de 15 dias. A notificação será instruída com cópia da denúncia ou queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

Apresentada a contestação, cumpre ao Tribunal proferir decisão recebendo ou rejeitando a peça acusatória. Nesse julgamento faculta-se sustentação oral pelo prazo de 15 minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

Nos crimes de responsabilidade de funcionário público da competência do Juiz singular, se afiançáveis (e todos são), antes de o Juiz receber a denúncia ou queixa, notificará o réu a contestar a acusação dentro em 15 dias, nos termos do art. 514 do CPP. Inicialmente houve entendimento de que a norma do art. 5 14 somente seria aplicável quando a denúncia ou queixa fosse instruída com documentos ou justificação referidos no art. 513 do estatuto processual penal. Atualmente, o STJ já firmou entendimento, em ambas as Turmas, no sentido de ser irrelevante, seja ou não a peça acusatória instruída com inquérito.

Também nos crimes de imprensa, o recebimento da denúncia ou queixa é precedido de notificação do réu para a contestação, no prazo de 5 dias, nos termos do § L" do art. 43 da Lei n. 5.250167.

9. Conseqüências do não-atendimento à citação

Uma vez citado o réu, fica ele vinculado à instância, "com todos os ônus daí decorrentes". Assim, se validamente citado deixar de comparecer ajuízo, o processo correrá à sua revelia, nos termos do art. 367. À sua revelia correrá o processo, também, se mudar de residência ou dela ausentar-se por mais de 8 dias, sem comunicar à autoridade processante o lugar onde passará a ser encontrado, tal como determina o art. 367. Por outro lado, uma vez citado e atendendo ao chamamento, terá ele ciência dos demais atos processuais que forem sendo realizados. Mas, se notificado para assistir à ouvida das testemunhas, por exemplo, desatende à notificação e não justifica o seu não-comparecimento, o processo correrá à sua revelia, como se infere do art. 367. Cabe ao Juiz apreciar a escusa apresentada pelo réu. Esta, de regra, deve ser feita antes da realização do ato, e, caso o Juiz a aceite, determinar-lhe-á o adiamento. Mas, dependendo do caso concreto, a escusa poderá ser apresentada após a realização do ato e, se aceita pelo Juiz, será ele renovado. Suponha-se que o réu, no dia em que deva comparecer ajuízo

para assistir à ouvida das testemunhas de acusação, sofra um acidente e não haja tempo nem possibilidade de se dar o aviso ao Juiz. Feita a justificativa, deverá este determinar nova data para a renovação daquele ato.

Note-se que, se o réu estava afiançado, as conseqüências serão mais graves, como se vê pelos arts. 327 e 328 do CPP, combinados com o art.

343 do mesmo estatuto.

10. Efeitos da citação válida

Quais os efeitos da citação válida? No Processo Civil, diz o respectivo Código que a citação válida previne a jurisdição, induz litispendência, torna a coisa litigiosa, constituí o devedor em mora e interrompe a prescrição. No Processo Penal ela apresenta apenas um efeito: a instauração da instância. Com a citação válida, diz Frederico Marques, estabelece-se a angularidade da relação

processual, surgindo, assim, a instância (cf. Elementos, cit., v. 2, p. 191).

É com a citação válida que se instaura a relação processual, pois, enquanto não citado valídamente, o réu não ficará sujeito àquela série de deveres e ônus processuais. Sabe-se que, na relação processual, as partes ficam sujeitas a uma série de deveres e ônus processuais. Pois bem: para que o réu se sujeite àqueles deveres e ônus, preciso se torna tenha sido citado regularmente. Se não o for, não se instaura com validez a relação processual, e, por isso mesmo, o processo estará manifestamente nulo, para não dizermos inexistente.

0 que torna a jurisdição preventa, no Processo Penal, ou é a distribuição (art. 75) ou a prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa, quando houver dois ou mais Juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, tal como vem expresso no art. 83 do CPP, Também não é a citação válida causa interruptiva da prescrição. 0 art.

117 do CP estabelece as causas que podem interromper a prescriÇão e, entre elas, não se encartou a citação válida. Aliás, diga-se de passagem, o simples ato do Juiz de receber a denúncia ou queixa já interrompe a prescrição.

11. Espécies de citação

A citação, no processo penal, pode ser real ou ficta.

Citação real, também chamada de pessoal ou in faciem, é aquela feita na própria pessoa do réu. Constitui a regra. A citação ficta é, em nosso direito, providência de exceção, somente admissível, de regra, depois de apurado que o réu se encontra em lugar incerto e não sabido. É feita por meio de editais. Contudo, não apresenta ela os mesmos efeitos que a citação pessoal, como veremos adiante.

A citação pessoal ou real pode ser concretizada por mandado, por precatória, carta rogatória, mediante requisição.

12. Citalfio por mandado. Requisitos intrínsecos e extrínsecos Estando o réu no território do Juiz processante, a citação é feita por mandado, salvo se ele se encontrar preso, estiver em legação estrangeira, em lugar não sabido ou for militar. Nesses casos, não poderá ser citado por mandado. De fato. Se preso

estiver, a citação farse-á mediante requisição; se, por exemplo, a comarca do Juiz processante for a cidade do Rio de Janeiro e o réu estiver em legação estrangeira, a citação far-se-á nos termos do art. 369; se, embora estando no Rio de Janeiro, não se souber o bairro, a rua e o número do prédio, será citado por edital. Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses e o réu se encontrar na comarca do juízo processante, a citação será feita por mandado. Este nada mais é do que uma ordem escrita, assinada pelo Juiz competente e que deve ser cumprida pelo Oficial de Justiça. Se a finalidade da citação é levar ao conhecimento do réu a notícia de que contra ele foi intentada ação penal, e se deve ele acudir ao chamamento para ver-se processar, deverá o mandado conter, como exige o art. 352, os seguintes requisitos: Intrínsecos

a) o nome do Juiz;

b) se a ação for iniciada por meio de queixa, o nome do querelante; c) o nome do réu, ou, se desconhecido, os seus sinais característicos; d) a residência do réu, se for conhecida;

e) o fim para que é feita a citação;

f) o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer; g) deve ser subscrita pelo escrivão e rubricada pelo Juiz.

Um mandado que não contenha a subscrição do escrivão e a rubrica do Juiz não tem valor e pode ser acoimado de apócrifo. Se não contiver o nome do réu, se não disser o fim para que é feita ou se não indicar o juízo e o lugar, o dia e a hora para o comparecimento daquele, evidente que a citação se torna nula, uma vez que omitida formalidade essencial ao ato.

Quando a lei diz dever o mandado conter "o fim para que é feita a citação", quer com isso dizer deva o mandado conter o teor da acusação.

Extrínsecos

De posse do mandado, cabe ao Oficial de Justiça ir à procura do reu, dentro dajurisdição do Juiz que determinou a expedição da ordem, e proceder à citação, onde quer que o encontre. Pouco importa, também, o dia e a hora. A citação tanto poderá ser feita num domingo corno a qualquer hora. A citação poderá ser

feita em qualquer dia e em qualquer lugar, respeitada apenas a inviolabilidade do domicílio.

Encontrando o réu, deverá o Oficial de Justiça proceder à leitura do mandado ao citando, entregar~lhe, a seguir, a contrafé, isto é, uma cópia do inteiro teor do mandado, por ele extraída e autenticada.

Feito isso, cumprirá ao Oficial, logo a seguir, certificar no verso ou ao pé do mandado que fez a entrega da contrafé, salientando se foi aceita ou recusada.

Tais formalidades extrínsecas são exigidas expressamente pelo art.

357 do CPR Se assim não se proceder, haverá nulidade do ato, por omissão de formalidade considerada essencial. Cumprindo o disposto no art. 357, o Oficial de Justiça entregará o mandado devidamente cumprido para ser juntado aos autos.

13. Citação por meio de carta precatOria

Se, por acaso, o citando estiver no território nacional, mas fora do território jurisdicional do Juiz processante, a citação se fará, nos termos do art. 353, por precatória. Bem entendido: é preciso que o réu se encontre fora da comarca do juízo processante, mas em lugar certo e

sabido. Assim, se o processo estiver correndo em Bauru e o réu se encontrar eni São Paulo, não se sabendo em que bairro, rua e número do prédio, evidentemente que a precatória não poderia ser cumprida... Se, entretanto, o lugar for certo e sabido ou, mesmo não sabido, mas se se tratar

de lugar pequeno e onde se presuma seja a pessoa do citando por de1111ais conhecida, a citação deverá ser feita por precatória. A precatória, em regra, é expedida sob a forma de carta, e daí a denominação que se lhe dá de "carta precatória". Deverá esta conter a indicação do Juiz deprecante (o que solicita), do Juiz deprecado (aquele a quem se pede), a indicação da sede da jurisdição de um e do outro, o nome do querelante, se se tratar de ação iniciada por queixa, o nome do réu, ou, se desconhecido, seus sinais característicos, a residência, se for conhecida, o fim para que é feita a citação, a indicação do juízo, do lugar, do dia e da hora em que o réu deverá comparecer. Finalmente, deverá conter a

subscrição do escrivão e a rubrica do Juiz deprecante, isto é, do Juiz que determinou a expedição da precatória.

Recebendo-a, o Juiz deprecado dará o seguinte despacho: "cumpra-se".

Cumprirá, então, ao escrivão expedir o mandado, com aqueles requisitos que se vêem no art. 352, entregando-o ao Oficial de Justiça para o devido cumprimento. Uma vez cumprida, a carta precatória será devolvida ao Juiz deprecante.

Pode acontecer, durante o cumprimento da precatória, uma vez expedido o mandado pelo Juiz deprecado, certifique o Oficial de Justiça que o citando não se encontra naquela comarca, mas sim em outra (sujeita à jurisdição de outro Juiz). Nesse caso, cumprirá ao Juiz deprecado remeter a precatória ao Juiz da comarca onde se encontra aquele para cumprimento da diligência, desde que haja tempo para fazer-se a citação. Já vimos que, com a citação, não apenas se comunica ao réu que contra ele foi intentada ação penal, como também é ele chamado a comparecer ajuízo para ser interrogado. Por isso, o inc. VI do art. 352 exige deva o mandado conter "o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer". Pois bem: se o dia designado para o seu comparecimento for, digamos, 5 de setembro, às 14 horas, e o Oficial de Justiça do juízo deprecado certificar que o réu se encontra em território sujeito à jurisdição de outro Juiz, no dia 2 de setembro, evidentemente não poderá o juízo deprecado remeter os autos da precatória àquele Juiz, porquanto não haveria tempo para a efetivação da diligência. Nesse caso, cumprirá ao juízo deprecado devolver a precatória, com aquela certidão do Oficial de Justiça. Recebendo-a, o juízo deprecante designará outra data para o comparecimento do réu e expedirá nova precatóri a, já agora endereçada ao Juiz do território em que aquele se encontra.

Se, porventura, no juízo deprecado, o Oficial de Justiça certificar que o réu se oculta para não ser citado, cumprirá ao juízo deprecado devolver imediatamente a precatória ao juízo deprecante, a fim de que este, nos termos do art. 362, providencie sua citação por edita], uma vez que não existe, no Processo Penal, a citação por hora certa, tal como ocorre no cível.

14. Pode o réu ser ouvido no juízo deprecado?

Poderá ainda o

Oficial de Justiça do juízo deprecado certificar: a) que o réu se encontra em lugar incerto e não sabido; b) que o réu retornou à comarca do juízo deprecante;

c) que o réu se encontra doente ím os ibili

sede do juízo processante.

Em todas essas hipóteses, a precatória será devolvida, e, no juíz(

deprecante, no primeiro caso, será o réu citado por edital, como vere mos dentro em pouco; no segundo caso, por mandado; e na última hipótese, como proceder? Não poderia, nesse caso, o Próprio juízo deprecado ouvi-lo?Até há algum tempo, entendia-se que o interrogatório ficava a cargo exclusivo do juízo deprecante. Se é este quem vai julgálo, natural, pois, deva ele, e somente ele, proceder ao interrogatório,

manter esse contato com o sujeito passivo da pretensão punitiva, conhecendo-lhe o caráter, a personalidade e fazendo o seu retrato psicológico, circunstancia importante para a individualização da pena.

0 calor ou a frieza das primeiras respostas, a emoção ou a displicencia com que fala, o gesto vivo ou fatigado e, principalmente, o clarão ou o fogo morto de suas pupilas, a seqüência, lenta ou vertiginosa,

dos seus raciocínios e, às vezes, a eloqüência borbulhante da paixão, a que se inflama, tudo pode ser elemento da revelação moral, sentimental e mental do indivíduo, a quem o Juiz interroga, na bela observação do saudoso Magistrado carioca Oliveira e Silva (Curso de processo penal,

3. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, p. 78).

Por essas razões, o réu deveria ser ouvido pelo Juiz sentenciante. Mas, num país com uma vastidão territorial como o nosso, em que a classe pobre predomina (mais de 70% dos processados são

pessoas de baixa renda), não faz sentido possa o Juiz exigir que o réu se desloque do seu domicílio para ser interrogado no foro onde tramita o processo.

Por outro lado, mesmo na sede do juízo processante, é comum um Juiz proceder

ao interrogatório, outro à instrução, ou parte dela, e, finalmente, um terceiro julgar.

Sendo assim, que diferença faz ser ouvido pelo Juiz da causa ou deixar de sê-lo? Não obstante, ainda entendemos deva o réu ser ouvido pelo juizo processante. Tal circunstância, entretanto, não pode ser imperativa. Deve... mas, não sendo possível, é perfeitamente defensável seu interrogatório na comarca do seu domicílio ou residência.

1 P S tado de comparecer à

1

Suponha-se alguém processado na Comarca de São Leopoldo, no Rio Grande do Sul, tendo domicílio e residência em Aquidauana, Mato Grosso do Sul. Faz sentido exigir-se a presença do réu naquela comarca para o interrogatório? Quantos transtornos não lhe adviriam? E

se ele não tiver condições de atender ao chamamento? Suponha-se alguém enfermo, sem condições para viajar. Por que razão não poderá ser ouvido onde estiver? Trata-se de puro bom-senso. 0 que não se concebe é deixar de ouvi-lo, quando se pode fazê-lo. Entre as duas alternativas, ouvi-lo por precatória, ou deixar de ouvilo, decretando- se-lhe a revelia .... é mil vezes preferível a primeira, porque melhor atende ao princípio da ampla defesa a que se refere a Constituição da República.

Se houvesse, em matéria penal, o princípio da identidade física do Juiz, outro seria o nosso entendimento. Como não existe; como, na prática, dificilmente o Juiz que procede ao interrogatório é o mesmo que sentencia; como, na prática, ainda que o Juiz seja o mesmo, entre o interrogatório e a sentença decorre tanto tempo, que o Juiz, muitas vezes, nem sequer se lembra da fisionomia do réu, não há razão séria que justifique deva este ser interrogado, sempre e sempre, pelo Juiz da causa.

É muito comum, por outro lado, o réu ser interrogado no juízo processante por um Juiz e ser julgado por outro ... Assim, que diferença faz ser o réu interrogado na comarca do seu domicílio ou residência, ou pelo Juiz da comarca onde tramita o processo? Durante as férias coletivas, por exemplo (e é o que ocorre no Estado

de São Paulo), o Juiz de outra circunscrição ou de outra comarca não procede aos interrogatórios de réus presos? E, findas as férias, não é o Juiz da comarca quem dá prosseguimento aos ulteriores atos processuais?

Por acaso aquele que procedeu ao interrogatório ficará vinculado ao processo? Por todas essas razões, nada obsta que o interrogatório se faça por precatória, devendo, contudo, o juízo deprecante determinar se junte à carta traslado das principais peças do inquérito, ensejando ao juízo deprecado conhecimento integral das provas produzidas.

Aliás, com bastante acerto, o extinto Tribunal Federal de Recursos, conforme ementa publicada no DJU, 24-11-1978, assim decidiu: "Ementa: Processo Penal. Interrogatório do acusado. Deprecação.

Se o acusado, residente no Rio de Janeiro, não tem condições materiais de viajar, por conta própria, ao Amazonas, onde responde a ação penal, e a autoridade judiciária carece, também, de meios para mandar conduzi-admissível, na contingência, deprecar o interroga(cf. Conflito de Competência n. 2.899).

tlóor(ioCPP, art. 260), é

Na Comarca de Jaú (São Paulo), tramitava um Processo contra varios reus, alguns dos quais se encontravam presos em longínqua comarca do Paraná-

Expediu-se precatória, solicitando-lhes o

comparecimento

para os interrogatórios. 0 juízo deprecado fez sentir a impossibilidade de atender ao pedido, em face da falta de policiais que pudessem escoltá-

]os. Oficiou-se à Delegacia, e a resposta foi, também, desalentadora.

Como proceder? Instado a manifestar-se a respeito, o nobre Represen~

tante do Ministério Público não teve a menor dúvida em requerer a

expedição de precatória, e o Dr. José Roberto Freire da Silva, MM. Juiz de Direito, acolhendo a ponderação, determinou se expedisse a carta precatória,

com a cautela de se anexar o traslado das principais peças do inquérito policial, a fim de fornecer ao juízo deprecado elementos para a realização dos interrogatórios.

Em outros casos excepcionais, nada obsta se proceda com este bomsenso, em face das razões já expostas. Não faz sentido exigir que o réu se locomova de uma cidade distante até a sede do juízo

processante para ser interrogado. Se as testemunhas são ouvidas onde estiverem,

conforme a regra do art. 222, por que o mesmo princípio não pode ser estendido aos réus? Dir-se-á que o Poder Jurisdicional é indelegável, e, segundo Leone "non costituisce eccezíone a tale principio la possibilità, che è ammessa solo nei casi tassativamente previsti, di delegare ad altro giudice il complimento di singoli atti processuali"

(cf. Trattato, cit., v. 1, p. 281).

Ainda que o art. 222 constituísse uma exceção à indelegabilidade da atividade jurisdicional, o que não é verdade, pois o Juiz deprecante não pode delegar um poder que ele não tem, uma vez que o poder de ouvir a testemunha é do Juiz do lugar em que aquela reside ou é dornicilíada, nada obstaria a extensão do princípio aos interrogatórios, pelo fenômeno da auto-integração da norma, tanto mais quanto há precedente... E pomos exemplo: há, no CPP, alguma regra dispondo sobre a expedição de precatória para a ouvida da vítima quando residente ou domiciliada em comarca diversa daquela por onde tramita a causa penal? A resposta negativa se impõe. Porventura, quando a vítima mora fora da jurisdição do Juiz da causa, não é ela ouvida por precatória? Claro que sim. E há no Código algum dispositivo disciplinando a ma-téria? Claro que não! Ora, se a vítima pode ser ouvida por precatória, sem que haja disposição expressa a respeito, cai por terra a afirmativa de que os atos instrutórios somente podem ser praticados em outro juízo nos casos taxativamente previstos em lei...

Desse modo, não há nenhum obstáculo legal em se expedir precatória para o interrogatório do réu. E, dando alicerce bem caldeado ao nosso entendimento, aí está o parágrafo único do art. 239 do Regimento Interno do STF: "0 Relator poderá delegar o interrogatório do réu (grifo nosso) e qualquer dos atos de instrução a Juiz ou membro de outro Tribunal, que tenha competência territorial

no local onde devam ser produzidos".

No mesmo sentido o art. 225 do Regimento Interno do STJ.

Aliás, a regra é a mesma para todos os Tribunais, uma vez que o § L" do art. 9.0 da Lei n. 8.038/90 confere poderes aos Ministros, Desembargadores e Juízes dos Tribunais Regionais Federais para delegarem a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao Juiz ou membro de Tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem.

Convém salientar que em face dos transtornos que havia e há para a locomoção dos réus, notadamente os presos em outras cornarcas, até o juízo processante para serem interrogados, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sensibilizado com tais problemas, pelo seu órgão competente, fez baixar o Provimento CXCI, de 19-11-1984, permitindo a ouvida dos réus nas comarcas em que residirem, pouco importando se presos ou soltos. Eis o Provimento:

"PROVIMENTO N. CXCI/84

0 Conselho Superior da Magistratura, visando a dinamizar o andamento dos processos criminais e a evitar a locomoção desnecessária de acusados soltos ou presos para submissão ao interrogatório.

RESOLVE:

Art. 1.' 0 interrogatório nos processos criminais poderá ser realizado na Comarca em que o acusado, preso ou solto, estiver.

Art. 2,0 Para realização do interrogatório será expedida precatória que conterá cópia da denúncia, do interrogatório, dos depoimentos e de outras provas existentes no Ínquerito policial; caso ainda não citado o réu, a precatória citatória também se destinará ao interrogatório.

Art. 3.' 0 Magistrado da Comarca deprecada estará automaticamente designado para auxiliar na Vara deprecante, para o fim único e exclusivo do interrogatório, vedada a prolação de despachos que não sejam os de cumprimento e devoluçao da carta.

Art. 4.0 A intimação para defesa prévia ocorrerá no interrogatório no Juízo

deprecado, esclarecendo-se ao acusado que o prazo para defesa começará a correr no juízo do processo no dia dajuntada da carta precatória aos autos, independentemente de nova intimação.

Art. 5.' Este Provimento entrará em vigor no dia da publicação, revogadas disposições em contrário.

São Paulo, 19 de novembro de 1984".

15. Precatória Por telegrama

Havendo urgência, a precatória poderá ser expedida por telegra ma, que conterá, em resumo, os requisitos exigidos para a precatória de

do Juiz deprecante, circunstân

carta, além de estar reconhecida a firma deverá mencionar. Nes-cia esta que a estação expedidora do telegrama ses casos, deverá o Juiz deprecante não se esquecer de que os termos por demais reduzidos do telegrama poderão criar embaraços ao cumprimento da diligência. Feita essa ressalva, não se pode negar que a medida é por demais salutar, porquanto às vezes a Justiça se vê às voltas com criminosos que não têm paradeiro: ora aqui, ora ali, ora acolá.

Atente-se para um empregado de circo: 15 dias num lugar, 30

em outro, e assim por diante. Se a citação não fosse possível por via telegráfica, haveria um sério prejuízo para a Justiça. Trata-se, como bem diz Basileu Garcia, de providência a que se pode recorrer com grande benefício em alguns casos, em que o retardamento dos atos processuais causaria dano,

ou em que a via postal, morosa e incerta, poderia ser ineficaz para alcançar o citando em lugar conhecido, em que passageiramente se encontre. Nesse caso, recorre-se, também, à chamada "precatória itinerante".

16. É possível a Precatória por telefone?

Lembra Frederico Marques que, embora o CPP não fale em precatória Por telefone, nada obsta, em casos de urgência, se lance mão dessa via, conquanto se observem as cautelas prescritas no art. 207

do CPC (Elemen

tos, cit., v. 2, p. 182). Trata-se de providência benéfica, e, às vezes, dela não se lançando mão, haverá prejuízo para a boa marcha do processo.

É certo que o Código

não a previu. Mas, se admitiu a requisição da prisão por via telefônica (art. 299), em caso de urgência, com maior razão não vedaria a citação-precatória por telefone,

desde que se tomem as precauções necessárias para averiguação da autenticidade do pedido. Note-se que a própria lei civil a admite.

17. Citação do militar

Tratando-se de réu militar, a citação será feita nos termos do art. 358, por intermédio do chefe do respectivo serviço. Evidente que o militar deverá ser da ativa,

pois, se estiver na reserva, não haverá razão para citá-lo por meio do chefe do serviço, uma vez que a norma que se contém no art. 358 foi ditada tendo em vista as

necessidades do serviço e disciplina militares, e não como privilégio.

Cumprirá ao Juiz processante expedir um ofício requisitório, dirigido ao chefe do serviço onde se

encontre o militar. Segundo toda a doutrina, quando se tratar de citação de militar, não se expede mandado; apenas um ofício, pelo qual o Juiz requisita o

comparecimento do militar no dia e hora designados na requisição.

Observe-se, com Basileu Garcia, que tal ofício requisitório deve conter todos os elementos que a lei

considera essenciais ao contexto do mandado e que vêm expressos no art.

352. Assim, cumprirá ao chefe do serviço fazer chegar ao conhecimento do militar o inteiro

teor do ofício e, ao mesmo tempo e se possível, autorizá-lo a comparecer a juízo. Claro que, ao receber o documento, o chefe do serviço dará sua resposta ao Juiz

processante, cientificando-o do recebimento da comunicação feita, bem como da autorização para comparecer. Malgrado o entendimento da doutrina, quer-nos parecer

mais acertado encaminharse o ofício requisitório, procedendo-se, também, à citação pessoal.

Se, por acaso, o militar se encontrar fora da comarca do Juiz processante, deverá ser expedida precatória para a comarca onde ele se encontre, cabendo ao Juiz

deprecado proceder-lhe à requisição, nos termos do art. 358, expedindo, também, o mandado.

18. Citação do funcionário público

Se o réu for funcionário, será citado por mandado ou precatória, conforme o caso. Mas, independentemente da sua citação, exige a lei deva o chefe da sua repartição ser notificado de que, em tal dia e a tal hora, o funcionário réu deverá comparecer ajuízo. Trata-se de medida necessária, pois, atendendo

à subordinação hierárquica, não seria justo que o funcionário pudesse sair da sua repartição sem que o seu chefe tivesse prévio conhecimento, mesmo porque,

dependendo do caso concreto, a cientificação prévia ao chefe permitirá a este designar alguém para substituir naquele dia, e àquela hora, o funcionário cuja presença é

reclamada pelo Juiz. Repita-se: a citação será feita segundo a regra geral. Apenas se exige deva o chefe da repartição ser cientificado de que o reu funcionário deverá

comparecer ajuízo em tal ou qual dia. É certo que o art. 359 dá a entender que o funcionário também será notificado. Mas, conforme ensinamento de Basileu

Garcia,

Magalhães Noronha e Walter Acosta, a forma legal de cientificação, na hipóte,' i, é o mandado de citação. Assim, deverá o Oficial de Justiça proceder à citação do

funcionário e, ao mesmo tempo, entregar ao chefe da repartição ofício do Juiz, comunicando-lhe ter sido designada esta ou aquela data para o comparecimento do

funcionário citando. Se tal ofício não for expedido, mas cumprido o mandado, o funcionário não terá obrigação de atender ao chamamento judicial. Convém ponderar,

contudo, que esta medida complementar, que é a notificação ao chefe da repartição, justifica-se, conforme assinalamos, para que não haja prejuízo ao bom andamento

do serviço público. Daí se conclui que, se o funcionário estiver, por qualquer motivo, afastado do serviço até o dia designado para o seu comparecimento,

desnecessária será aquela notificação.

E se o funcionário residir fora da comarca do Juiz processante? Tais providências deverão ser tomadas pelo Juiz daquela comarca, em cumprimento à precatória

expedida pelo Juiz processante.

19. Citação do preso

Tratando-se de pessoa que se encontre presa, é preciso que se faça uma distinção: presa na comarca do Juiz processante ou presa em território sujeito à jurisdição

de outro Juiz. No primeiro caso, deverá o Juiz expedir ofício ao diretor do presídio, requisitando sua apresentação em juizo, no dia e hora designados. Mas não basta

apenas aquela requisição. Como a lei não permitiu se fizesse a citação pelo

diretor do presídio, entendemos, com Bento de Faria, que a citação deva ser feita nos

termos comuns, em sua própria pessoa (cf. Código, cit., v. 1, p. 408).

Entende Walter Acosta que a citação deverá ser feita em cartório, pelo escrivão, sob o fundamento de que a lei não outorga tal poder ao diretor do presídio (cf . 0 processo, cit., p. 183). E dizemos nos: nem outorgou ao escrivão...

Assim, quer-nos parecer que o Oficial de Justiça deva comparecer ao presídio e citá-lo, nos termos do art. 357.

Note-se que procedimento idêntico era adotado pelo CPP italiano de 1930, que, no seu art. 168, dispunha: "as notificações ao imputado detido são realizadas pelo

Oficial Judicial mediante entrega da cópia à própria pessoa. Esta disposição é aplicável mesmo quando o imputado esteja detido por causas diversas do processo para

o qual deva praticar-se a notificação", redação esta mantida pelo art.

156 do atual Código peninsular.

Além disso, na prática, é assim mesmo que se procede à citação do preso.

Nunca ficar esquecido deva ser remetido ao diretor do presídio, ou a quem suas vezes

fizer, um ofício requisitório, tal como assinalamos acima, pois, do contrário, o preso não poderá sair do xadrez.

Se o citando estiver preso em outra comarca, a citação far-se-á por meio de carta precatória, cabendo ao Juiz deprecado fazer expedir o mandado de citação e

encaminhar o ofício requisitório ao diretor do presídio ou a quem suas vezes fizer.

20. Réu que se encontra no estrangeiro. Como se procede à citação. A rogatória. Haverá necessidade de legalização consular? 0 art. 210 do CPC

Se o réu estiver no estrangeiro, mas em lugar sabido, a citação se fará mediante carta rogatória, pouco importando se a infração é ou não inafiançável, nos termos

do art. 368 do CPP, com a redação dada pela Lei ri. 9.271196, com essa particularidade: enquanto a carta rogatória não for cumprida, o prazo prescricional fica

suspenso. E, uma vez suspenso, tão-logo retorne a carta cumprida, o prazo recomeça a partir da data em que se expediu a rogatOria, dies a quo da suspensão. A carta

rogatória é semelhante à carta precatória, sendo que, naquela, se usam as expressões "Justiça Rogante" e "Justiça Rogada", equivalentes a "Juiz deprecante" e "Juiz

deprecado". A carta rogatória deverá ser encaininhada ao Ministério da Justiça, e a este caberá solicitar ao Ministério das Relações Exteriores o seu cumprimento. Do

Ministério das Relações Exteriores seguirá a rogatória, pela via diplomática, àjustiça rogada.

Disciplinando o instituto das rogatórias, o CPC estabelece no art. 210:

"A carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e o modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de

traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato".

Por outro lado, o art. 202 do mesmo diploma salienta dever a rogatória conter os mesmos requisitos exigidos para as precatórias.

Como o Processo Penal não explicitou os requisitos das rogatórias, devem ser aplicadas as normas do Processo Civil, por analogia.

Normalmente, a via diplomática é prova suficiente da autenticidade da carta rogatória, tal como se vê pelo disposto do art. 782 do CPP.

Todavia, Espíriola Filho,

com apoio em Arthur Briggs, observa que algumas legislações não atribuem autenticidade às vias diplomáticas e reclamam a legalização consular. Por essa razão,

Basileu Garcia, com acerto, pondera que, para evitar possíveis dúvidas, é aconselhável que as cartas rogatórias, sempre que possível, sejam acompanhadas da respectiva versão do idioma do país a que se destinam, que se reconheça por tabelião a firma do Magistrado signatário e, finalmente, que sejam submetidas à legalização

consular, antes de serem enviadas ao Ministério da Justiça (cf.

Comentários ao Código de Processo Penal, p. 413). Sobre rogatória, v.

Portaria ri. 26, de 14-8-1990

(DOU de 16-8-1990, p. 15523-4), dos Ministérios das Relações Exteriores e da Justiça.

(Ver no Apêndice a Portaria ri. 26, dispondo sobre os requisitos da rogatória.)

21. Citação em legações estrangeiras

Ainda por carta rogatória se procede à citação de pessoas que não gozam daquelas imunidades a que se referem tratados, convenções ou regras de Direito

Internacional, e que se encontrem em legações estrangeiras. E como soa e como se explica o art. 369 do CPP. Assim, se um funcionário de uma embaixada, a quem

nem o costume lhe concede imunidade, residir na referida embaixada ou legação, sua citação será feita por meio de carta rogatória, dirigida ao Ministério da Justiça, e

este, então, solicitará ao Ministro das Relações Exteriores o seu cumprimento.

Não porque o Brasil entenda que as sedes das embaixadas sejam território estrangeiro, mas apenas por cortesia. Da mesma forma que os diplomatas gozam de

imunidade material e formal, os locais onde funcio nam as missões diplomáticas são fisicamente invioláveis. Assim também os prédios onde residam os quadros diplomático, administrativo e técnico. Já os locais consulares "são invioláveis na medida estrita de sua utilização funcional". Quanto aos arquivos e documentos consulares, a exemplo dos diplomáticos, são invioláveis em qualquer circunstância e onde quer que se encontrem (cf. J. E Rezek, Direito internacional público, Saraiva, 1991, p. 173).

22. A carta de ordem

Cumpre, finalmente, adiantar que existe outra maneira de se proceder à citação pessoal. Trata-se da carta de ordem. Ela é semelhante à carta precatória. Dela se distingue, entretanto, quanto ao órgão de que emana. Quando o órgão que a solicita e aquele a quem se solicita são do mesmo grau, fala-se em precatória.

Se o órgão que expedir for de grau superior, evidentemente que este não solicitará a um inferior a prática de algum ato processual. Ordenará. Daí a expressão "carta de ordem", que se empresta àqueles

"pedidos" formulados pelos STF, STJ, TRE, TRF e Tribunais de Justiça, nas

ações penais originárias, a teor do § L" do art. 9." da Lei n, 8.038190.

23. Citação ficta. Conceito

Ao lado da citação pessoal, que, segundo vimos, se realiza por meio de mandado, de precatória, de rogatória, de ofício requisitório, ou até mesmo por meio de carta de ordem, há ainda a citação ficta, também chamada de citação presumida, que é feita por meio da imprensa e de afixação do edital à porta ou no átrio do edifício onde funciona o juizo.

No Processo Civil, além da citação por edital, há também outra forma de citação ficta: a citação por hora certa, prevista nos arts. 227 e s. do respectivo Código.

No Processo Penal, entretanto, a única forma de citação ficta é a citatio edictalis. Diz-se ficta ou presumida porque, não tendo sido feita na própria pessoa do réu, presume-se tenha ele tido conhecimento daquele ato processual por meio do qual fora cientificado da acusação contra si intentada e, ao mesmo tempo chamado a comparecer perante a Autoridade competente para ser interrogado ou identificado e, enfim, para se ver processar até final julgamento. Não atendendo ao chamado,

nem constituindo defensor, e ante a dúvida se ele efetivamente tomou conhecimento, Ou não, o Juiz pode limitar-se, única e exclusivamente, a nomear-lhe um patrono e proceder à produção antecipada das provas consideradas de natureza urgente, após o que o processo e o curso da prescrição devem ficar suspensos.

24. Citação ficta. Crítica

Sendo a citação publicada na imprensa ou simplesmente afixado o edital à porta do Fórum, rarissimamente dela toma conhecimento o réu, e, assim, poder-se-ia. pensar que aquela ampla defesa, a que se refere a Constituição, seria promessa vã ou platônica, pois, se o réu não foi realmente citado, não lhe estaria asse urado 1

da defesa.

o p eno exercício

Para Frederico Marques, a citação-edital é de duvidosa constitucionalídade, nos termos em que a regula o nosso Direito Processual Penal (Elementos, cit., v. 2, p. 189, nota 60). Sem embargo disso, nunca se lhe proclamou a inconstitucionalidade. 0 nosso João Mendes Jr. entendia preferível manter-se íntegro o princípio de que nemo inauditus damnari potest (ninguém pode ser julgado sem ser ouvido) a se permitir o perigoso expediente da citação-edital (cf. Processo criminal brasileiro, v. 2, p. 209-10).

0 CPP, repita-se, adotando, em certos casos (e como exceção - é bom que se frise), a citação-edital, transigiu com o princípio de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido. Mas, se assim agiu, fê-lo por entender que os altos interesses de uma reta e segura administração da Justiça falavam e falam mais alto.

Apesar disso, a Lei ri. 9.271196, dando nova redação ao art. 366 do CPP, recuou à lição de João Mendes Jr., dispondo que, citado o réu por edital, não acudindo ao in jus vocatio, nem constituindo advogado, o processo e o curso do prazo prescricional ficam suspensos, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do art.

312.

Essas provas serão produzidas na presença do Ministério Público e do Defensor dativo. Comparecendo o réu, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos.

0 dispositivo contém duas normas: uma de índole penal (suspensão do prazo prescricional) e outra de ordem processual (suspensão do processo). A nosso juízo, findo o prazo da citação editalícia, o processo

penal fica suspenso, sem prejuízo de poder o Juiz (faculdade) determinar a realização das provas consideradas urgentes.

0 diploma legal em exame, ao determinar a suspensão do processo, deve ter tido incidência imediata, isto é, a partir de 17-6-1996, quando se expirou a vacatio

legis, nos termos do art. 2.' do CPP, porquanto se trata de norma processual penal. Manzini, falando por toda a doutrina, professa: "Son normas de derecho procesal penal, todas y solamente las que regulan de manera general el inicio, el desarollo y el fin del proceso, que establecen las garantias jurisdiccionales de la ejecución de las cosas juzgadas, que indicam las formas con que los sujetos procesales pueden valerse de sus facultades dispositivas del contenido material del proceso..." (Y Manzini, Derecho procesalpenal, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 195 1, t. 1, p. 108). Mas, ao estabelecer a suspensão do curso da prescrição, a matéria é indiscutivelmente de natureza penal, subordinando-se as regras da temporalidade das normas penais, pois "son normas de derecho penal material todas aquellas que atribuyen virtualmente al. Estado el poder punitivo, o también a Ios órganos del mismo Estado, o a particulares, el poder de disposición del contenido material del proceso, o sea, de Ia pretensión punitiva o de Ia pena" (Tratado, cit., p. 108).

E, considerando que o art. 5.', XL, da Lei Maior prescreve que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", parece claro que o diploma em análise, no seu aspecto penal, somente poderá ser aplicado às infrações que se verificaram a partir do dia 17 de junho de 1996, data em que começou a vigorar a Lei n. 9.27 1, de 17 -4-1996.

Há entendimento de que o art. 366, por inteiro, somente será aplicado aos fatos ocorridos a partir da vigência da lei. Não nos parece. Quanto à parte penal, propriamente dita, e que versa sobre a suspensão do prazo prescricional, sim. Não, contudo, no que tange ao aspecto processual, isto é, àquela parte que determina seja suspenso o processo, em razão do princípio da incidência imediata das normas processuais penais.

Por outro lado, sua aplicação, na integralidade dos seus termos, aos processos em curso, fere o princípio proibitivo da retrotração da lei penal mais severa. Relativamente aos feitos em andamento e às infrações cometidas até 16 de junho de 1996, o procedimento ficará suspenso e o curso da prescrição deverá obedecer às normas previstas no estatuto penal, em que se destacam os arts. 109, 110, 112 e 117.

Se se tratasse de um instituto de aspecto duplo (penal e processua penal), tal como o ocorre com a representação e a queixa, que apresen tam prevalentes caracteres penais, pela sua natural conexão com o di reito penal material, aplicar-

se-lhe-ia o princípio da irretroatívídade Na hipótese, não se trata de um instituto, mas de uma norma que cuida num só contexto, de duas coisas distintas, apresentando, assim, um, natureza dúplice: penal e processual. Em face dessa duplicidade, não se pode, a nosso juízo, dar prevalência a uma ou a outra natureza. Assim aos processos em curso, se houve citação-edital e o réu não constituiu Advogado, cumpre ao Juiz suspender apenas o curso do procedimento.

Indaga-se: não seria o réu beneficiado pela prescrição, uma vez que o Juiz não pode proferir sentença e o curso prescricional continua fluindo?

Certamente sim. E o legislador não percebeu tal circunstância?

Evidente. 0 que não se concebe é o direito pretoriano pretender corrigir a lei usurpando função do legislador. Insista-se: a suspensão do lapso prescricional somente será possível quando se tratar de infração

cometida do dia 17 de junho de 1996 para a frente. Aos processos em curso, não. Já no que respeita à suspensão do processo a norma tem incidência imediata, a menos que o legislador, expressamente, dispusesse ao contrário, ressalvando os feitos em andamento.

0 SU, entretanto, ao julgar o Habeas Corpus n. 74.695-SP, em 11-3-1997, rel. Min. Carlos Velloso, afastou a pretensão de aplicação

"intermediária" do art. 366 do CPP, com a qual se requeria fosse conferida ao paciente a retroatívidade da parte benéfica (suspensão do processo), e a irretroatividade da parte a ele prejudicial (suspensão da prescrição).

Sem embargo, a nosso juízo, a norma atínente à suspensão do processo, sendo processual, tem aplicação imediata, nos termos do art. 22 do CPP. A outra parte, de conteúdo penal, somente aos fatos ocorridos após a vigência da lei. E mais: não é desarrazoado dizer que a norma alusiva à suspensão do processo, na espécie, apresenta um certo colorido penal, uma vez que, suspenso o processo, a prescrição corre normalmente, e pode extinguir a punibilidade. Razão a mais para que possa ser aplicada àquelas hipóteses de réus citados por edital e que não constituíram Advogado.

Sempre houve enorme grita a respeito da citação-edital, verdadeiro simulacro de citação, porquanto não se concebia, como não se concebe, sem grave ofensa ao direito de defesa, pudesse o réu ser condenado, desconhecendo a existência de alguma acusação contra ele. Por isso mesmo a citatio edictalis era e é considerada ficta, posto presumir se que o réu tomou conhecimento da acusação contra ele intentada.

Presumia-se (ainda se presume) que ele sabia que estava sendo processado.

Se de um lado o Estado

procurava preservar os interesses da sociedade, em face da conduta daqueles que violavam a ordem jurídicopenal, não permitindo que criminosos astutos pudessem

burlar a ação da Justiça, por outro, lesionava-se o direito de defesa, haja vista que muitas vezes o cidadão era processado e condenado sem que lhe fosse dada real

oportunidade para defender-se.

Certo que o Juiz lhe nomeava, como continua fazendo, um Defensor. Mas não é a mesma coisa. Presente o réu, terá ele liberdade para escolher o seu Advogado, e

ainda que se trate de Defensor dativo, a presença do acusado é importante, porquanto pode não só indicar testemunhas, como sugerir reperguntas, contraditas e

argüição de defeitos em relação às testemunhas.

Após mais de meio século de vigência do Código, depois de tantas condenações de revéis citados por edital, o legislador, agora, quis homenagear a Defesa,

dando destaque especial ao princípio do audiatur et altera pars. A parte contrária deve ser ouvida em qualquer circunstância. Não pode ser condenada sem exercer, em

toda a sua amplitude, o seu direito de defesa. Há uma exceção: a Lei n.

9.613, de 3-3-1998, que dispõe sobre os crimes de Iavagem" ou ocultação de bens, direitos e

valores, não admite a aplicação do art. 366 do CPP.

Como conciliar, porém, os interesses da sociedade, perturbada com a violação da ordem jurídico-penal, e a ampla defesa, verdadeiro dogma de fé? 0 legislador,

simplesmente, estabeleceu, no art. 366, que o réu, citado por edital, que não acudir ao chamamento ajuízo, não será condenado sem ser ouvido. 0

processo ficará

suspenso até que ele apareça. Pouco importa a natureza da infração. Até aí o respeito e a homenagem ao direito de defesa. Não será julgado sem ser ouvido. 0 audiatur

et altera pars permanece intangível na sua imperativa determinação: a Defesa é medida imperiosa. Mas essa vantagem é apenas aparente: paralisado o processo, não

poderá o imputado beneficiar-se com eventual prescrição, uma vez que a lei determina, no dispositivo em análise, a suspensão, também, do curso da prescrição, que

somente recomeçará tão-logo ele se apresente. E assim procedendo, o legislador procurou, à sua maneira, resguardar os interesses da sociedade. Contudo, sua

severidade foi inominável, conduzindo os aplicadores da lei ao absurdo, o que é defeso.

Suponha-se um cidadão, autor de lesão corporal leve, que, logo após o fato, por encontrar melhores condições de vida em outro lugar, mude de endereço, tornando-se revel. Citado por edital, não atende ao chamado. Quarenta anos depois, já velho, volta à Comarca e alguém se lembra daquele

processo... E este, na ótica do legislador, deve prosseguir... Em outra hipótese: comete-se um bárbaro assassinato. Autoria desconhecida. Vinte anos depois, aparece o

autor e confessa o crime.

Nada mais poderá fazer a Justiça, em face da prescrição. 0 despropósito é inimaginável. Verdadeiro encimado disparate. Poderia ser severo sem conduzir ao absurdo.

Por outro lado, já está superado o entendimento dos positivistas que considerava a prescrição como "um prêmio dado à habilidade ou à astúcia do criminoso que

lograva iludir a lei". Todos os povos sabem e reconhecem que o passar do tempo exerce poderosa ação sobre as rela-

ções jurídicas, nomeadamente sobre o direito de punir. Qual o interesse da sociedade em instaurar um processo contra alguém, se o fato praticado já foi coberto pelo manto do esquecimento? Qual a vantagem, se as provas esvaíram-se e se desvaneceram? Por que processar se a força natural do tempo fez

esfumar o alarma social?

Na edição anterior do nosso Processo Penal, em face da lei do atropelo, deixamos entrever que os crimes praticados por aqueles que forem citados por edítal, não

acudirem ao chamamento a juizo, nem constituírem Advogado tornam-se imprescritíveís. Repensando sobre o

assunto, e refletindo melhor, reformulamos aquele entendimento.

A suspensão do curso prescricional é um verdadeiro retrocesso, notadamente numa epoca em que o nosso Direito Penal atingiu uma etapa mais humana, mais

digna, seja com a admissão da suspensão condicional do processo, seja com a transação, seja com outros institutos.

Certo que a Constituição prevê, excepcionalmente, a imprescritibilidade em se cuidando da prática de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

afins, terrorismo, dos crimes definidos

como hediondos e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5.', XLII, XLIII e XLIV). Trata-se, a toda evidência, de exceções ditadas por motivos outros: eliminar os conflitos raciais, dar combate às infrações gravíssimas e preservar o Estado

Democrático.

Sem embargo de entendimento contrário (RT, 733/600), essa suspensão do curso da prescrição por prazo indeterminado, melhor refletindo, não implica imprescritibilidade de conduta, ao contrário daquelas hipóteses tratadas na Lei

Maior. Os crimes a que se refere a Constituição Federal, naqueles incisos do art. 5.', sim, são imprescritíveis. Já as infrações praticadas por aqueles citados por edital que não acudirem à in jus vocatio nem

constituírem Advogado, não. Não e renão. E o prazo prescricional. que fica suspenso se, citado por edital, não atender ao chamado. É diferente das hipóteses cuidadas

na Lei das Leis. Ali é o crime que é imprescritível: antes, durante ou após a instauração do processo. Aqui, no CPP, a prescrição fica suspensa se, citado por edital, não

comparecer nem constituir defensor. A diferença é bem grande.

Desse modo, em se tratando daquelas condutas imprescritíveis, se após 20

anos, o titular da ação penal delas tomar conhecimento, poderá instaurar o processo. Se

este, uma vez instaurado, ficar tramitando por tempo superior a 20 anos (suponhamos), tenha sido o réu citado por edital ou pessoalmente, não haverá prescrição. Se

condenado, ficar 30 anos desaparecido, não haverá prescrição... Esta perenização (absurda, por sinal), a nosso juízo, não pode ser estendida pelo legislador ordinário a

outras condutas. E este, efetivamente, não o fez.

A hipótese tratada no art. 366 não é símile daquelas previstas no texto da Lei Maior. Se o réu, a teor do art. 366, foi citado por edital, não atendeu ao chamado,

mas constituiu Advogado; se foi citado pessoalmente, e não atendeu ao chamado; se atendeu e depois deixou o processo à revelia, em todas essas hipóteses não há

cuidar-se de imprescritibilidade, Se, em qualquer desses casos, vier a ser condenado, e não for encontrado para o cumprimento da pena, a prescrição será regulada pela

pena imposta. Logo, não se pode estabelecer, data venia, comparação entre a imprescritibilidade a que se refere o art. 366 do CPP com a tratada no corpo da Lei

Básica.

0 art. 366 objetiva impedir que os citados por edital, prevalecendo-se dessa circunstância, logrem a impunidade. 0 legislador ordinário não estabeleceu a

imprescritibilidade para determinadas condutas. Se assim o fizesse, cremos, teria afrontado a Lei Maior, que, implicitamente, em face daqueles incs. XLII e XLIV do

art. 5.', proibiu que normas subconstitucionais estendessem a imprescritibilidade a outras infrações.

Note-se, por exemplo, que o art. 116 do CP há mais de cinqüenta anos prevê a suspensão do curso da prescrição, e jamais alguém ousou criticar o legislador. E se

o fizesse não teria razão. Aquele dispositivo prevê três hipóteses em que se admite a suspensão: a) quando suscitada questão prejudicial que leve o Juiz a suspender o

curso do processo até que a questão seja solucionada; b) quando o 1

reu estiver cumprindo pena no exterior; c) se, condenado definitivamente, a prescrição não corre durante o tempo em que está preso por outro motivo. Em

todos esses

casos, o objetivo foi e é um só: impedir a impunidade.

A Constituição, também, prevê seja suspenso o prazo prescricional quando a Câmara ou o Senado indefere pedido de licença para a instauração de processo penal

contra membros do Congresso, ou simplesmente não se manifesta sobre a licença solicitada (quando então a prescrição fica suspensa a partir da data do indeferimento

ou daquela em que o Ministro-Relator exarou despacho solicitando a autorização exigida pela Constituição - STF, Inq. 242-9, Rel. Celso de Mello, DJU, 2710-1994,

p. 29161). Mas, nesses casos, normalmente a suspensão se verifica dentro de um prazo razoável, arredada aquela hipótese de o congressista se reeleger sempre, até à

morte, e ao mesmo tempo conseguindo a indulgentia plenaria.

Evidente que a circunstância de o prazo prescricional ficar suspenso por um tempo maior ou menor é irrelevante. Interessa saber se, agindo como agiu, o

legislador ordinário afrontou a Constituição da República. Não. E a resposta negativa se impõe porque não se criaram figuras delituais imprescritíveis. Permitindo a

Constituição da Repúblíca e as Constituições Estaduais a suspensão da prescrição naquela hipótese objeto do § 2." do art. 53 da CF, nem por isso os crimes cometidos

por Deputados Federais, Senadores e Deputados Estaduais tornaram-se imprescritíveis...

i

A razão que levou o legislador constituinte, no § 2." do art. 53 da CF, a

estabelecer a suspensão do curso da prescrição durante o mandato do congressista, nas

hipóteses ali indicadas, foi a mesma, sem tirar nem por uma vírgula, que inspirou a redação do art. 116 do Código Penal e do art. 366 do CPP: evitar a impunidade.

Contudo, entendemos que o legislador foi por demais severo. Suponha-se que alguém processado por uma contravenção mude de endereço. Citado por edital,

não atende ao chamado, posto desconhecê-lo. Como ninguém lê os editais afixados no átrio do Fórum, o infeliz nem sabe o que aconteceu. Mas o processo fica

suspenso e o curso da prescrição também... E uma vez suspenso, se retornar à Comarca cinqüenta anos depois, aí é que o prazo prescricional vai começar a fluir.. E

que interesse teria a sociedade em puni-lo? 0 Juiz e o Promotor que vão dar continuidade ao processo nem eram nascidos quando da prática daquela contravenção...

Depois de tantos anos, o fato já caiu no esquecimen to, às vezes até a cidade mudou de nome. Qual o interesse do Estado em puni-lo? "Seria ir contra una ley natural inexorable, desconocer Ia acción corrosiva del tiempo

en Ia relación jurídico-penal" (Giuseppe Maggiore, Derecho penal, trad.

Ortega Torres, Bogotá, Editorial Ternis, 1954, v. 2, p. 364).

Pensamos que o legislador podia ter sido severo sem perder o bom-senso. 0

processo ficaria suspenso, com a produção antecipada das provas de natureza urgente,

notadamente a testemunhal e a pericial, como dever do Juiz (e não como mera faculdade, mesmo porque de nada adiantará suspender o processo e não serem tomadas

aquelas providências, pois a ação deletéria do passar dos anos esvaziará toda a

instrução criminal, obrigando o Juiz a proferir decreto absolutório com fundamento no

art. 386, VI, do CPP), suspender- se-ia, também, o curso da prescrição até o limite máximo fixado para a espécie pelo art. 109 do CR Findo o prazo, considerada a

pena em abstrato, a prescrição voltaria a fluir, observadas as regras dos arts. 109, 110 e 117 do CR Ou que se fixasse em dobro o prazo prescricional para essas

hipóteses, da mesma forma que se fixou pela metade o lapso prescricional para os menores de 21 e maiores de 70 anos. Outra solução: a prescrição fluiria

normalmente, mas o revel não faria jus à prescrição retroativa.

Note-se, além de tudo, que mais de 40% dos processos criminais em todo o País dizem respeito a réus citados por editais. Haja Cartório para a guarda de tantos

processos... E com dois arquivos: um arquivo "morto", relativo a processos findos, e outro, "vivo", atinente aos citados por edital ... E

isto numa época em que se

procura agilizar a Justiça, desformalizar certos procedimentos e despenalizar determinadas condutas...

Mas, é bem possível que o direito pretoriano, considerando que o texto legal pode conduzir ao absurdo, venha a lhe emprestar uma interpretação condizente com

a necessidade da reprimenda, fixando, nesses casos, a prescrição em vinte anos, que, no campo penal, é a prescrição longissimum tempus, não só porque o moderno

Direito Penal repudia a perenização do jus persequendi, como inclusive porque o Estado não pode exigir a punição de uma infração de que ninguém mais se lembra. 0

Direito Penal não pode ficar preservado das injúrias do tempo, e por isso mesmo

ojus puniendi deve ser exercido no tempo, e tempo útil. Já se disse que no correr dos

anos a recordação do crime mais ou menos se apaga, e a própria sociedade modifica-se com a mudança dos indivíduos que a compõem. Claro que o criminoso deve

sofrer a sua reprimenda,

1

1

mas isso enquanto houver consciência do mal causado. Poder-se-ia, também, sustentar que o prazo prescricional será o atinente à pena máxima cominada ao crime.

Nesse caso, porém, não haveria suspensão... mas interrupção.

Por outro lado, se não atender ao chamamento judicial e, ao mesmo tempo, constituir advogado para patrocinar-lhe a causa, é sinal evidente de que sabe que está

sendo processado, e, se não comparece para ser interrogado, o processo prossegue normalmente com a presença do Advogado constituído. Dependendo das

circunstâncias, o Juiz poderá até decretar-lhe a prisão preventiva, se satisfeitas as exigências previstas no art. 312, pois, se contratou um Advogado, não havia razão

para desatender à citação... pode ser até um indício serio e grave de pretender não se submeter a eventual pena que lhe possa ser imposta.

Valendo-se, desavisadamente, do novo disciplinamento da citaçãoedital, já se esboça movimento por parte de alguns Juízes no sentido de decretar a prisão

preventiva de todos aqueles que forem citados por edital e não acudirem ao chamamento. Manifesta a absurdez dessa corrente. Muitas vezes o autor da

conduta

punível muda de endereço por uma série de motivos (despejo, procura de outro lugar onde encontre melhor colocação, p. ex.), menos para deixar de receber a citação.

Não é justo, pois, que, nesses casos, seja-lhe decretada a medida extrema, violenta por natureza. Mas, se ele se ocultar para não receber a citação, se houver prova de

que realmente fugiu com receio de uma condenação, a medida odiosa até que se justifica, por encontrar amparo no art. 312 do CPR 0 que passar daí é violência sem

nome, é arbitrariedade manifesta. Não é pelo fato de o réu não atender ao chamamento em juízo que o alegado em relação a ele deva ser aceito como verdade. A

revelia, no Processo Penal, não tem a extensão que se lhe confere no Processo Civil ou até mesmo no Direito do Trabalho. Nestes, estando em jogo interesses

disponíveis, a revelia implica confissão quanto à matéria fática. No Processo Penal, esta a conseqüência: o réu não mais será intimado para qualquer ato do processo.

Nada impede que ele, querendo e sabendo da sua realização, compareça, mas, para a Justiça, nenhuma obrigação de chamá-lo. Por outro lado, embora revel, terá

direito a um defensor, posto que ninguém pode ser processado ou julgado sem defesa, como bem proclama o art. 261.

Houve uma época em que a revelia tinha consequencia séria. Dizia-se até: contumaxpro convicto et confesso habetur. 0 réu contumaz (que desatende ao

chamado) é tido e havido como culpado e confesso.

Hoje, não. Ele pode ser revel e, a final, ser absolvido. Há, contudo, uma conseqüência desagradável: se o réu não atende à citação nem constitui

Advogado, o processo

e o curso do prazo prescricional ficam suspensos. Certo que o Juiz lhe nomeia um defensor. Mas, para este, a tarefa será um tanto quanto árdua, pelo fato de

desconhecer certas particularidades, o que dificulta formulação de reperguntas às testemunhas.

E se o Advogado constituído, referido no art. 366, renunciar ao mandato?

Deverá continuar ainda à frente do processo por mais 10 dias, nos termos do art. 34,

XI, do Estatuto da Advocacia, após o que, se o réu não vier a constituir outro, o Juiz será obrigado (art. 261) a nornearlhe um, nada impedindo que o réu, ciente da

nomeação, constitua outro. Afinal de contas ele, em face da ampla defesa, tem esse direito.

Insta esclarecer que, a teor do art. 366 do CPP, na hipótese de o réu, citado por edital, não atender ao chamado nem constituir Advogado, pode o Juiz determinar

a produção "das provas consideradas urgentes". Que provas são estas?

Depende do caso concreto. Todavia em se tratando de perícias, busca e apreensão, e até mesmo

de audiência de testemunhas, não se lhes pode negar o caráter de urgente, à semelhança do que ocorre com o art. 92 do CPP. Este dispõe que, sendo suscitada questão

prejudicial, séria e fundada, a respeito de estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença

passada em julgado, "sern prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente".

Ora, se o adjetivo "outras", num discurso, retoma sempre a idéia ou conceito dado anteriormente, parece claro que o legislador considerou o testemunho como

prova de natureza urgente. E, na verdade, considerando a imprevisibilidade da morte, a inquirição de testemunha é providência que deve ser tomada com certa

urgência. Não são apenas aqueles testemunhos das pessoas elencadas no art. 225 deste Código que apresentam a marca da urgência. É claro que a testemunha pode

mudar de endereço, sem que se saiba onde foi morar, pode ausentar-se do Estado ou do País, ficar gravemente enferma de molde a nem poder comunicar-se com o

mundo exterior, falecer. Tais circunstâncias já indicam que, suspenso o processo, na hipótese de o Juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas

urgentes, uma destas será a testemunhal. Na verdade, se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura

mais que 2 ou 3 anos, o legislador determinou a "ouvida das testemu-1

i

nhas e de outras provas de natureza urgente", é sinal de que considerou a prova testemunhal como urgente. De concluir, pois, a nosso juízo, que em se tratando de réu

que não atendeu à citação editalícia, nem constituiu advogado, não deve o Juiz limitar-se a inquirir as testemunhas que estejam enfermas ou idosas.

E se o reu

comparecer 10 ou 15 anos depois? As testemunhas seriam capazes de relatar pormenores? Não poderiam morrer nesse espaço-tempo? Mudar de endereço sem que se

possa localizá-las? Evidente que o Juiz, em hipóteses dessa natureza, deve não só colher antecipadamente os depoimentos, como, inclusive, determinar perícias

e

busca e apreensão, se for o caso.

Ordenando o Juiz a produção antecipada das provas consideradas urgentes, além do Ministério Público, deverá estar presente o defensor nomeado, pois do

contrário haveria um simulacro de prova. Tratandose de ação penal privada, indispensável, malgrado a omissão do legislador, a presença do querelante.

Antes, durante ou após a produção dessas provas, aparecendo o acusado, ele será considerado como citado, e o processo prosseguirá normalmente, facultando-se-lhe, se for o caso, constituir defensor para substituir o nomeado. Não aparecendo, o processo e o curso do prazo prescricional ficam suspensos, sem

prejuízo de eventual produção antecipada das provas urgentes. Se, não obstante revel, constituir defensor, o processo seguira seu curso normalmente, como se presente

estivesse.

Contudo, ao que nos parece, há duas exceções: a) Tratando-se de réu a quem se impute crime inafiançável da competência do Júri, se, malgrado a revelia,

contratou um Advogado para patrocinar-lhe a causa, o processo poderá prosseguir, tal como dispõe o art. 366, mas até a pronuncia. Se afiançável, haverá julgamento, a

menos que se trate de réu citado por edital que não tenha constituído defensor. Uma vez pronunciado, deverá ser intimado pessoalmente, seja ou não revel, sob

pena do não-prosseguimento do processo, em conformidade com os arts. 413

e 414 (e estes artigos não foram revogados); b) Em qualquer caso, seja ou não revel,

uma vez proferida sentença condenatória, deverá ser intimado, nos termos do art. 392.

25. As hipóteses em que se permite a "citatio edictalis"

Cinco são as hipóteses em que se permite, como exceção, a ção-edital: 1.a) se o réu não for encontrado

1

2.') verificando o encarregado da citação que o réu se oculta para não recebê-la, far-se-á a citação por edital, com o prazo de 5 dias; 3 a) far-se-á a citação-edital quando inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu;

4.) quando incerta a pessoa que tiver de ser citada; 5.') se o citando encontrar-se no estrangeiro em lugar não sabido, pouco importando a natureza da infração penal.

26. Se o réu não for encontrado

Expedido o mandado de citação, deve o Oficial de Justiça, encarregado de cumpri-lo, diligenciar a localização do réu e, caso não o encontre, nem obtenha

informações a respeito do lugar onde possa estar, cumpre-lhe certificar, no verso do mandado, que não conseguiu localizálo nem obteve informações do seu paradeiro.

De regra, o Oficial de Justiça usa da expressão e, pelo que pude apurar, está ele em lugar incerto e não sabido".

Com referida expressão quer-se dizer que o oficial da diligência nem sequer conseguiu saber em que parte do território, nacional ou estrangeiro, se encontra o réu.

Às vezes, o encarregado da diligência localiza-o em lugar certo (está em São Paulo), mas não sabido (não se sabe o bairro, rua e número do prédio onde resida,

trabalhe, ou, enfim, onde possa ser encontrado). Também neste caso o réu não pode ser encontrado. Ocorre que, às vezes, a despeito de certo e não sabido o lugar,

ainda é possível a citação pessoal, pelos meios normais, se, por acaso, o lugar certo for pequeno ou, mesmo grande, a pessoa que deva ser citada, por demais

conhecida.

Lembra Espínola Filho que todas as vezes em que o encarregado da diligência informar que o réu não foi encontrado deverá o Juiz oficiar à Polícia para tentar

localizá-lo, sabido que a Polícia dispõe de melhores meios para diligências tais.

Trata-se, aliás, de providência que, na prática, é muito usada e tem dado resultados benéficos, pois Oficiais de Justiça há que descuram os seus deveres e, sem

maiores e mais intensas buscas, limitam-se a lanÇar, no verso do mandado, que o réu "se encontra em lugar incerto e não sabido".

Com acerto, proclamou o Egrégio Tribunal de Alçada: 1 ,

"A citação-edital é, em nosso direito, providência de exceção, somente admissível depois de apurado que o réu se encontra, efetivamente, em lugar 'incerto e não

sabido'. Portanto, os pressupostos que a determinam devem apresentar-se bem apurados, para a ela se recorrer. Se assim não for, grave ofensa se praticará ao direito de

defesa" (cf. Julgados do Tribunal de Alçada, 1144, U' trim. 1967).

Todavia, se as buscas forem infrutíferas e não se puder mesmo localizar o réu, será ele citado por edital, com o prazo de 15 dias, assim como determina o art. 361

do CPP. Assim, publicado o edital na imprensa, onde houver, e afixado à porta do edifício onde o juízo tenha a sua sede, aguarda-se o decurso daquele prazo, após o

que, caso não compareça o citando no dia e hora designados, arcará com as consequencias previstas em lei (suspensão do processo e do prazo prescricional,

com

eventual produção antecipada das provas consideradas urgentes), ou, dependendo do caso (se constituiu advogado, p. ex.), o feito correrá a sua revelia.

Comparecendo o réu, ter-se-á por citado pessoalmente.

Cumpre esclarecer que, sendo o prazo fixado em dias, poderá parecer deva aplicar-se a regra contida no § 1.' do art. 798 do CPP, segundo a qual dies a quo non

computatur. Borges da Rosa é desse entendimento (cf. Processo, cit., v.

2, p. 387). Entretanto quer-nos parecer que não se deve confundir início do prazo com início

da sua contagem. Se a lei houvesse dito que o prazo seria de 15 dias a partir da publicação, aplicar-se-ia a regra de que não se computa o dia do começo... Mas

dizendo, como disse, no inc. V do art. 365, que o prazo será contado do dia da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua afixação, à evidência quis o

legislador computar o dia do começo. Trata-se de lex specialis que derrogat legem generalem. Todavia, não vemos mal nenhum em que se leia aquela expressão "o

prazo será contado"

como se estivesse escrito "o prazo correrá quando, então,

aplicar-

se-ia a regra do § 1.0 do art. 798, e isto porque, como a citação-edital é

excepcional, louvável será a interpretação que beneficie o réu. Desse modo, afixado o edital e publicado pela imprensa no dia 2 de fevereiro, a rigor o prazo se expiraria no dia 16. Entretanto tem-se admitido o termo final como sendo o

dia 17. Cumpre adiantar que, se a data desig nada para o comparecimento do citando for anterior ou mesmo coinci dir com o último dia do prazo, nula será a citação, salvo se o réu, na data aprazada, comparecer ao ato, ainda que para alegar a nulidade da citação (art. 570).

27. Quando o réu se oculta

Esta segunda hipótese está disciplinada no art. 362 do CPP. No Processo Civil, em caso dessa natureza, a citação seria feita com "hora certa", conforme está disciplinado nos arts. 227, 228 e 229.

Todavia o Processo Penal não admitiu essa modalidade de citação, e preferiu o legislador determiná-la por edital. Note-se que, na legislação anterior, em casos que tais, o processo corria à revelia do réu, sem outra providência, pois a sua ocultação era, na verdade, demonstrativa de desapreço à Justiça.

Ainda aqui, corno em todos os casos de citação-edital, a medida é de exceção, e a ela se recorre nos casos expressamente previstos em lei, uma vez apurada, de forma conveniente, a impossibilidade de se lançar mão da citação pessoal.

Por isso mesmo, com a segurança de sempre, Basileu Garcia ensina que a certidão do Oficial de Justiça deve ser bem clara sobre as circunstâncias que justifiquem a medida excepcional.

28. Quando o lugar em que estiver o citando for inacessível Neste caso, como diz o art. 364, a citação será feita por edital, com o prazo que varia de 15 a 90 dias, ficando o Juiz com o prudente arbítrio de fixá-lo dentro daqueles limites, de acordo com as circunstâncias.

0 Código estabelece em que consiste a inacessibilidade do lugar em que estiver o réu:

a) em virtude de epidemia;

b) em virtude de guerra;

c) por outro motivo de força maior.

Pontes de Miranda faz alusão, como motivo de força maior, à interdição por

motivo de ordem pública e ao perigo de ser atacado o Oficial de Justiça (cf. Comentários, cit., t. 3, p. 107).

Espínola Filho, por seu turno, dá outro exemplo de força maior, que toma inacessível o lugar em que estiver o réu: quando o Juiz estrangeiro recusa cumprir a rogatória, alegando que a sua lei não o autoriza a tanto. Neste caso, diz, o lugar torn~L-se inacessível, legítImando assim a citação-edital (cf. Código, cit., v. 2, p. 575, ri.

711).

29. Quando incerta a pessoa do citando

Cuidando o art. 363, 11, do CPP de citação de pessoa incerta, poderá parecer, à primeira vista, ser possível a instauração de processo contra desconhecidos. Não é neste sentido que a expressão

"pessoa incerta" está empregada, mas sim para indicar o réu que, por circunstâncias várias, não pôde ser perfeitamente individualizado pelo prenome, nome, filiação, naturalidade, profissão, idade, alcunha etc., mas que o foi por meio de certos esclarecimentos tais como altur id d

ticulares etc.

5

U, a e, cor, sinais par-

Na verdade, nem se conceberia, sequer, a propositura de ação penal contra pessoa desconhecida. Por isso mesmo exige o art. 41 do CPP, como um dos requisitos da denuncia ou queixa e, por

extensão, da portaria, a qualificação do acusado ou esclarecimentos elo is

sa identificá-lo.

Assim, quando oferecida denúncia contra uma pessoa individualizada apenas por meio daqueles esclarecimentos, fala-se em pessoa incerta, e, nesse caso, far-se-á a citação por edital, com

CPP, arts. 363, 11, e 364, última parte).

P - qua sepos-

o prazo de 30 dias (cf.

30. Quando o réu se encontrar no estran eiro

1

sabido

9

, em ugar não

Antes da Lei n. 9.271/96, fazia-se 4 citação por edital de réu que estivesse no estrangeiro, ainda que em lugar sabido, se a infração fosse afiançável. Atualmente, não. Seja ou não afiançável, se estiver em lugar sabido será citado mediante rogatória, com suspensão do prazo prescricional até o efetivo cumprimento do ato citatório. Mas, não sabido o lugar em que estiver, pouco importando seja ou não afiançável,

será citado por edital. Qual o prazo fixado nesse edital? 0 art. 368

silencia. Quer-nos parecer deva ser de 15 e 90 dias, dependendo das circunstâncias, consoante a regra do art. 364, aplicável por analogia.

31. Como se procede à citação por edital?

0 edital nada mais é que a reprodução do mandado do Juiz publicado na imprensa ou afixado à porta do edifício onde o juízo tenha a sua sede.

Assim, deverá o edital conter:

a) o nome do Juiz que a determinar;

b) o nome do réu, ou, se não for conhecido, os seus sinais característícos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo;

c) o fim para que é feita a citação;

d) o juízo e o dia, a hora e o lugar em que deverá o réu comparecer; e) o prazo, que será contado do dia da publicação do édito na imprensa, se houver, ou da sua afixação.

tume;

b) juntar aos autos exemplar do jornal da data em que foi publicado o edital, ou simplesmente certidão do escrivão, esclarecendo ter sido feita a publicação, devendo fazer referência à página do jornal com a data da publicação.

Na verdade, se a citação-edital é presumida, se constitui forma excepcional de se cientificar alguém de uma acusação que se lhe imputa, ao mesmo tempo em que o convoca a comparecer a juízo, é por demais evidente devam ser observadas todas as formalidades prescritas em lei, a fim de que não se coarte, ainda mais, o direito do réu.

Por isso mesmo proclamou o Egrégio Tribunal de Alçada: 0 edital, segundo se vê do ine. V do art. 365 e do parágrafo único desse dispositivo, deverá ser extraído em duas vias: uma será afixada, obrigatoriamente, à porta do edifício onde o juízo tenha a sua sede (Fórum), e a outra, encaminhada à imprensa, se houver, para publicação.

Afixado ou publicado o edital, cumprirá ao serventuário: a) certificar de que procedeu à afixação do édito no lugar do cos-

"A citação do réu, por se tratar de requisito essencial e dos mais importantes dos atos processuais, em homenagem aos princípios constitucionais da justiça penal, deve conter-se das rigorosas e indeclináveis formalidades, porque de sua eficácia resultam, como corolários, a plenitude da defesa e o contraditório" (cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal, 3116, 3.0 trim. 1967).

"Se cópia do edital não foi afixada à porta ou no átrio do edifício onde funciona o juízo, a citação se não aperfeiçoa. E a omissão nos autos, de certidão relativa ao cumprimento da exigência legal, induz presunção da realidade da falha, reconhecível mediante habeas corpus" (cf. Julgados, cit., 3/26, 4.' trim. 1967).

Sem embargo de a lei exigir a publicação do edital na imprensa, onde houver, o certo é que os nossos Tribunais, ultimamente, não têm admitido, como causa de nulidade, a não-publicação quando, porventura, não haja, na comarca, verba específica (ou, se houver, tenha-se esgotado) para tais publicações. Isto mesmo decidiu o Egrégio Tribunal de Alçada, por unanimidade:

"Em havendo imprensa local é obrigatória a publicação, pela mesma, dos editais citatórios, sempre que para tal haja na comarca verba específica e ainda não esgotada" (cf. Julgados, cit., 2116).

Cumpre, ainda uma vez, salientar que a causafinalis da citação é levar ao conhecimento do réu a notícia da imputação que se lhe faz, para que ele venha defender-se. A despeito disso, o Excelso Pretório, na Súmula 366, fixou:

"Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma taisfatos em que se baseia".

32. Revelia. Hipóteses. Conseqüências

0 acusado que, regularmente citado, pouco importando o modo pelo qual se procedeu à injus vocatio (mandado, precatória, rogatória, requisição ou edital), não atender ao chamamento, isto é, deixar de comparecer perante a autoridade que o convocou, no dia e hora previamente designados, será considerado revel.

A rigor, o nome técnico seria contumácia. A revelia é conseqüência da contumácia (não-comparecimento das partes).

não faz distinção.

Todavia o Código

Revel, ainda, se, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Nesta última hipótese, se havia prestado fiança, esta será tida como quebrada, nos termos do art. 328 do CPP, com as conseqüências apontadas no art. 343 do mesmo estatuto.

Em ambas as hipóteses, purgada a revelia, o processo tramitará normalmente. Assim também se justificar seu não-comparecimento.

Por exemplo, se o Oficial de Justiça certificar que o réu se encontra em lugar incerto e não sabido, e, publicado e afixado o edital, deixar de comparecer no dia e hora designados, o processo seguirá a sua revelia. Todavia, se mais tarde o réu provar que não teve notícia da citação, porque estava preso na mesma unidade da Federação onde a autoridade que expediu a ordem citatória exerce a sua jurisdição, não só deixará de haver a revelia, como também nula será a citação, devendo o processo ser anulado a partir daquele ato. Isto mesmo inseriu o STF na Súmula 351:

"É nula a citação por edita] de réu preso na mesma unidade da Federação em que o Juiz exerce sua jurisdição".

Se o réu alegar que não atendeu ao chamamento em virtude de ter sido submetido a uma intervenção cirúrgica, que lhe exigiu ficar de cama, quando da data do seu comparecimento, evidente não poder ser considerado revel.

Observe-se que, se o réu, devidamente citado ou regularmente notificado, deixar de comparecer, sem motivo justificado, perante a autoridade competente, para o interrogatório, reconhecimento, ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, poderá a autoridade determinar seja ele conduzido à sua presença. Nesse caso, como diz o parágrafo único do art. 260, "o mandado conterá, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe forem aplicáveis".

Convém, entretanto, assinalar que a autoridade processante somente poderá tomar a medida acima indicada se o réu se encontrar no território sujeito à sua jurisdição, mesmo porque o parágrafo único do art. 260 usa da expressão "mandado" e ainda manda observar os requisitos estabelecidos para essa ordem escrita. Quisesse o legislador permitir tal providência por precatória, teria determinado que, se fosse o caso, se obedecessem às disposições do art. 354.

A conseqüência da revelia, entretanto, no Processo Penal pátrio, não tem aquele rigorismo de outras épocas, quando se proclamava que contumax pro convicto et confesso habetur. Não. 0 fato de ser ele tido como revel não significa deva ser considerado culpado.

Exemplificando:

a) 0 réu foi citado pessoalmente, mas deixou de acudir ao chamamento.

Certificado o seu não-comparecimento no dia e hora designados, os autos vão conclusos ao Juiz, e este, então, nornear-lhe-á defensor, ou curador, se menor, e determinará a abertura de vista àquele que vai Patrocinar a defesa do ausente, nos termos e para os fins do art. 395 do CPP (defesa prévia), e o processo andará corno se o réu estivesse presente.

b) Se atendeu ao chamado, foi interrogado e, depois, embora dev damente notificado, deixou de comparecer para assistir à ouvida da testemunhas, este ato e os que se lhe seguirem, até sentença, será validamente praticados na sua ausência notificação.

Com as alterações introduzidas no Capítulo das citações pela Le n.

9.271/96, temos de distinguir duas situações: a) Se o réu citado po edital não comparecer nem constituir advogado, ficarão suspensos

processo e o prazo prescricional, podendo o Juiz determinar a produ ção antecipada das provas de natureza urgente. E, se as circunstância indicarem que ele está querendo subtrair-se à aplicação da lei penal poderá ser considerado foragido, tal como o definia o art. 113 do Pro jeto n. 633/75. No mesmo sentido o art. 96 do Projeto n. 1.655183 Nesse caso, poderá o Juiz decretar-lhe a prisão preventiva com fundamento no art. 312. b) Se o réu, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, sem comunicar ao juízo o novo endereço, o processo correrá à sua revelia, a teor do art. 367 do CPP.

Convém assinalar, contudo, que, se o réu não compareceu para ser interrogado, mas, sem embargo de lhe ter sido decretada a revelia, a qualquer tempo, antes da sentença final, espontaneamente ou porque o Juiz entendeu conveniente determinar sua condução coercitiva (art. 260), comparecer ao Fórum, deverá ser interrogado, pois é direito seu ser ouvido. Aliás, o CPP erige à categoria de nulidade a ausência de interrogatório do réu, quando presente (art. 564, 111, e).

Vimos que, havendo a revelia, os atos posteriores ao não-comparecimento do

acusado são validamente praticados na sua ausência Aliás, é o que dispõe o art. 367.

Contudo, convém fazer duas observações:

a) tratando-se de réu a quem se impute crime inafiançável da comPetência do Júri, se, citado pessoalmente, não atender ao chamamento, o processo prossegue seu trâmite normal até a pronúncia, nos termos dos arts. 413 e 414 do CPP; b) não sendo crime da alçada do Júri ou,

. Não se lhe fará mais qualquer

ainda que o seja, se for afiançável, citado pessoalmente, se desatender ao chamado, o processo tramitará normalmente, à sua revelia, sem necessidade de novas intimações, salvo se houver condenação (art.

392 do CPP).

33. Das notiricações e intimações

No Capítulo 11 do Título X do Livro 1, o Código trata, apenas, das intimações. Por que não cuidou das notificações? Decerto por não haver o legislador vislumbrado qualquer interesse prático na distinção entre intimação e notificação. Aliás, a distinção é apenas doutrinária, sem nenhum reflexo na prática.

Para Basileu Garcia, no sistema do vigente estatuto processual penal, são sinônimas as palavras "intimação" e "notificação". E, na verdade, compulsando-se o CPP, conclui-se que o legislador não se preocupou em estabelecer distinção entre ambas, empregando-as indiferentemente, às vezes até em sentido inadequado e impróprio, mas sempre a indicar sua causafinalis, isto é, a finalidade de ambas: cientificar, dar ciência a alguém. Na verdade, observem-se estes exemplos: no art. 429 fala-se em intimação dosjurados, quando o certo seria notificação dos jurados; o art. 367 fala em revelia do réu intimado para qualquer ato do processo, quando deveria ter dito do réu notíficado para qualquer ato do processo; o art. 218 fala em testemunha intimada em lugar de testemunha notificada; o § 2.' do art. 271 fala em intimação do assistente em lugar de notificação do assistente.

Mas, embora o Código não se tenha interessado em distinguir um instituto do outro, a diferença existe doutrinariamente. Notificação, de notus ficare, é, como ensina Pontes de Miranda, o meio judicial de se dar conhecimento a alguém de que, se não praticar, ou se praticar certo ato, ou certos atos, estará sujeito à cominação. Já a intimação é a comunicação de ato já praticado (cf. Comentários, cit., v. 3, p. 4).

Ainda a propósito, a lição de Gabriel de Rezende Filho: "notificação é o conhecimento que se dá a alguém, para praticar ou deixar de praticar algum ato, sob certa cominação. Intimação é o modo de levar algum ato do processo ao conhecimento das partes ou de terceiros"

(cf. Curso de direito processual civil, v. 2, p. 82).

Frederico Marques, com apoio em Camara Leal e Pontes de Miranda, ensina que a notificação se projeta no futuro, visto que leva ao conhecimento do sujeito processual, ou de outra pessoa que intervenha no processo, o pronunciamento jurisdicional determinando um facere o um nonfacere. A intimação, ao revés, relaciona-se com atos pretéritos E

explica: intima-se o advogado de uma das partes sobre um determi

nado despacho e notifica-se a parte para comparecer, a fim de presta depoimento pessoal sob pena de confissão (cf. Instituições, cit., v. 2, p. 489-90).

Na doutrina processual penal, encontram-se as mesmas conceituações.

Basileu Garcia ensina que a notificação envolve uma determinação da autoridade para a prática ou abstenção de um ato. Já a intimação consiste na cientificação de um atojá praticado, um despacho ou uma sentença (cf. Comentários, cit., p. 373).

Esse, também, o ensinamento de Galdino Siqueira (Curso de processo criminal, 2. ed., 1930, p. 122).

A intimação é, pois, a ciencia que se dá a alguém de um ato já praticado, já consumado, seja um despacho, seja uma sentença, ou, como diz Pontes de Míranda, é a comunicação de ato praticado.

Assim, intima-se o réu de uma sentença (note-se que o réu está sendo

cientificado

de um ato já consumado, já praticado, isto é, a sentença).

A notificação, por outro lado, é a cientificação que se faz a alguém (réu, partes, testemunhas, peritos etc.) de um despacho ou decisão que ordena fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sob certa cominação. Assim, a testemunha é notificada, porque se lhe dá ciência de um pronuncíamento do Juiz, a fim de comparecer à sede do juízo em dia e hora designados, sob as cominações legais. Se não comparecer, estará ela sujeita àquelas sançoes a que se referem os arts.

218 e 219 do CPP.

Pergunta-se: somente se fará notificação às testemunhas e aos réus? Não.

Todas as vezes que a autoridade determinar seja alguém cientificado de que deve praticar ou abster-se de praticar algum ato, implicando o

desatendíniento na aplicação de uma sanção, então se pode falar, tecnicamente, em notificação. Exclui-se dessa conceituação o chamamento inicial, que se faz por meio da citação. Assim, notificam-se as testemunhas para que venham depor.. E se não atenderem ao chamamento?

Sujeitar-se-ão às sanções previstas nos arts. 218 e 219. Notifica-se o reu para assistir à ouvida das testemunhas. E se não vier? 0 processo seguirá à sua revelia, nos termos do art. 367. Notifica-se o perito a comparecer perante a autoridade ou em local designado. A desatenção sujeitá-lo-á à cominação prevista no parágrafo único do art.

277. Idêntica medida se tomará contra o intérprete, quando notificado, por força

do que dispõe o art, 28 1. A vítima é notificada para comparecer perante a autoridade para prestar declaração, uma vez que sua desatenção implicará a medida inserta no parágrafo único do art. 201. Os jurados são notificados a comparecer à sessão do Júri. Se não atenderem, sujeitarse-ão àquela cominação imposta no art. 443. Para qualquer ato do processo, o assistente de acusação deve ser notificado, pois sua desatenção acarretará a cominação prevista no § 2.' do art. 271.

Notificado também deverá ser o querelante, quando se tratar de ato processual a que deva estar presente, pois seu não-comparecimento acarretara a perempção, nos termos do ínc. 111 do art.

60. 0 Promotor e o Defensor são também notificados, pois sua desatenção pode levar o Juiz, no primeiro caso, a comunicar o fato ao Chefe do Parquet e, no segundo, a aplicar a regra contida no art.

265 do CPP.

E como se fazem as notificações e intimações? Deverá ser obser~ vado, no que for aplicável, tudo quanto falamos sobre citação. Assim, se a pessoa que deve ser notificada residir no território do Juiz processante, será feita a notificação por mandado. Se residir fora, tanto o poderá ser por precatória como por rogatória (CPP, arts. 353 e 780).

Não se concebe, contudo, a notificação de testemunha por edital. Se ela estiver em lugar incerto ou não sabido, ou lugar inacessível, qual seria a vantagem de notificá-la por edital? Cita-se o réu por edital, nesses casos, porque ele tem o direito de ser ouvido, e, então, de alguma sorte, procura-se resguardar tal direito por meio da citação ficta. Não assim a testemunha, que, diga-se de passagem, não tem direito algum a ser preservado. Ademais, o réu é sempre insubstituível, dada a sua qualidade personalíssima, e as testemunhas, por razoes óbvias, são, de regra, substituíveis (arts. 397 e 405).

Tratando-se de testemunha que esteja presa, é preciso distinguir: se presa em outra comarca do território nacional, será expedida carta precatória, e, no juízo deprecado, observado o disposto no art.

360, será ela ouvida (art. 222). Se presa no território sujeito à jurisdição do Juiz processante, será requisitada sua presença à sede do juízo, mediante simples ofício (art. 360).

Sendo funcionário público, aplicar-se-á a regra contida nos arts. 222 e 221, § 3.'.

E, se a notificação deve ser feita ao réu, ainda assim poderá ser feita por edital? Responda-se: não. Já se sabe que, quando o réu é citado regularmente, sob pena de revelia, não pode sequer ausentar-se da sua residência por mais de 8 dias.

Assim, indo o Oficial de Justiça à sua

residência para notificá-lo e ciente de que ele se mudou, certificará tal circunstância no verso do mandado, e, então, nos termos do art. 367, o processo prosseguirá à sua revelia.

1

Em resumo: as notificações poderão ser feitas às partes processu ais, réus, vítimas, testemunhas, peritos, intérpretes e, enfim, a qualque pessoa que deva estar presente à realização do ato, sob uma cominaçao Serão feitas por mandado, precatória, ofício requisitório e, em se tra tando de funcionário público, com as cautelas apontadas no art.

359.

0 que há de particular - e isto é interessante - é a forma pek qual se procede à notificação do jurado, quando um Oficial de Justiça não o encontrar, embora esteja ele no município. Trata-se de maneira um tanto quanto semelhante ao procedimento da citação por hora certa, do Processo Civil. Um tanto quanto semelhante, note-se bem. Veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 429, § 2.0, do CPR

As intimações são comunicados de atos já praticados. Intima-se o réu. Em suma: intima-se a pessoa que deva ser cientificada da realização do ato, seja simples despacho, seja sentença.

Nas intimações (e notificações também) dos réus, testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato do processo, é de ser observado, no que for aplicável, o disposto no capítulo das citações, nos precisos termos do art. 370 do CPP. Tratandose de defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente da acusação, a intimação é feita por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da Comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. Se na Comarca houver jornal que publique os atos judiciais, tanto melhor. Não havendo, resta indagar se são publicados pela Imprensa Oficial que se edita na Capital do Estado. Se forem, as intímações serão aí publicadas.

Se não houver nem um nem outro, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, pessoalmente, ou por mandado, ou via postal com aviso de recebimento (AR), ou por qualquer outro meio idôneo.

Tratando-se de Ministério Público e Defensor dativo, a intimação será sempre pessoal (§ 4.0 do art. 370 do CPP).

As intimações dos Defensores constituídos, e Advogados do querelante e do assistente, pela imprensa, tal como previstas no § 1.' do art. 370, agilizam o processo.

Malgrado todas essas novidades, quando se tratar de ouvir testerGunha por precatória, os juízes continuam com o mau vezo de deteriní nar a intimação apenas da expedição da precatória, nos termos do art. 222

do CPP

Se as partes devem ser intimadas e notificadas das decisões e despachos, a nosso juízo, fere o princípio da ampla defesa não ser o Advogado notificado (ou intimado) do despacho designando data para ouvida de testemunha no juízo deprecado. Além de um não-senso, tais condutas representam, sem dúvida, absoluta falta de sensibilidade.

Intimado o Advogado da expedição da precatória, obviamente passa a saber que a precatória foi expedida. Mas, para saber a que Vara foi ela distribuída, deverá fazer pesquisa junto ao Distribuidor e, uma vez localizada a Vara, nova pesquisa no balcão para saber se já houve designação. Em caso negativo, volta à sua Comarca; em caso positivo, procura saber a data e a hora da audiência. Às vezes o juízo deprecado está localizado bem distante e até mesmo em outro Estado. Às vezes a cartaprecatória ainda nem chegou, outras vezes ainda não se designou data... Sendo assim, como efetivamente é, evidente deva o Advogado ser intimado, nos termos do § 1.' ou 2.0 do art. 370 do CPP. A intimação a que alude o art. 222, obviamente, não é para a Defesa tomar ciência de que deve comparecer em tal dia e a tal hora no juízo deprecado. Como poderia comparecer, ante a falta de informação a respeito? Observe-se que o juízo deprecado oficia ao deprecante, comunicando-lhe o dia e a hora da audiência. E, ao receber essa notícia, que prejuízo advirá para a Justiça em registrar o Magistrado: "J. Ciência às partes"? Por outro lado, não agindo assim, a Defesa

fica prejudicada, principalmente se se tratar de Defensor dativo... Dir-se-á que no juízo deprecado, não comparecendo o Advogado, o Juiz nomeará um, apenas para o ato. E que reperguntas poderia formular esse Advogado ad hoc, sem conhecimento do processo? Haveria um arremedo de defesa... Repita-se: a intimação a que se refere o art. 222 tem outro sentido. Nem se diga que o Advogado deve ir todos os dias à Vara por onde tramita o processo para saber se já chegou o ofício do juízo deprecado... Se a Defesa não for intimada da designação, parece-nos, com a devida vênia, que a omissão fere princípio constitucional, impedindo o exercício da ampla defesa, e como esta é uma das garantias do "devido processo legal", segue-se, como bem afirmado por Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, não haver espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas (As nulidades, cit., p. 21).

Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Habeas Corpus n.

73.822~2-PB, relator o eminente Ministro Marco Aurélio, assim decidiu, à unanimidade, em 20-8-1996: "Devido processo legal. Carta precatória. Oitiva de testemunha de defesa. Intimação. 0 exercício do direito de defesa Pressupõe a necessidade de

intimaçãospteaZuaaudiência designada, no juízo deprecado, visando à oitiva de

nha. A formalidade é essencial à valia do ato, implicando, a falta de observação, a nulidade do processo. A ciência referente à expedição da carta precatória não a supre". Era preciso fosse feita a distinção entre intimação da expedição da carta precatória e intimação da designação da audiência. E a Suprema Corte, embora tardiamente, assim o fez.

É de esperar que essa veneranda decisão seja observada em todos os Juízos.

capítulo 40

1. Noções preliminares

Da Prova

SUMÁRIO: 1. Noções preliminares. 2. Prova emprestada. 3. Liberdade de prova. 4. Ônus da prova. 5. Apreciação das provas. 6. Das perícias em geral. 7.

Realização da perícia. 8. Necropsia. 9. Exumação.

10. Exame complementar. 11. Exames dos escritos. 12. Exames por precatória.

Que se entende por prova? Essa indagação constitui a primeira dificuldade para aquele que aborda o tormentoso problema das provas judiciais. É

sabido, diz

Brichetti, que a finalidade do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica. Tal fim se

alcança por meio das provas que se produzem e se valoram segundo as normas prescritas em lei (Vevidenza, cit., p. 7).

A palavra prova significa, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de

certos fatos. É o instrumento de verificação do thema probandum. Às vezes, emprega-se a palavra prova com o sentido de ação de provar. Na verdade, provar

significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os Outros não.

Cumpre-nos, então, se quisermos provar, isto é, se quisermos iornar conhecida de outros a verdade de que temos ciência, apresentar os necessários meios para

que dela tomem conhecimento. De fato. Este é o significado da palavra prova quando se diz que o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação, ou, segundo a

fórmula latina, actori incumbit probatio, isto é, a prova incumbe ao autor da tese que deve ser provada. Cumpre àquele que faz uma afirmaçao em Juízo prová-la. Se o

Promotor afirma, na denúncia, que Tício subtraiu, para si ou para outrem, a importância de R$ 300,00 de Mévio, cumpre-lhe provar essa alegação; cabe-lhe carrear

para os autos os necessários meios, elementos, por intermédio dos quais se demonstre o acerto da sua afirmação.

Por isso, com acerto diz Dellepiane: provar um fato é estabelecer no processo a sua existência, é demonstrar que existiu antes ou que existe na atualidade.

Objetivo da prova. 0 objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessanos para a decisão da causa. Parajulgar o litígio,

precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o

da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela

maneira.

Objeto de prova. 0 objeto de prova, diz Manzini, são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma

comprovação. Insta acentuar que a palavrafato, em matéria processual, principalmente no campo probatório, tem um conceito bastante amplo: compreende os diversos

acontecimentos do mundo exterior, e, segundo Florian, esse conceito se estende e alcança coisas, lugares, pessoas e documentos. Tão extenso é seu conceito, sob o

ponto de vista da prova, que Alcalà-Zamora chega a esta afirmação: é fato o que não é direito. Por isso, acrescenta o festejado mestre, a prova pode recair sobre fatos

de natureza diversa: um cadáver, armas, instrumentos, substâncias nocivas, insanidade mental etc.

Somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam uma comprovação, é que constituem objeto de prova. Desse modo, excluem-se os

fatos

notórios. Provar a notoriedade é tarefa de louco, já se disse. Tanto a evidência como a notoriedade não podem ser postas em dúvida. Ambas produzem no Juiz o

sentimento da certeza em torno da existência do fato. Explica Manzini: se um fato é evidente, não pode

o Juiz desconhecê-lo, pois sua discricionariedade na valoração da prova se exercita no terreno da dúvida, não se podendo admiti-Ia no da certeza (cf. Tratado de

derecho procesal penal, trad. Sentís Melendo, v. 3, p. 206).

Daí a máxima notor.ia vel manifesta non egent probatione (o notório e o evidente não precisam de prova). É verdade, como diz Manzini, que "probar lo evidente

és algo, no sólo superfluo, sino estúpido, por lo menos para el derecho".

Se um homem se move e fala não há necessidade de prova para demonstrar que está vivo,

mas, "se se encuentra un cuerpo humano putrefacto, ni un filosofo siqueira podría poner en duda que se trate de un cadáver..." (V. Manzini, Derecho procesal penal,

v. 3, p. 205, Buenos Aíres, EJEA, 1952, trad. Sentís Melendo). Sem embargo, se se trata de homicídio, embora não se duvide nem se p(.Ssa duvidar de que aquele

corpo seja de uma pessoa morta, a lei exige, malgrado o princípio do livre convencimento do Juiz, sob pena de nulidade, o exame de corpo de delito, não para

constatar que a pessoa está morta (o que é evidente), mas para precisar a causa mortis.

0 fato evidente representa o que é certo, indiscutível, induvidoso, de maneira segura, rápida, sem necessidade de maiores indagações. Notórios são os fatos

que

pertencem, como diz Brichetti, ao património estável de conhecimento do cidadão de cultura média, em uma determinada sociedade. Estes fatos devem considerar-se

conhecidos do Juiz, já que sua noção forma parte de sua ordinária cultura (Vevidenza, cit., p. 98). E Betti ensina que de tal gênero são alguns fatos da natureza, os fatos

históricos, os acontecimentos mais notáveis da vida nacional (cf. Dírítto processuale civile, 2. ed., 1936, p. 318, ri. 85).

Sabe-se que na década de 30 a nossa moeda era o "mil-réis" e que desde julho de 1994 passou a ser denominada "real"; sabe-se que no dia 25 de dezembro

comemora-se o Natal. São fatos notórios e que não precisam ser provados, posto fazerem parte da nossa cultura.

Já se afirmou até que o grau de certeza que deriva da notoriedade de um fato é maior que o nascido da prova. La notoriedad, precisamen -te por ser tal, no tiene

necesidad de prueba (cf. Brichetti, La evidencia en el derecho procesal penal, trad. Sentís Melendo, 1973).

0 que não se deve é confundir a notoriedade com a vox populi, Çt porque esta pode divulgar um fato que não é verdadeiro, enquanto que a notoriedade de um

fato constitui prova da sua verdade". Note-se, contudo, que o conceito de notoriedade é relativo. Um fato pode ser notório em determinado lugar e para determinadas pessoas. Respeitante ao Direito, este não precisa ser provado; presume-se do conhecimento do Juiz. Todavia os costumes,

regulamentos, portarias, Direito estrangeiro podem ser notórios em determinado lugar e em determinada esfera social, mas, se não forem da ciência do Juiz, devem ser

provados. A propósito, o art. 337 do CPC. Se alguém alega a ausência de uma condição objetiva de punibilidade, qual a de não constituir infração penal o fato

cometido no exterior (CP, art. 7.', § 1% b), cumpre-lhe provar a vigência e o teor da lei. Se o Juiz dela tiver conhecimento, dispensável será a prova. Certo ser difícil,

muitas vezes, provar o teor de uma lei estrangeira. Bastará, então, indicá-la por intermédio de uma obra jurídica de real valor.

Ao lado dos fatos notórios, as denominadas máximas da experiência,

"noções e conhecimentos ministrados pela vida prática e os costumes sociais". São juízos

formados ante o quod plerumque accidit (o que normalmente acontece) "e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média".

Sabem, por exemplo, os Juízes das Comarcas de Jaú, Barra Bonita, Lençóis Paulista, todas do Estado de São Paulo, que, durante a safra canavieira, é grande o

movimento de caminhões e até treminhões pelas estradas.

Mas é de notar que tais circunstâncias "no suponen Ia prohibición de una prueba contraria". As máximas da experiência, com o passar dos anos tendem a

alterar-se. Couture observava que uma máxima da experiência para um Juiz romano do tempo de Augusto dispensava a prova de que uma mesma pessoa não podia

estar presente no mesmo dia em Atenas e em Roma (E. J. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Depalina, 1972, p.

230).

Também as presunções (juris et de jure) dispensam ser provadas pelas partes que as alegam. Se o querelante afirma que Tício estuprou Pafúncia, menina de 9

anos, muito embora seja indispensável a violên~ cia para a configuração do estupro, está o acusador dispensado de prováIa, pois, nos termos do art. 224, a,

do CP,

presume-se a violência quando a ofendida for menor de 14 anos.

E o fato incontroverso? Em princípio, não. Contudo, a circunstância de acusador e defensor acordarem quanto à sua existência ou inexistência não priva o Juiz de

fazer diligências a respeito, tal como lhe permite a segunda parte do art. 156 do CPP, mesmo porque "el juzgador debe llegar a la verdad de los hechos tal como

ocurrieran históricamente".

Fonte de prova. Entende-se por fonte de prova tudo quanto possa ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias. Assim, a denúncia, embora

não seja elemento ou meio de prova, é uma fonte desta, uma vez que contém indicações úteis, exigindo comprovação.

Meio de prova. E tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo.

Elementos de prova. Como tais se entendem, na lição de Manzini, todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do Juiz.

As provas podem ser diretas ou indiretas, conforme se refiram ao proprio fato ou thema probandum, ou, então, a outro, mas que, por ilação, levam ao fato

probando. 0 testemunho de auditu é prova indireta. Já o testemunho de visu é prova direta.

A prova pode ser pessoal ou real. A primeira é "toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados". 0 testemunho, o interrogatório, a

declaração da vítima, um documento. Diz-se real quando a prova emerge do próprio fato: a mutilação de um membro.

Quanto à forma, a prova pode ser pessoal, significando a afirmação feita por

uma pessoa: testemunho, interrogatório, declaração; documental, que é a afirmação

feita por escrito; e material, "consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando": o instrumento do crime, os producta sceleris, as coisas

apreendidas, os exames periciais.

As provas são regidas por princípios diversos, destacando-se, entre eles, o da oralidade (normalmente as provas são produzidas oralmente), o da comunhão da

prova (produzida a prova, esta pode ser aproveitada tanto pela Acusação como pela Defesa, inclusive, obviamente, pelo Juiz); o do contraditório (produzida a prova, a

parte ex adversa tem o direito constitucional de poder manifestar-se sobre ela; se produzida pelo Juiz, sobre ela têm as partes o direito não só de tomar ciencia da sua

produção, como, também, o de se pronunciar sobre ela).

2. Prova emprestada

Como o próprio nome está a indicar, prova emprestada é aquela colhida num processo e trasladada para outro. Ora é um testemunho, ora uma confissão, uma

perícia, um documento, enfim, uma prova qualquer produzida num processo e transferida para outro. Não há dúvida quanto a essa possibilidade.

Contudo, vigorando

entre nós os princípios do

contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa "prova emprestada" fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório, do contrário ela se toma ilícita, posto que obtida com violação de princípios constitucionais.

Se a prova, para ser válida, deve passar pelo exame das partes, é induvidoso que

uma prova colhida em um processo e transferida para outro não pode ter o menor valor. E o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro chega a dizer, e com razão, que aprova emprestada é um fato, apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova e, como toda prova, urge passar pelo contraditório. Se assim não ocorrer, cumpre ser repelída, sob pena de invalídade: contrasta com o devido processo legal (Prova emprestada, artigo publicado no Correio Brasiliense, Coluna "Direito & Justiça", 2-9-1996).

E, na verdade, o contraditório é, como professa Germano Marques da Silva, essencial para a valoração da prova, em termos tais que a prova que não lhe for submetida não vale para formar a

convicção. 0 fato só pode ser julgado provado ou não provado após a submissão dos meios de prova ao contraditório em audiência (Curso de processo penal, Loures, Ed.Verbo, 1993, v. 2, p. 84). Assim, a prova emprestada não submetida ao contraditório no processo para o qual foi trasladada, não tem nenhuma valia, não podendo formar validamente a convicção do Julgador.

Actafacta in unojudicio in aliojudicio nonfidemfaciunt. Os atos produzidos em juízo não têm eficácia em outro... E se o processo de onde se trasladou a prova houver sido anulado? Com muito mais razão é de ser aplicado o aforismo, uma vez que a nulidade contaminou também a prova.

3. Liberdade de prova

Grosso modo, os Códigos de Processo Penal fazem enumeração dos meios de prova e, às vezes, com ou sem enumeração, deixam válvula aberta para a introdução de outros meios probatórios. Desse

naipe eram o CPP italiano de 1930 e a Ordenação Processual Penal alemã.

Assim é que o art. 459 daquele diploma dispunha sobre a apresentação de qualquer outra coisa que pudesse servir de convicção ou de desculpa. Assim, também, o § 245 da Strafprozessordnung (Umfang der Beweísaufnahme).

Vigorando no Processo Penal o princípio da verdade real, é lógico não deva haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da lei. A atitude do Juiz no cível, doutrina Dellepiane,

é, em certo modo, passiva, e a prova reveste, então, o caráter de uma confrontação. No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdades feitas, de um acontecimento que se lhe apresente reconstruído pelas partes, está obrigado a procurar, por si mesmo, essas verdades.

Apesar disso, os Códigos de Processo Penal, em sua maioria, estabelecem restrições quanto à prova. Não vigora, como se poderia pensar, o absoluto princípio da liberdade de prova.

E entre nós? Quais as provas que o nosso CPP admite? Apenas aquelas elencadas nos arts. 158 a 250? Pondere-se, por primeiro, que de modo geral os Códigos fazem uma enumeração dos meios probatórios, sem, contudo, exauri-los, mesmo porque seria muita pretensão do legislador não prever sua própria falibilidade. Por isso mesmo grande parte da doutrina entende que essa enumeração não é taxativa. Tal doutrina é tão importante que chega mesmo a se refletir sobre o Direito Positivo. E o caso, por exemplo, do art. 332 do CPC, do art. 295 do CPPM e do art. 257 do Projeto n. 1.655/83, do CPP. Verbis:

"Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são admissíveis para provar a verdade dos fatos, e, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil".

Aqueles que defendem a tese da taxatividade (e entre eles Giovanni Leone) fazem-no receosos de se permitir o uso de provas que possam repugnar "al nostro senso morale" e que possam afetar a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, os que defendem a tese da não-taxatividade fazem restrição a todo e qualquer meio de prova que atente contra a moralidade ou viole o respeito à dignidade humana.

1

Sendo assim, podemos afirmar que a tendência, hoje, é no sentido de se abolir a taxatividade, tendo-se, contudo, o cuidado de se vedar qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade humana.

Nesse sentido o art. 189 do atual CPP italiano. Verbis: "Prove non disciplinate dalla legge. I. Quando è richiesta una prova non disciplinata

dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede

all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova".

0 CPP não faz restrição desse naipe. Contudo não limita os meios de prova. Logo, não há qualquer impedimento à produção de outras provas além daquelas

indicadas nos arts. 158 a 250 do estatuto processual penal. 0 veto às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, de modo geral, decorre de

princípios constitucionais e, por isso mesmo, não pode ser olvidado.

E a prova maior da não-taxatividade dos meios de prova no sistema do nosso CPP pode ser aferida pela própria redação do art. 155.

Em princípio, há, pois, uma liberdade na procura da verdade real, quer na fase de investigação policial, como se infere dos incs. IV, V, VI, VII, VIII, IX do art.

6.0 do CPP, com especial ênfase para o inc. 111, onde se fala de "todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias", quer na fase

instrutória, como se dessume pela redação do art. 155 do mesmo estatuto.

Assim, não há, em princípio, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão-somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra

a dignidade da pessoa humana. E por que não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.

Por essas razões, não se admitem as provas conseguidas mediante torturas, como os interrogatórios fatigantes, exaustivos, mesmo porque conseguidos com

preterição da norma contida no art. 5.", 111, da Lei Maior. Metem-se a rol entre as provas não permitidas aquelas objeto de captação clandestina de conversações

telefônicas (CF, art. 5.', XII), de microfones dissimulados para captar conversações íntimas, o diário, onde algumas pessoas registram, com indisfarçável nota de

segredo, os acontecimentos mais importantes do seu dia-a-dia. Tais provas não podem ser permitidas porque violatórias da vida íntima da pessoa, e, como se sabe, a

Constituição dá proteção à privacidade, como se constata pelo art. 5.0, X

e XII.

A propósito, Ada Pellegrini Grinover: "É, assim, nas normas constitucionais e nos princípios gerais da Lei Maior que se devem subsumir a avaliação substancial

do ilícito extrajudícíal e a qualificação processual de sua repercussão dentro do processo, deduzindo-se a proibição

de admitir as provas obtidas contra a Constituição e sua ineficácia, diretamente desta" (cf. Liberdades públicas e processo penal, Saraiva, 1976, p. 200).

Também porque violatórias das normas contidas nos incs. 11 e III do art.

5.' da Lei das Leis, não podem ser admitidas as provas conseguídas por meio de

hipnose, narcoanálise (estupefacientes em geral), lie-detector, retinoscópio etc.

0 soro da verdade (serum truth), em face do Direito, ensina Frederico Marques, é método investígatório absolutamente inaceitável, porque, em nome de uma

falsa ciência e de uma técnica de resultados hipotéticos e aleatórios, pretende obrigar o acusado a depor contra si próprio, o que constitui violação frontal de uma das

garantias mais intangíveis do direito de defesa.

A advertência é extensiva a todos e quaisquer processos para a obtenção de prova e que possam produzir alterações do estado físico ou psiquico da pessoa.

Somente estas as restrições à prova? Não. 0 art. 155 do CPP restringe a prova no que tange ao estado civil das pessoas: "No juízo penal, somente quanto ao

estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil".

E a razão dessa restrição é acentuada muito bem por Manzini:

"Las cuestiones relativas al estado de las personas no son de interés exclusivamente privado, sino que implican graves y delicados intereses de orden público en

cuanto se refieren al ordenamiento elemental y fundamental de la sociedad. Precisamente por ello exige la ley procesal civil, bajo pena de nulidad denunciable de

oficio, la intervención del ministerio público en las causas que dicen relación al estado de las personas" (Tratado, cit., v. 3, p. 218-9).

Desse modo, se a prova deve versar sobre "estado das pessoas", o Juiz penal somente terá o fato como provado se lhe forem obedecidas as restrições

estabelecidas na lei civil. Assim, se o Promotor oferecer denúncia contra B, pelo crime de sedução, e insistir na majoração da pena, pelo fato de ser o agente casado,

nos termos do art. 226, 111, do CP, mesmo que o Juiz venha a condenar o culpado, não poderá exasperar a pena se, de acordo com a lei civil, não for feita a prova de

que o acusado é casado. E tal prova se faz nos termos do art. 202 do CC, salvo a hipótese do seu parágrafo único.

"0 fato do estupro encontra farta documentação nos autos. 0 que não ficou provado legalmente foi a majoração do artigo 226, n. 111, do C. Penal, ou seja, a

circunstância de ser o réu casado. Essa prova não pode ser feita quer por confissão, quer por testemunhas, mas, tão-somente, pelos meios estabelecidos na lei civil,

consoante disposição do artigo 155 do C. R Penal" (Darcy A. Miranda, Repertório de jurisprudência, n. 4.392).

E há outras. 0 Juiz penal não pode determinar a realização de provas a respeito de questões prejudiciais heterogêneas (CPP, arts. 92 e 93); o Juiz penal não pode

fazer pesquisa sobre a validade ou invalidade da sentença declaratória da falência (cf. CPP, art. 511). A reincidência só se prova mediante certidão da sentença

condenatória com a nota explicativa de haver transitado em julgado. 0

Juiz penal não pode decretar extinta a punibilidade pela morte do agente, se não for juntada aos

autos a respeciva certidão de óbito, nos termos do art. 62 do CPP. Outras restrições existem, haja vista as normas que se contêm nos arts. 207, 233, 243, § 1% e 158

do CPP. Acrescente-se, ainda, a exigência da cópia do decreto para o reconhecimento da graça ou indulto (art. 192 da LEP), das certidões e atestados referidos nos

ines. 1, Il e 111 do art. 744 do mesmo estatuto, da autenticação e legalização da sentença estrangeira para ser homologada (CPP, art. 788).

Às vezes é o tempo que exerce influência na liberdade da prova. Assim, se o órgão da acusação ou o querelante não arrolar testemunhas quando da oferta da

denúncia ou queixa, nos termos do art. 41 do CPP, não mais poderá fazê-

lo. Diga-se o mesmo a respeito da Defesa, se deixar de aproveitar a oportunidade de que trata

o art. 395 do CPP. É bem verdade que, nesses casos, bem pode o Juiz fazer suas testemunhas arroladas serodiamente...

Outras vezes a lei impede que se produza determinada prova em certa fase procedimental; é o que ocorre nos processos de crimes da competência do júri:

na fase

das alegações nenhum documento será juntado aos autos (CPP, art. 406, §

2.'). 0 art. 475 do mesmo estatuto proíbe a leitura em plenário de documento cujo conteúdo

não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência mínima de 3

dias, se relacionado com o fato objeto do processo.

Percebe-se, desse modo, que a liberdade de prova no Processo Penal não é tão absoluta quanto se cuida, de molde a permitir todas e quaisquer espécies de meios

probatórios.

Quanto ao problema da ilicitude e ilegitimidade das provas, merece ele maior exame. Há uma distinção doutrinária entre provas ilícitas e provas ilegítimas.

Enquanto aquelas, segundo Nuvolone, são as obtidas com violação de normas materiais, as ilegítimas são as introduzidas no processo contra as determinações de

normas processuais (cf. Nuvolone, apud Ada Pellegrini Grinover, Jurispenal do SU, 37/20). Assim, por exemplo, a confissão do indiciado conseguida pelo

lie-detector seria uma prova ilícita porque conseguida criminosamente. Na verdade sua obtenção infringiria o disposto no art. 146 do CR Em se tratando de cartas

particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, além de ilícitas, em face do processo de obtenção, são ilegítimas, porque vedadas pelo art. 233 do CPR

A Constituição Federal de 1988 extinguiu o discrime entre provas ilegítimas e provas ilícitas. Na verdade, dizendo o art. 5.', LVI, da Lei Maior serem

"inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", isto é,

conseguidas por meio de violação de normas de direito material e constitucional, evidente que

as provas até então denominadas ilegítimas, como as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos, posto terem sido obtidas ilicitamente, inserem-se no rol das

provas ilícitas.

Antes mesmo da promulgação da Lei Maior, em 1988, havia, na doutrina, grande discussão quanto à possibilidade de o Juiz levar em consideraçao uma prova

obtida ilicitamente. Ada Pellegrini Grinover, já em sua tese de concurso (Liberdades, cit., p. 200), fez primoroso estudo sobre as tendências da doutrina. Parte desta

entende que nada impede a admissão de provas ilícitas no Processo Penal.

Se a prova foi conseguida com transgressão a normas de Direito Penal, de Direito Civil ou

de Direito Administrativo, por exemplo, o seu autor sujeitar-se-á às sanções respectivas, nada impedindo sua admissão no processo. "Quem agiu contrajus deve ser

punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não o impeça: male captum bene retentum".

Parte da doutrina, entretanto, sustenta que, "mesmo do ponto de vista processual, não é possível ao Juiz colocar, como fundamento da sentença, prova obtida

ilicitamente".

Repugna ao bom-senso possa o Magistrado valer-se de uma prova obtida criminosamente como razão para a sua sentença.

Como bem diz Vélez Mariconde, o processo penal cumpre uma dupla função de tutela jurídica: protege o interesse social pelo império do direito, isto é, pela repressão do delinqüente, e o interesse individual (e também social) pela

liberdade pessoal (cf. Derecho procesal penal, Buenos Aires, 1982, v.

2, cap. 111, ri. 5, p. 127). De nada valeria a ação repressiva do Estado se, para a obtenção dos meios probatórios, os órgãos agentes do libertades y garantías que conforman, en conjunto, lo que antes se Ilamaba seguridad individual y ahora se menciona como dignidad humana".

Por isso mesmo o Juiz

Gil Lavedra, da Corte Suprema argentina, acentuou com absoluto acerto:

"... existen límites en la persecución penal... la tutela de los derechos del individuo es un valor

más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esta calidad

constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo Estado de derecho. Por ello, ha dicho la Suprema Corte que el conflicto sobre dos

intereses fundamentales de la sociedad: su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que por métodos inconstitucionales de ejecución

de la ley, ha sido resuelto en nuestro país en favor deste último (cf.

Fallos, t. 303, p. 1938). En la comparación de valores es preferible dejar sin castigo los delitos, que

permitir que una garantía constitucional se torne en letra muerta o a merced de cualquier eventual pretexto" (cf. Julio B. J. Maier, Jurisprudencia, Doctrina Penal,

enero-marzo 1985, n. 29, p. 63).

Hoje, contudo, a Constituição de 1988 proclama, no art. 5.', LVI, serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Se a Lei Maior assim o

diz, evidente não mais poderem ser admitidas aquelas provas obtidas em afronta à dignidade humana e àqueles direitos fundamentais de que trata a Lei das Leis.

Assim, as buscas domiciliares ao arrepio da lei, as confissões e depoimentos conseguidos através de processos condenáveis, as cartas interceptadas ou obtidas por

meios criminosos, a gravação de conversa ou de cenas fotográficas ou cinematográficas das pessoas em seu círculo privado, ou em circunstâncias íntimas ou que lhes

sejam particularmente penosas, a audição de conversações privadas por interferência mecânica de telefones, microgravadores ou quaisquer aparelhos, tudo passou a ser

coisa do passado. Temos, agora, o nosso right of privacy...

Poder Público transgredissem aquela "serie mínima de Observe-se que a Carta Magna proclamou, também, no art. 5.', XII, ser

"inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das

comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer

o

para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Assim, o sigilo pertinente a dados (informática e telemática) e comunicações telefônicas podia ser

quebrado "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal". Não obstante a violação desse sigilo estivesse

condicionada à existência de uma lei, o certo é que por inúmeras vezes tal sigilo era quebrado, sob o fundamento de que o Código de Telecomunicações, Lei ri. 4.711,

de 27-8-1962, no seu art. 57, 11, e, proclamava não constituir violação de telecomunicação "o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisiçao ou

intimação deste". Mas o TRF da 3.' Região, quando do julgamento do Habeas Corpus ri. 90.03.11274-6, observou que referido dispositivo foi revogado, tacitamente,

pelo § 9.' do art. 153 da Carta Política de 1967, que proibia, sem ressalvas, tais comunicações. Na verdade, aquele diploma maior, com a redação dada pela EC ri. 1 de

1969, assegurava, no art. 153, § 9.', a "inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas", pelo que a jurisprudência inadmitia, por ilícitas, as gravações

clandestinas.

Nesse sentido, o eminente José Celso de Mello Filho: "A prova oriunda de interceptações telefônicas, ou de gravações telefônicas clandestinas, é materialmente

ilícita. Não pode fundamentar juízos acusatórios ou condenatórios. Os atos de gravar clandestinamente ou de interceptar comunicações telefônicas, além de

criminosos, ofendem diretamente a cláusula do devido processo legal.

Ninguém pode ser acusado ou julgado com base em provas ilícitas.

Ressalte-se que a exigencia

do due process of law destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado e a colocá-la sob a imediata proteção das leis.

Nesse sentido já se pronunciou o

STF, que julgou inadmissível, por ofensa à Constituição, a utilização em processo judicial de gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações

telefônicas da mulher (RTJ, 84:609). Cf. Ada P. Grinover, Provas ilícitas, RPGESP, 16:97; José Celso de Mello Filho, A tutela judicial da liberdade, RT, 526:291. A

ilicitude desse meio de prova, consistente na ilegítima interceptação de comunicaçao telefônica, foi, mais uma vez, proclamada pelo STF, que a desautorizou, por

incompatível com a tutela constitucional da intimidade (RTJ, 110:798)"

(Constituição Federal anotada, 2. ed., p. 441).

Muito a propósito esse v. aresto: " ... os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal, e as gravações clandestinas além de

afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações (§

9.' do art. 153, da CF) cerceiam a defesa e

inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, à garantia do § 15 do art.

153 da Lei Magna" (RTJ, 122/47).

Agora, legem habemus.

As interceptações telefônicas foram autorizadas pela Lei n. 9.296, de 24-7-1996. Contudo, para que a garantia constitucional não caísse no vazio nem se

transimidasse em simples flatus vocis, a permissão veio acompanhada de uma série de restrições, ficando, desse modo, limitada ao indispensável.

Não são apenas as conversas por intermédio do telefone que podem ser interceptadas, mas, também, as informações passadas sem o uso da voz, isto é,

transmissões de dados que se fazem via inforinática ou telemática. Essas comunicações passam pela Embratel ou até mesmo pela empresa pólo existente em cada

Estado da Federação, como a Telesp em São Paulo, Telerj, no Rio, e assim por

diante e, por isso mesmo, têm elas condições de interceptá-las.

Há entendimento de que essa nova lei, no que respeita à quebra do sigilo de dados da informática e telemática, é inconstitucional. Disp6e o inciso XII do art. 5.'

da CF:

"É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso .....

Diz-se que o último caso ali referido pertine às comunicações telefônicas. Não nos parece. 0 último caso cuida "dos dados e das comunicações telefônicas".

Aparentemente a inviolabilidade do sigilo abrange quatro hipóteses: correspondência epistolar, telegráfica, de dados e das comunicações telefônicas. Se o texto

estivesse assim, obviamente o último caso diria respeito à telefonia.

Contudo a redação é diferente... 0 inciso XII cuida de dois grupos de coisas distintas. 0 primeiro

versa sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas. 0 segundo e último trata dos dados e das comunicações telefônicas. Houvesse sido

substituída a disjuntiva "e" entre as palavras "correspondência" e "das comunicações telegráficas" por uma vírgula, a interpretação seria outra.

Como está, não. Trata-se

de duas hipóteses: a) correspondência e comunicação telegráfica; b) de dados e das comunicações telefônicas.

Como se trata de medida excepcional, o legislador, ao permitir a quebra do sigilo, estabeleceu uma série de exigências. Assim, nessas interceptações, indispensável a observância das seguintes regras: 1) devem ser realizadas por determinação exclusiva do Juiz da causa para prova em investigação

criminal e em instrução processual penal, vedadas, de conseguinte em causas cíveis; 2) podem ser determinadas de ofício, ou a requerimento da Autoridade Policial (na

fase do inquérito) ou do Ministério Público (na fase do inquérito ou da instrução); 3) serão realizadas sob segredo dejustiça; 4) elas não serão permitidas quando

ocorrer uma das seguintes hipóteses: a) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; b) a prova puder ser feita por outros meios

disponíveis; c) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção; 5) em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação

objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados; 6) o pedido deverá conter a demonstração de que a sua realização é necessária à

apuraçao de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados; 7) excepcionalmente o pedido pode ser formulado verbalmente (reduzindo-se a termo), dês

que satisfeitos os pressupostos de admissibilidade; 8) o ato permissivo deverá ser fundamentado, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da

diligência; 9) esta deverá ser realizada dentro no espaço-tempo de 15

dias, renovável por igual tempo, se comprovada a indispensabilidade desse meio de prova; 10) a

diligência fica a cargo da Autoridade Policial, podendo o órgão do Ministério Público acompanhá-la; 11) a Autoridade Policial poderá requisitar serviços e técnicos

especializados às concessionárias de serviços públicos, notadamente da Embratel; 12) realizada a diligência, seu resultado e eventuais transcriçoes serão objeto de

autos apartados e que serão apensados ao inquérito, antes do relatório, ou ao

processo, quando os autos forem conclusos ao Juiz para o despacho decorrente do

disposto nos arts. 407, 502 e 538 deste Código; 13) serão preservados o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas; 14) as gravaçoes que não

interessarem à prova serão inutilizadas, presente o órgão do Ministério Público. E para resguardar o direito à privacidade de que trata o inc.

XII do art. 5.' da Lei

Maior, a Lei n. 9.296/96 estabeleceu no seu art. 10 constituir crime punido com 2 a 4 anos de reclusão e multa (sem fixar o quantum) realizar interceptação de

comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. É de se

esperar que o art. 10 dessa Lei não tenha o mesmo destino que o uso reservou aos arts. 17 e 26 da Lei Antitóxicos.

Sem embargo, já se esboça na doutrina um movimento no sentido de não emprestar a esse princípio constitucional que inadmite as provas obtidas ilicitamente

uma importância que supere o direito de liberdade. Na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias

fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocencia do imputado.

Poderse-á, então, dizer: male captum, bene retentum. Essa mesma corrente, por esse "critério de proporcionalidade sobre o qual se baseia a exceção aos princípios de

exclusão da prova ilícita" (Verhãltnis-mãssigkeitsprinzip), não empresta um valor inquebrantável àquela proibição constitucional. É preciso que nos pratos

afilados da

balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo "es un valor más importante para Ia sociedad" que a

tutela do outro bem protegido pela proteção ao sigilo. Assim, uma interceptação telefônica, mesmo ao arrepio da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a

inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele. Essa doutrina da

proporcionalidade, surgida na jurisprudência tedesca, chegou a inspirar a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP, no sentido de se

autorizar a prova ilícita se necessariamente indispensável para a defesa do réu.

Prova ilícita por derivação. A prova ilícita não deve ser admitida pelo Juiz, e, ainda que introduzida no processo, não poderá ser utilizada. Não só as ilícitas

propriamente ditas (busca domiciliar sem mandado, escuta telefônica sem autorização do Juiz, p. ex.), como as "ilícitas por derivação" -fruits of the poisonous tree.

Mediante tortura (conduta ilícita), obtém-se informação da localização da res furtiva, que é apreendida regularmente. Mediante escuta telefônica (prova ilícita), obtém-se informação do lugar em que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais... Assim, a obtenção ilícita daquela

informação se projeta sobre a diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal.

Aliás, a Suprema Corte tem sufragado a tese da inadinissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou da doutrina denominadafiruits of the poisonous tree. No

Habeas Corpus n. 69.912-RS, o Ministro Sepúlveda Pertence, como Relator, observou: "Vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação'

das conversas

telefônicas, mas admitir que

i ~~i

~

1~

1

1

as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria,

evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas

conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida" (Informativo STF, n. 36, de 21-6-1996). No

Habeas Corpus n. 73.35 1 -SP, o STF, concedendo o writ, observou que "a prova ilícita contaminou as provas obtidas a partir dela. A apreensão dos 80 quilos de

cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica..."

(Informativo STF, n. 30, de 15-5-1996).

E preferível que o criminoso fique impune a se permitir o desrespeito à Lei Maior

4. Onus da prova

0 art. 156 do CPP assim dispoe:

"A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o Juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para

dirimir dúvida so6re ponto relevante".

A regra concernente ao onus probandi, ao encargo de provar, é regidapelo princípioactori incumbitprobatio otionusprobandi incumbit ei qui asserit, isto é, deve

incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o Promotor denuncia B

por haver praticado lesão corporal em L, cumpre ao órgão da acusação carrear para os autos

os elementos de prova necessários para convencer o julgador de que B

produziu lesão corporal em L. Se a defesa alegar qualquer causa que vise a exculpar a conduta

de B, inverte-se o onus probandi: cumprirá à defesa a prova da tese levantada.

Em regra, esse é o princípio.

Ou, segundo a máxima latina: Actori incumbitprobatio et reus in excipiendofit actor.

Que se entende por onus? Um imperativo que a lei estabelece em função do próprio interesse daquele a quem é imposto. Existe no Processo Penal pátrio

umonusprobandi? Ensina Florian que oonusprobandi não tem, no Processo Penal, aquele alcance que se lhe concede na es fera civil, pois, vigorando no Processo Penal o princípio da verdade real, o Juiz dispõe de faculdades instrutórias para suprir a inercia ou conjurar a astúcia das partes

(cf. Principi, cit., p. 251-2).

outro não é o ensinamento de Manzini: dados a natureza e o fim do Processo Penal e o critério da livre convicção do Juiz, o princípio de que o ônus da prova

incumbe a quem alega é mais um simples princípio lógico, uma mera afirmação de sentido comum, do que regra de direito (cf. Tratado, cit., v. 3, p. 201).

E Sabatini (Trattato delle prove nel diritto giudiziario, v. 2, p. 86) arremata: o princípio do ônus da prova, ainda que mantido firme, assume no Processo Penal

uma atitude inteiramente própria e distinta da aplicação que encontra no cível e que é em certo modo formaIística. Nenhuma aplicação, pois, poderão ter no Processo

Penal os aforismos actore non probante, reus absolvitur ou secundum allegata et probata judexjudicare debet.

Não havendo entre nós o Juizado de Instrução, nem sendo o procedimento escalonado, tal como ocorre em numerosos países da Europa, parece claro que o ônus

da prova incumbe a quem alega, inalgrado a regra constante da segunda parte do art. 156 do CPP. É claro que as partes não estão obrigadas a fazer prova do que

alegam, mas submetidas ao ônus de demonstrar o que alegam.

É de acentuar, por outro lado, que, mesmo no cível, o ônus da prova não significa nem traduz dever jurídico da parte. Não há, para as partes, obrigação de provar,

mesmo porque nenhuma sanção lhes poderá ser imposta pelo seu não-cumprimento. Haverá, tão-somente, segundo a clara manifestação de Alcalà-

Zamora, um risco

ou um prejuízo, isto é, as alegações das partes, quando não provadas, "no podrian ser tomadas en cuenta como base para la decisión" (cf. Derecho procesal penal, v. 3,

p. 27).

Para evitar esse risco ou esse prejuízo, devem as partes procurar provar a tese levantada, pois, sem embargo daquela faculdade do Juiz, o descaso, conforme

adverte Espínola Filho, poderá trazer-lhes amargas decepções.

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou

culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da Acusação.

1

Se, por acaso, a Defesa argüir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem,

tendo inteira aplicação a máxima actori incumbit probatio et reus in excipiendofit actor... Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade.

Já se disse que a segunda parte do art. 156 do CPP praticamente torna inútil a primeira. Não se deve olvidar, contudo, que o Juiz somente em casos excepcionais

deve empreender a pesquisa de ofício. Seu campo de ação na área de pesquisa probatória deve ser por ele próprio limitado, para evitar uma sensível quebra da sua

imparcialidade. Naqueles países em que o procedimento penal é escalonado (instrução afeta a um órgão e julgamento a outro), inteira razão assiste a Florian, Manzini,

Sabatini e a tantos outros que minimizarn o ônus da prova no processo. No nosso sistema, entretanto, temos um Juiz unico: o que instrui é o mesmo que julga. "En

tales condiciones no es necesario ni seria conveniente obligar al Juez a descender al palanque de la liza, para obtener un descubrimiento de la verdad que en la inmensa

mayoria de los casos se encargarán de aportarle los contrapuestos esfuerzos de

las partes" (Alcalá-Zamora, Derecho, cit., v. 3, p. 29).

Ademais, o Juiz que desce do seu

pedestal de terceiro desinteressado, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade e "no se comporta

funcionalmente como autêntico organo jurisdiccional".

Por outro lado, como bem diz Frederico Marques, se temos um Ministério Público adestrado e bem constituído, não se compreende que ele figure como quinta

roda do carro, ali permanecendo em posiçao secundária ou simplesmente decorativa. Os interesses da repressão ao crime ele os encarna não so para movimentar

inicialmente a ação penal como ainda para atuar, com energia e dinamismo, durante a instrução e demais fases do processo (cf. Elementos, cit., v.

2, p. 285).

Arredada a hipótese de o Juiz assumir o papel de parte acusadora ou defendente, é claro que a regra constante da segunda parte do art. 156 do CPP não é

simplesmente decorativa. Em casos excepcionais, quando a dúvida assaltar o espírito do Julgador, poderá este procurar dirimi-Ia, determinando a realização de

diligências com tal objetivo. Por outro lado, atente-se para a circunstância de que o art. 156 diz que o Juiz poderá... Não há nenhuma obrigação para ele. Entretanto,

em relação às partes, o mesmo dispositivo proclama que "a prova da alegaÇão incumbe a quem a fizer..." A atividade do Juiz, pois, é meramente

supletiva e, assim mesmo, não tem ele o dever de determinar tal ou qual diligência. Por isso, devem as partes diligenciar a realização das provas, sob

pena de sua

desídia levá-las a um resultado desfavorável.

Discriminação das provas. As provas devem ser juridicamente admissíveis.

0 nosso CPP dá especial atenção ao exame de corpo de delito, às perícias em geral,

ao interrogatório do réu, à confissão, às declarações do ofendido, às testemunhas, ao reconhecimento de pessoas ou coisas, acareações, documentos, indícios e,

finalmente, regula a busca, como expediente de consecução de prova.

Ao lado desses meios de prova, podemos lembrar asjustificações, que, embora não disciplinadas no estatuto processual penal, mas no CPC, são referidas pelo

CPP, no seu art. 423. A ficha dactiloscópica (CPP, art. 6.', VIII), as fotografias, esquemas ou desenhos (CPP, arts. 164 e 165). As provas fônográficas e até mesmo

cinematográficas, embora não possam ser encartadas na moldura do art. 232

do CPP, que define os documentos, são documentos.

Além dessas provas, outras podem ser produzidas, dês que não atentem contra a moralidade nem violentem a dignidade da pessoa humana.

Procedimento probatório. As atividades atinentes ao procedimento probatório desdobram-se em quatro momentos: a) proposição ou indicação; b) admissão; c)

produção; d) valoração.

Quanto ao momento para a proposição das provas, embora não haja no CPP um disciplinamento semelhante àquele do Processo Civil, pode-se afirmar que as

testemunhas de acusação devem ser indicadas quando do oferecimento da denúncia (art. 41, c/c o art. 397, todos do CPP). Outras diligências poderão ser

requeridas

também nessa fase, consoante a regra do art. 399. Em se tratando de testemunhas de defesa e diligências por esta requerida, o momento adequado é o da defesa prévia,

como se infere dos arts. 395 e 399, todos do CPP. Em se tratando de prova documental, a qualquer momento poderá ela ser proposta e produzida (cf.

CPP, arts. 231 e

400). Por vezes o rol de testemunhas pode ser ofertado em outro momento procedimental. Vejam-se, a propósito, as regras contidas nos arts. 384 e seu respectivo

parágrafo, 417, § 1% 421, § 2.', e 523 do CPP. Para certos incidentes do processo, a prova deve ser indicada ou produzida em momentos distintos, como se infere dos

arts. 61, 98, 105, 106, 135, § 1.', 145, 11, e 277, parágrafo único, todos do CPP.

1

Respeitante ao momento para a admissão das provas, é importante a regra contida no art. 399 do CPP. Quanto às diligências complementares (art.

499), veja-se o

conteúdo do art. 500. Em se tratando de prova requerida pelo assistente de acusação, não se deve olvidar que o Ministério Público deverá ser ouvido previamente, nos

termos do art. 27 1, § 1.', do CPP-

No Processo Penal, a instrução criminal se inicia com o interrogatório. E

é assim porquanto o entendimento da época era no sentido de ser ele, também, meio de

prova. Após o interrogatório, sucede a defesa prévia e, a seguir, os depoimentos das testemunhas de acusação e de defesa (CPP, art. 396). Ao receber a denúncia ou

queixa, normalmente o Juiz determina se realizem as diligências requeridas pelas partes, tal como se infere do art. 399.

S. Apreciação das provas

Produzidas as provas, finda-se, por assim dizer, a primeira fase da rução crimin

inst al, dando lugar à sua última etapa, que é a fase das alegações. Muito embora as partes, nessas alegações, auxiliem o Juiz na valoração das provas, o certo e que somente o Juiz é quem pode valorá-las. Trata-se de trabalho meticuloso e muito delicado. É uma análise crítica que deve ser elaborada com o máximo escrúpulo. Deve, pois, o Magistrado, com cuidado, afastar da sua mente determinados pré-julgamentos, quando estes possam conduzi-lo a erro.

A mesma inflexível virtude do Magistrado, não iluminada pelo gênio nem guiada pela objetividade, pode levá-lo à injustiça. Na verdade, diz Manzini, um espírito presidido por austeros princípios morais, animado por uma quase religiosa idéia do dever, pode encontrar-se exposto ao perigo da

injustiça e da iniqüidade, tanto e talvez mais que um espírito moralmente menos rígído. "Nadie es más inconmoviblemente injusto que quien actúa con la errónea

conciencia de obrar justamente.

Todos los elementos de la prueba, percibidos por su mente, encontrarán en ella los gérmenes de alteración que el perjuicio predispuso en ella..."

(Tratado, cit., v. 3, p. 199-200).

A apreciação das provas, através da história, passou por diferentes fases, "amoldando-se às convicções, às conveniências, aos costumes e ao regime político de cada povo".

Muito embora os ordálios tenham tão-somente um interesse histórico, não deixaram de ser um sistema de apreciação das provas em que o Juiz assumia,

grosso modo, o papel de fiscal do resultado delas. Ou, como diz Moacyr Amaral Santos, cabia-lhe "assistir o experimento probatório, declarando o seu

resultado".

Tal sistema probatório, produto da ignorância ou da superstição, para usarmos da expressão de Tornaglii, não podia vingar. 0 sistema ordálico unia a incerteza da

loteria à crueldade de várias de suas provas e à irracionalidade de todas elas (cf. Alcalà-Zamora, Derecho, cit., v. 3, p. 41).

Os ordálios eram denominados Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a Divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado

se o réu era ou não culpado. Embora conhecido de outros povos, o sistema ordálico desenvolveu-se e aprimorou-se na Idade Média, entre os europeus,

"sob o domínio

germânico-barbárico". Submetia-se o pretenso culpado a uma prova, para se aferir a sua responsabilidade. Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se

submergisse, era inocente, se viesse à tona, era culpado... A do ferro em brasa: o pretenso culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em

brasa. Se nada lhe acontecesse, era inocente; se se queimasse, sua culpa era manifesta... 0 judicium offae: o indivíduo devia engolir, de uma só vez, grande quantidade

de alimento -notadamente farinha de trigo. Se não o fizesse, era culpado...

0 Juiz limitava-se a comprovar o resultado das provas. Com a abolição dos ordálios, em que se fazia um julgamento de fancaria, concedeu-se ao Juiz ampla

liberdade quanto à indagação da verdade. Os poderes dos Juízes, ao tempo do procedimento inquisitivo, eram tão amplos, tão fortes, que, para

"conjurar o risco do

despotismo judicial", surgiram três freios: a) a apelação, que permitia o reexame da decisão; b) a regra segundo a qual quoti non est in actis non est in hoc mundo (o

que não está escrito, o que não está dentro do processo não pertence ao mundo; é como se não existisse), com a qual se jugulava o arbítrio do Juiz na apreciação das

provas; e, finalmente, c) a prova legal, que suprimia ou restringia a faculdade de apreciação das provas.

Era o chamado sistema das provas legais. 0 Juiz devia decidir segundo as provas existentes nos autos, e a lei exigia que tais ou quais fatos se provassem dessa ou

daquela maneira, sendo que, às vezes, se previa o valor dos meios probatórios se satisfeitas certas condições ou pressupostos. 0 conhecido brocardo testis unus testis

nullus (um só testemunho não tem valor) tinha, no sistema das provas legais, inteira aplicação.

Se, num processo, uma testemunha idônea desse a sua versão e outra inverossímil houvesse sido apresentada por duas testemunhas, esta prova se sobrepunha

àquela, sem embargo da sua inverossimilhança. Por outro lado, o Juiz não podia recorrer a todos os meios de prova que lhe parecessem úteis e oportunos: restringia-se

às disposições legais.

Dizia, por exemplo, o art. 338 do Code d'Instruction Criminel que o adultério do homem só se provava ou com o flagrante delito ou, então, por meio de cartas ou

escritos do seu próprio punho... Quanto ao da mulher, "la preuve est soumise aux règles du droit commun .....

Também entre nós a situação era a mesma: o Código Penal de 1890 assim definia o crime de adultério:

"Art. 279. A mulher casada que conimetter adulterio será punida com a pena de prisão celhilar por um a tres annos".

§ 1.' Em igual pena incorrerá:

1.' 0 marido, que tiver concubina teúda e manteúda...

Art. 280. Contra o co-réo adultero não serão admissiveis outras provas sitião o flagrante delicto e a resultante de documentos escriptos por elle .....

Sistema da íntima convicção ou da prova livre. Trata-se de sistema diametralmente oposto ao das provas legais. Enquanto neste o legislador demonstra sua

desconfiança no Juiz, naquele (íntima convicção) há inteira e absoluta confiança.

De acordo com o sistema da íntima convicção, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razoes que o levam a proferir a decisão. 0 Juiz atribui as provas o

valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo provas nos autos. Ele

decide de acordo com a sua convicção intima, sem necessidade de fundamentar a decisão.

Aí está o inconveniente. A sentença revelaria, realmente, a íntima convicção do Juiz? Sentenciando, estaria o Juiz, na verdade, exteriorizando sua íntima

convicção? Quem poderia afirmar que, na sentença, o Juiz a extemou?

Quantos Juízes não profeririam sentenças absolutórias, intimamente convencidos da

culpabilidade e vice-versa? íntima convic-

Oo? "Sólo Dios y el propio Juez la conocen Dada a absoluta

¡in-

Possibilidade de se devassar o íntimo dos Juízes, nada mais fácil a um Juiz medianamente hábil, diz Alcalá-Zamora, que "hacer pasar su prevaricación por

libre convicción".

Tal sistema vigora, entre nós, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri. De fato, os jurados decidem, sigilosamente, de acordo com a sua íntima convicção, sem

fundamentar seu voto. E mais até: sem que se saiba, via de regra, qual teria sido seu voto, se contra ou a favor...

Sistema da livre convicção ou persuasão racional Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coarctar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, como

acontecia com o sistema das provas legais, está o sistema da livre convicção ou do livre convencimento. De modo geral, admitem-se todos os meios de prova. 0 Juiz

pode desprezar a palavra de duas testemunhas e proferir sua decisão com base em depoimento de uma só. Inteira liberdade tem ele na valoração das provas. Não pode

julgar de acordo com conhecimentos que possa ter extraautos. Se o Juiz tiver conhecimento da existência de algum elemento ou circunstância relevante para o

esclarecimento da verdade, deve ordenar que se carreiem para os autos as provas que se fizerem necessárias. Como esclarece o Min. Francisco Campos, na Exposição

de Motivos que acompanha o atual CPP, não é prefixada uma hierarquia de provas; na livre apreciação destas, o Juiz formará honesta e lealmente a sua convicção.

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor absoluto. Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que

não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer

dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas.

0 Juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou

alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença.

6. Das perícias em geral

Entende-se por perícia o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca de fatos,

circunstâncias ou condições pessoais inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los.

Perícia e prova

A perícia é um simples meio de prova? Tal indagação tem suscitado debates, principalmente entre os autores estrangeiros. Entende Carnelutti que o perito exerce

a função de auxiliar do Juiz. Com originalidade procura ele estabelecer distinção entre a perícia e os demais meios probatórios, principalmente o testemunhal, dizendo

que a testemunha tem uma função passiva; o perito, uma função ativa; a testemunha comparece como objeto, e o perito, como sujeito; a testemunha é examinada, e o

perito examina; o Juiz chama a testemunha para que deponha sobre o fato e chama o perito para que o conheça. Von Kries sustenta, também, que, em geral, os peritos

podem ser caracterizados como auxiliares do Juiz. Entre nós, comunga desse entendimento o grande processualista Hélio Tornaglii, para quem o perito está investido

do múnus público de assessorar tecnicamente o Juiz. E conclui: a perícia não prova; ilumina a prova.

0 perito não é sujeito de prova, mas sim um apreciador técnico desta, assessor do Juiz. E tanto é certo que o legislador tratou do perito no capítulo em que

disciplina a atividade do Juiz, do Ministério Público, do intérprete, defensor e funcionário da Justiça.

Concorda Manzini que, mais que um meio de prova, a perícia representa um elemento subsidiário para a sua valoração ou para a solução de uma dúvida. Nega,

entretanto, ao perito a qualidade de auxiliar do Juiz: "esto, por lo demás, no quiere decir que el perito, como parece a alguno, sea, en sentido estrito, persona auxiliar

del Juez" (Tratado, cit., v. 3, p. 379).

E acrescenta: não só porque o exame pericial não é, de ordinário, indispensável e, em nenhum caso, se pode considerá-lo como complementar ou suplementar da

atividade jurisdicional, porquanto o Juiz não fica adstrito aos exames periciais, "sino también porque el perito aporta una contribucióti original suya de observaciones y

de juicios al objeto de Ia prueba". No mesmo sentido são os ensinamentos de Lucchini e Sabatini (Elementi, p. 167; Teorie delle prove, v. 2, p.

121).

Também Alcalà-Zamora se investe contra a pretensa equiparação do perito a auxiliar do Juiz e conclui afirmando que, a rigor, "todos Ios medios de prueba

cumplen una función de auxilio al Juez..." (Derecho, cit., v. 3, p. 122, nota 213).

Entre nós, muito embora a perícia esteja encartada no capítulo pertinente às provas, é certo, contudo, que o legislador cuidou do perito como auxiliar do Juiz, tanto que dele tratou no Título VII do Livro 1, que traz a seguinte rubrica: "Do Juiz, do Ministério Público, do acusado e defensor, dos

assistentes e Auxiliares da Justiça" (grifos nossos). No art. 275, sujeitou-o à

disciplina judiciária e, no art. 276, impediu que as partes interviessem na sua nomeação.

Assim, temos que a perícia é mais que um meio de prova e que, na verdade, pelo menos no nosso jus positum, o legislador não considerou o perito como simples

sujeito de prova, mas como auxiliar do Juiz.

Do corpo de delito

No Processo Penal, os exames periciais são de natureza vária: de insanidade mental, dos instrumentos do crime etc. Mas, de todas as perícias, a mais importante é

a do corpo de delito. Basta atentar para a circunstância de lhe haver o legislador dado realce, para que se constate sua importância e relevância.

Que se entende por corpo de delito? Diz João Mendes Jr.: é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso (Processo penal brasileiro, v. 2, p. 7). Conjunto

de vestígios materiais deixados pelo crime, diz Tornaghi, citando Farinácio.

Há infrações que deixam vestígios - delictafacti permanentis e outras que não os deixam - delicta facti transeuntis. Assim, por exemplo, um crime de lesão

corporal deixa vestígios. Homicídio, sedução etc. entram no rol dos delicta facti permanentis. Outras, como a injúria, calúnia, difamação, não deixam vestígios: são os

delicta facti transeuntis. Quando a infração deixa vestígios, é necessário o exame de corpo de delito, isto é, a comprovação dos vestígios materiais por ela deixados

torna-se indispensável. 0 "exame de corpo de delito", a que alude o CPP

no art. 158, é, assim, a comprovação pericial dos elementos objetivos do tipo, no que diz

respeito, principalmente, ao evento produzido pela conduta delituosa. É o exame inspecional do fato -como disse Duarte de Azevedo -, exame esse realizado pelos

peritos do juízo para a comprovação, sobretudo, de que houve o "resultado de que depende a existência do crime".

0 art. 158 do CPP assim dispõe:

"Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo

supri-lo a confissão do acusado".

A forma imperativa usada pelo legislador no artigo em estudo -"Será indispensável o exame de corpo de delito" - revela~ de logo, a necessidade de se lhe

proceder ao exame, quando a infração deixar vestígios. Tão importante é o exame pericial que o legislador, no art. 564, 111, b, do CPP, erigiu sua ausência à categoria

de nulidade insanável. Às vezes (observe-se sua necessidade), sem o exame de corpo de delito não pode ser proposta a ação penal. Tal acontece nos crimes contra a

propriedade imaterial, quando deixam vestígios. Diz o art. 525 do CPP:

"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".

Estes acórdãos, colhidos à ventura, patenteiam-lhe a necessidade:

"Nos crimes que deixam vestígios como o de falsificação de papéis públicos, a ausência do exame de corpo de delito anula o processo" (RF, 99/101).

"A ausência do exame de corpo de delito e o não-suprimento pela prova

testemunhal acarretam a nulidade do processo" (RF, 130/541).

"A ré não deve ser punida pelo crime de infanticídio que se lhe imputou, por não ter ficado provado o nascimento com vida. Na espécie, não se procedeu, para

demonstrá-lo, à docimasia pulmonar hidrostática, nem mesmo a um simples exame cadavérico, limitando-se toda a prova a declarações contraditórias da apelante e a

informes de testemunhas não presenciais, que não podiam tirar, à simples vista do cadáver, conclusões, via de regra, impossíveis aos próprios profissionais" (Jurisprudência e Doutrina, 81434).

Haverá antinomia entre a regra que se contém no art. 157 do CPP, que, às expressas, admite e consagra o sistema do livre convencimento, e a que se encontra no

art. 564, 111, b, do mesmo estatuto, que erige à categoria de nulidade a ausência do corpo de delito?

Frederico Marques, em suas Anotações ao Processo criminal brasileiro, de Pimenta Bueno, assim se manifesta: "Anular um processo porque falta o exame de

corpo de delito é um desses absurdos que clamam aos céus. Se não há prova de materialidade do delito, deve o réu ser absolvido. Se a prova do corpus criminis não é

pericial, que o examine o Juiz com o critério do livre convencimento.

Cingir o Julgador ao auto do corpo de delito, como fez o Código, é absurdo sem nome, que não

se encontra em nenhuma legislação processual da atualidade" (p. 346).

Realmente, não deixa de haver certa antinomia, mas é de convir que o legislador quis ser bastante prudente. Se, com os exames de corpo de delito, muitos erros judiciários têm sido cometidos, a que extremos não chegaríamos se a lei os dispensasse?

Ademais, o legislador pátrio exigiu para os delictafacti permanentis, isto é, para os crimes que deixam vestígios, o corpo de delito, que, nesses casos, é a prova por excelência da materialidade delitiva.

Mas nem por isso se poderá dizer que o legislador volveu aos tempos das provas legais. 0 Juiz, sem o auto de corpo de delito, poderá proferir sentença condenatória, desde que haja prova testemunhal a respeito da materialidade delitiva. Não pode, assim, proferir sentença condenatória com o simples exame indireto de corpo de delito? Que liberdade mais se lhe deveria conceder?

Como se realiza esse exame indireto de corpo de delito? Há dois entendimentos. Segundo Tornaghi, o exame indireto não é propriamente exame, mas sim o raciocínio e mesmo as experiências dos peritos baseados no que dizem as testemunhas. Assim, por exemplo, se as testemunhas descreverem para os peritos tudo aquilo que estes, graças a seus conhecimentos técnicos, sabem ser sintomas de envenenamento, por determinada substância, podem eles concluir a respeito da causa mortis (cf. Instituições, cit., v. 4, p. 277).

Entretanto quer-nos parecer que a melhor lição é a de Espínola Filho, por sinal consagrada pela jurisprudência: "Não há qualquer formalidade para a constituição desse corpo de delito indireto; não se lavra termo algum; inquirindo o Juiz a testemunha, perguntará sobre a materialidade do fato, como sobre as demais circunstâncias, e a palavra de uma única testemunha bastará para firmar o convencimento do julgador, de acordo com o princípio da livre apreciação. E, se somente no inquérito se tiver conseguido ouvir a única testemunha presencial do fato, impedida, depois, de comparecer em juízo, por absoluta impossibilidade material, como o falecimento, por exemplo, o Juiz não fica inibido de atender a esse depoimento, quando o reputar para formar a sua convicção" (Código, cit., v. 2, p. 465).

Nos próprios termos do art. 158 do CPP, o exame de corpo de delito pode ser direto ou indireto. Díz-se "direto" quando procedido por inspeção pericial, quando os peritos procedem diretamente ao exame. Se, entretanto, não for possível o exame de corpo de delito direto, pelo desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal, diz o art. 167, poderá suprir-lhe a falta. Nesse caso, diz-se "indireto".

No particular, é de se atentar para ajusta ponderação de Espínola Filho: a prova

testemunhal para evidenciar o corpo de delito é meramente supletiva. Só é possível prescindir do exame de corpo de delito direto quando houver impossibilidade. 0 impedimento comum, obstando à realização do exame direto, é o desaparecimento dos vestígios, antes de levar-se a efeito. É o caso contemplado expressamente pelo art. 167. Isso porque, normalmente, o "exame se fará, eis que perdurem os vestígios" (Código, cit., v. 2, p. 502).

"A falta de corpo de delito direto nunca foi motivo de nulidade, sabido que pode ser suprido pelo corpo de delito indireto, como prevê o art. 167 do CPP. Sobre este ponto todas as testemunhas se manifestaram, atestando as lesões de

natureza leve, que podem desaparecer facilmente, e dificultar o exame direto, como aconteceu" (Jurisprudência e Doutrina, 61340).

Conforme já vimos, não há qualquer formalidade para tal exame. Ouvindo-se a testemunha, esta, inquirida sobre a infração, afirmando ter presenciado o crime ou visto os vestígios, é o suficiente para suprir o exame direto. Ficará, é certo, à discrição do Juiz atribuir ou não valor probatório, de acordo com os demais elementos dos autos, à palavra da testemunha, pois o Juiz decide de acordo com o seu livre convencimento.

Só não é possível suprir-se o exame direto de corpo de delito com a confissão do pretenso culpado, como, alias, ressalta o art. 158.

A experiência tem demonstrado que o indivíduo, Por motivos os mais diversos, falsamente atribui a si próprio a prática da infração penal.

Nos crimes que deixam vestígios, onde há necessidade do exame de corpo de delito, a palavra insulada do pretenso culpado não o suprirá.

Nos termos do art. 159 do CPP, os exames de corpo de delito e as outras perícias serão, em regra, feitos por peritos oficiais. A regra, en-tão, é esta: somente os peritos oficiais é que podem proceder aos exames de corpo de delito e às outras perícias.

Tal regra, entretanto, não é absoluta. Admite exceções. Assim, se não houver peritos oficiais, o exame será feito por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, as que tiverem habilitação

técnica, relacionada à natureza do exame, nos termos do § 1.' do art. 159 do CPP, com a nova redação dada pela Lei n. 8.862, de 28-3-1994.

Compromisso

Consoante a regra do § 2.' do art. 159, devem os peritos não oficiais prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. Em se tratando de peritos

oficiais, não haverá necessidade desse compromisso, porquanto este foi prestado quando da assunção ao cargo. Entendemos que tal compromisso é necessário, e sua

falta acarretará nulidade, nos termos do art. 564, IV, do CPP, muito embora se trate de nulidade sanável, segundo prescreve o art. 572 do mesmo diploma.

jurisprudência

"0 exame de corpo de delito deve ser feito, sempre que possível, por pessoas habilitadas, e até de preferência por especialistas, mas pode ser realizado, também,

por pessoas idôneas, ainda que não tenham habilitação técnica" (RF, 148/398).

Número

Se o exame pericial for realizado por um só perito oficial, haverá nulidade? Mesmo antes da Lei n. 8.862, de 28-3-1994, parecia, à primeira vista, que a resposta

negativa se impunha. De fato. Se o § 1.' do art. 159 do CPP exigia, na falta de peritos oficiais, fosse o exame pericial realizado por duas pessoas idôneas, silenciando, a

respeito, no caput do artigo, é de concluir que o legislador se contentou com o exame feito por uma só pessoa, quando esta for um perito oficial.

Tal entendimento já

foi, inclusive, esposado pelo STE Haja vista o seguinte acórdão:

"Não constitui nulidade ter funcionado no exame de corpo de delito apenas um perito. Se no artigo 159 do C. P. Penal vem a palavra perito no plural,

como vem a palavra exame, é que a lei nesse artigo estatuíra normas para todos os exames" (Jurisprudência e Doutrina, 61269).

0 STF decidiu que, "na hipótese de ser oficial o perito, toma-se bastante a intervenção de um só louvado. É que a lei cuida de dois, quando na hipótese do § 1.' do

art. 159 do CPP" (HC 47.021, RV, 53/1).

Espínola Filho, com razão, insurge-se contra esse entendimento, concluindo pela necessidade de dois peritos, sejam ou não oficiais: " ...

e a nosso ver, é

concludente o texto do artigo 180 do CPP, prevendo a divergência entre os peritos, sem distinção dos oficiais ou não, e provi-denciando, para ser aferido o ponto de vista vencedor, com a intervenção do desempatador" (cf. Código, cit., v. 2, p. 503).

Na verdade, o art. 159, caput, do CPP dizia que "os exames de corpo de delito e as outras perícias serão, em regra, feitos por Peritos oficiais"

(grifos nossos),

empregando a palavra peritos, no plural.

0 § 1.0 do referido dispositivo legal era ainda mais sugestivo: "não havendo Peritos Oficias, o exame" (singular) "será feito por duas pessoas idôneas..." (grifos

nossos).

0 art. 160 seguia e segue a mesma diretriz: "os peritos descreverão minuciosarnente..." (grifo nosso). 0 § 1.' do art. 168 não foge à mesma regra:

"No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito..."

(grifos nossos). Daí se infere ser formalidade consubstancial do exame de corpo de delito e das outras perícias a sua realização por dois peritos.

Ademais, a Suprema Corte, na Súmula 361, deixou bem claro:

"No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão".

Embora o art. 159, caput, não fizesse referência expressa a dois peritos, o que se inferia da interpretação de todo o capítulo pertinente ao exame do corpo de

delito e das perícias em geral era que o legislador exigiu a dualidade de peritos em quaisquer exames, fossem oficiais ou inoficiais os peritos. A propósito, o art. 178 do CPP.

Certo que o § 1.0 do art. 159 exigia e exige, às expressas, dois peritos.

Por esta razão, diz o art. 179: "No caso do § 1.0 do art. 159, o escrivão lavrará o auto

respectivo, que será assinado pelos peritos .....

Mas, se a lei se contentasse apenas com um perito, quando este fosse oficial, não diria no parágrafo único do art. 179: i

"No caso do art. 160, parágrafo único, o laudo, que poderã ser datilografado, será subscrito e rubricado em suas folhas por todos os peritos" (grifos nossos).

Confrontem-se o art. 179, caput, e o seu parágrafo único. Ali é o escrivão quem deve lavrar o auto, e os peritos referidos no § 1.' do art.

159 - não oficiais -

limitar-se-ão a assiná-lo. Já na hipótese do parágrafo único do art. 179, quando oficiais os peritos, são eles mesmos que lavram o auto (podendo inclusive

datilografá-lo), subscrevem-no e rubricam as folhas. Confrontem-se os arts. 178

e 179...

Por outro lado, mui elucidativo o art. 180, que cuida da divergência entre os peritos... oficiais ou não.

É verdade que o art. 159 não exige seja a perícia realizada por dois peritos, à maneira de como procedeu no § L" do citado artigo, ao cuidar dos peritos não

oficiais. É verdade, também, que o art. 159, caput, usava e usa a palavra exame no plural e empregava e emprega a palavra perito também no plural, parecendo, assim,

mostrar uma finalidade indeterminativa.

Mas, segundo Manzini:

44cuando Ia ley utiliza el plural, respecto de personas, cosas o actos debe entenderse que tal plural tiene únicamente finalidad indeterminativa, de manera que

será indiferente que se trate de varias personas, de una sóla cosa, y de un sólo acto, si del contexto de la norma no resulte la necesidad de una pluralidad de

personas, de cosas o actos" (Tratado, cit., v. 1, p. 150).

De modo que não era pela simples leitura do art. 159 que se podia concluir houvesse o legislador exigido apenas um perito, tanto mais quanto, interpretando-se

sistematicamente a regulamentação jurídica da perícia, inferia-se com uma clareza de doer nos olhos, como diria o grande Pedro Lessa, que o legislador, quer num

caso, quer noutro, exigiu fosse o exame realizado por dois peritos (arts.

178 e 180 do CPP). Assim, em face desses dois dispositivos, não nos parecia que a expressão

"peritos" (no plural), empregada no caput do art. 159 do CPP, fosse enfática.

Não obstante, o STF passou a entender que a Súmula 361 é inaplicável em se tratando de perito oficial. A propósito, RTJ, 511371, 511666, 531 370, 531791,

66/693, 87/444. Assim, para o Excelso Pretório, o exame pericial levado a cabo por um só perito oficial é válido. 0 preceito sumular é aplicável, apenas, em se

tratando de peritos leigos.

Data venia, ousamos dissentir dessa orientação. Primeiro, porque os arts.

178, 179 e 180 do CPP são de uma "clareza de doer nos olhos"; segundo, porque a

exigência de dois peritos inoficiais, em face da redação do § 1.' do art.

159 do CPP, dispensaria, como dispensa, interpretação sumular. Assim, oficiais ou não os

peritos, a lei exige sejam dois. Se o Estado, por esta ou aquela razão, nem sempre dispõe de dois peritos para a realização dos exames periciais, nem por isso se deve

fazer tábula rasa da norma processual penal...

Hoje, contudo, a discussão perdeu qualquer interesse, porquanto o art.

159, caput, com a redação dada pela Lei n. 8.862, de 28-3-1994, expressamente exige "dois peritos oficiais". Não havendo, "o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de

preferência, as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame".

0 analfabeto pode ser perito? Não. A própria lei o considera incapaz para tanto (CPP, art. 279, 111).

As partes podem indicar peritos? Não. Aliás, há até disposição expressa nesse sentido (CPP, art. 276): "As partes não intervirão na nomeação dos peritos".

Somente a Autoridade (Policial ou Judiciária) é que pode norneálos, como se

infere da leitura do art. 278 do CPP.

Uma análise apressada do art. 177 do CPP poderia levar o intérprete a vislumbrar, naquele dispositivo, uma exceção à regra do art. 276.

Diz aquele:

1

"No exame por precatória, a nomeação dos peritos farse-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação

poderá ser feita pelo Juiz deprecante".

Entretanto, mesmo na ação penal privada, somente a autoridade é que poderá nomear peritos. Usando o legislador, no art. 177, a expressão acordo das partes,

quis salientar a possibilidade de, naquela hipótese, ser nomeado perito pelo Juiz deprecante e não pelo deprecado.

Quando as perícias devam ser realizadas fora da jurisdição onde tramita o processo, a autoridade deprecada (seja Juiz, seja Delegado) é que nomeará os peritos.

Mas, em se tratando de ação penal privada, desde que haja acordo entre as partes, a nomeação será feita pelo Juiz deprecante, responsabilizando- se as partes pelas

despesas a serem feitas com diligências dessa natureza.

A quem cabe a iniciativa da perícia? A Autoridade (seja Judiciária, seja Policial) e às partes. A Autoridade Policial tem, até, o deverjurídico de determinar, se for

o caso, a realização de exames periciais (CPP, art. C, VII). A Autoridade Judiciária não tem tal dever, possuindo, entretanto, inteira liberdade de determinar que se

procedam a quaisquer exames periciais. Respeitante às partes, poderão elas requerê-los àquela; mas a autoridade deverá indeferir o pedido se a perícia não

for

necessária ao esclarecimento da verdade. Somente não será possível indeferimento quando se tratar de requerimento visando à realização de exame de corpo de delito

OU, então, se necessário ao esclarecimento da verdade.

E se a perícia for necessária e a autoridade indeferir o requerimento? É

preciso distinguir: se o indeferimento partir da Autoridade Policial, em princípio não

haverá nenhuma medida a ser tomada. Ela não deve negar. Se é certo que o art. 14 do CPP lhe permite indeferir pedido de diligências formulado pelo ofendido ou seu

representante legal e até mesmo pelo indiciado, o art. 184 restringe-lhe essa faculdade, se se tratar de exame de corpo de delito ou de qualquer exame pericial indispensável ao esclarecimento da verdade. Se, mesmo assim, vier a indeferir, das duas uma: a) o interessado, quando da propositura da ação, ou mesmo na fase da defesa

prévia, poderá reiterar o pedido em juízo, tal como permite o art. 399 do CPP; b) se a demora para a sua realização importar em prejuízo insanável, nada obsta que o

interessado, ante o indeferimento da Autoridade Policial, leve o fato ao conhecimento do Juiz ou do Promotor de Justiça, que poderão requisitar a medida. É óbvio

que, em se tratando de requisição do Juiz ou do órgão do Ministério Público, não poderá aAtitoridade Policial deixar de atender, como se infere do art. 13 do estatuto

processual penal.

E se o indeferimento for levado a cabo pelo Juiz? Não há recurso específico para combater despacho dessa natureza. Cremos que somente da correição parcial

poderia valer-se a parte, ou, então, em eventual recurso, alegar o fato em linha de preliminar, realçando o cerceamento do direito de defesa ou de acusação, e, se ainda

for possível a realização, poderá o Tribunal converter o julgamento em diligência para aquele fim. Se não mais for possível, dependendo da diligência, poderá anular o

processo,

0 Juiz fica vinculado à perícia? A respeito do assunto há dois princípios: o vinculatório e o liberatório. De acordo com o primeiro, o Juiz não pode deixar de ficar

adstrito à perícia. De acordo com o principio liberatório, inteira liberdade assiste ao Juiz de aceitar ou rejeitar o laudo pericial, no todo ou em parte. No nosso Direito,

como se percebe pela leitura do art. 182 do CPP, vigora o princípio liberatório. E não podia ser de outra forma, à vista do sistema do livre convencimento, que vigora

entre nós. Por isso mesmo, seria até dispensável a regra do art. 182.

Essa liberdade do Juiz no respeitante à perícia pode ser encarada quanto à conveniência e quanto à avaliação. Quanto à conveniência, vimos que a realização da

perícia fica a critério do Magistrado, salvo a hipótese do art. 158, por força do disposto no art. 184. Concernente à avaliação, acabamos de ver que o Juiz não fica

adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, e, por outro lado,

segundo preceitua o parágrafo único do art. 181 do CPP, poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente. Idêntica

faculdade se concede à Autoridade Policial (art. 181 e parágrafo único).

7. Realização da perícia

Determinada a realização do exame pericial, seja a requerimento de qualquer das partes, seja ex officio, deverão elas formular seus quesitos, podendo inclusive

fazê-lo a autoridade. Os quesitos poderão ser formulados até o ato da diligência, como se infere da leitura do art. 176 do CPR

Tratando-se de perícia realizada na fase do inquérito, normaln, nte os quesitos são formulados pela própria Autoridade Policial. Mas, à maneira do que ocorre

com a Justiça Militar, haverá mais vantagem do que inconveniência em se permitir aos interessados (indiciado e vítima) a formulação de quesitos.

Grosso modo, essas

perícias não podem, pelo passar do tempo, ser renovadas einjuízo, e como o exame pericial, em determinadas infrações, constitui o ponto alto do conjunto probatório,

haveria a possibilidade de prejuízo irremediável, tanto para a vítima como para o indiciado. Poder-se-ia conjurar esse prejuízo por meio do pedido de esclarecimentos

aos peritos, em juízo. Às vezes, as indagações formuladas a eles, pela acusação e defesa, em juízo, suprem a falta de formulação de quesitos.

Mas, outras vezes, não.

Assim, não devem as Autoridades Policiais, cônscias de que estão apenas procurando a colheita de melhores informações para esclarecimento da verdade, impedir que

vítima e indiciado formulem seus quesitos. Aliás, no Anteprojeto Frederico Marques, o art. 369 não só possibilitava à vítima e indiciado a formulação de quesitos,

como, inclusive, a indicação de assistente técnico.

Os quesitos devem ser formulados com clareza, e, por outro lado, não devem ser articulados quesitos genéricos. Devem ser claros e precisos.

Inteira razão assiste

a Tornaglii ao ensinar que, ao proporem os quesitos, as partes não devem supor que os peritos conheçam a lei e que estão em condições de interpretá-la como juristas.

Não se deve, por exemplo, perguntar: "0 réu está nas condições do art. 26

do CP?", "A ré, ao tempo do crime, estava na situação referida no art.

123 do CP?".

Apesar da clareza dos dispositivos legais, o perito pode ter dúvida da verdadeira inteligência da lei e ficar perplexo, confuso, embaraçado.

Tampouco deve o proponente dos quesitos (autoridade e partes) substituir-se ao perito, fazendo perguntas que já envolvem um conhecimento técnico.

Por exemplo:

em vez de perguntar se o acusado sofre de doença mental, para que o perito diga "sim" e qual é, indagar se ele é esquizofrênico, por já haver percebido sintomas

dessa doença. Esta pergunta, professa Tomaglii, faz do interrogante perito e exclui a possibilidade de resposta conveniente, porque o réu pode não ser esquizofrênico,

mas ter doença mental.

Quando da lavratura do laudo, os peritos descreverão minuciosamente o que examinaram e responderão aos quesitos formulados, quer pela autoridade, quer pelas

partes.

Convém assinalar que os peritos nomeados pela autoridade serão obrigados a

aceitar o encargo, sob pena de multa de R$ ... a R$ ..., salvo escusa atendível. Essa

mesma multa poder-lhes-á ser imposta, salvo justa causa provada imediatamente: a) se deixarem de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade; b) se não

comparecerem no dia e local designados para o exame; c) se não fornecerem o laudo, ou concorrerem para que a perícia não seja feita nos prazos estabelecidos.

Dependendo da hipótese, poderá a autoridade determinar a condução coercitiva do perito, se este, sem justa causa, deixar de comparecer.

Assinalese, contudo, que esse

ato de coerção não impede a imposição da multa.

Qualquer pessoa pode ser perito? A condição essencial é que o perito possua conhecimentos e faculdades especiais. É preciso, pois, tenha ele aptidões científicas,

artísticas ou técnicas, a fim de ilustrar a justiça com os conhecimentos que possua. Entretanto não poderão ser peritos os menores de 21 anos, os analfabetos, os que

tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia e, finalmente, aqueles sujeitos à interdição de direito, mencionada nos

incs. 1 e II do art. 47 do CR É extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos Juízes, e o incidente de exceção de suspeição vem

traçado no art. 105 do CPP.

8. Necropsia

Conhecida também por autópsia ou necroscopia, a necropsia não é um simples exame feito no cadáver, mas um exame interno, nele procedido, a fim de constatar

a causa mortis. Nos termos do art. 162 do CPP, a autópsia será feita, pelo menos, 6 horas após o óbito. E isso por razões óbvias. Os casos de morte aparente, embora

não muito freqüentes.

4

k

são registrados na crÔnica médico-legal. Somente após aquele lapso de tempo é que se procede à necropsia.

Há algum tempo, a revista 0 Cruzeiro deu-nos notícia vinda de Massapé, Estado do Ceará, de que estava sendo realizado o velório de Maria Rodrigues, vitimada

por um colapso cardíaco, 7 horas antes. A certo momento, porém, a

"defunta" levantou-se do caixão. Houve debandada geral... Depois o velório se transformou em

festa.

Entretanto, se os peritos, pela evidência dos sinais da morte, julgarem possa ser feita a necropsia antes do prazo estabelecido no art. 162, procederão ao exame

interno do cadáver, declarando tal circunstância no auto do exame necroscopico.

0 CPP, em dois casos, dispensa a necropsia:

a) nos casos de morte violenta, quando será suficiente um simples exame externo do cadáver, não havendo infração penal a ser apurada; b) mesmo havendo infração penal a ser apurada, se as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a

verificação de alguma circunstância relevante.

No Direito italiano, só se permite a autópsia quando necessária 11 per stabilire la causa di morte". Muito embora, como diz Manzini, a expressão causa da morte

seja ampla, mais acertado andou o legislador pátrio, determinando o exame interno do cadáver quando houver ne cessidade de se verificar alguma circunstância relevante.

Suponha-se este exemplo: A, em virtude de antiga desavença com B, ao encontrá-lo na estrada, procurou reviver o velho desentendimento, e, embora B dissesse

que tudo já havia passado, A investe violentamente contra B, aos socos, pontapés e golpes de faca. B saca seu revólver e dispara um unico tiro, que atinge a aorta

torácica de A, dilacerando-a. A imediatamente cai ao solo. Vinte minutos depois, B volta ao lugar onde ocorreu a infração e, encontrando a vítima em decúbito ventral,

julgando-a viva, dispara-lhe mais quatro tiros na região lombar, comprometendo órgãos vitais. Houve testemunhas. Ora, nesse exemplo, fácil seria aos experti, pelo

simples exame externo das lesões, determinar a causa mortis. Entretanto há um ponto relevante. Quando B voltou ao locus delicti e disparou quatro tiros contra A na

região lombar, A já estava morto? Se não, teria havido excesso doloso, desfigu

rando a legítima defesa. Se estava morto, não haveria excogitar-se de excesso, porquanto não se mata cadáver. Ora, se o primeiro tiro dilacerou a aorta torácica, a

morte adveio quase que com instantaneidade. Assim, os tiros desferidos na região lombar, vinte minutos após o primeiro, mesmo comprometendo órgãos vitais, não

foram a causa niortis, embora pudessem sê-lo.

9. Exumação

Se, porventura, o cadáver já foi sepultado e houver necessidade de se proceder a exame cadavérico, externo ou interno, para a constatação da causa mortis,

proceder-se-á à sua exumação, isto é, ao desenterramento do cadáver, realizando-se, a seguir, o exame.

Para a exumação, deverá a autoridade tomar todas as providências a fim de que, em dia e hora prefixados, se realize a diligência, lavrando-se, a respeito, auto

circunstanciado. Nos termos do parágrafo único do art. 163 do CPP, o administrador do cemitério, seja público, seja particular, deverá indicar o lugar da sepultura, sob

pena de responder pelo crime de desobediência (CP, art. 330).

Todavia, no caso de recusa ou à falta de quem indique a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em lugar não destinado a inumaçoes, a autoridade procederá às

pesquisas necessárias, fazendo-se constar todo o ocorrido no auto.

Ainda a respeito da autópsia e exumação, salienta o CPP: "Os cadáveres serão, sempre que possível, fotografados na posição em que forem encontrados. Para

representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo provas fotográficas, esquemas ou desenhos devidamente rubricados" (arts.

164 e 165).

10. Exame complementar

Assim dispõe o art. 168 e parágrafos do CPP:

"Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se~á a exame complementar por determinação da autoridade policial

ou judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 1.' No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

§ 2.' Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art.

129, § 1.', n. 1, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de trinta dias,

contado da data do crime.

§ 3." A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal".

Muitas vezes os peritos não podem, logo ao primeiro exame, classificar a lesão, tomando-se indispensável o exame complementar. Suponha-se, e. g., que B tenha

recebido um golpe de faca na cavidade abdominal no dia U-6-1992 e, nesse mesmo dia, tenha sido feito o exame de corpo de delito, tendo os peritos salientado que se

tratava de lesão corporal leve, e, elaborado o laudo, 3 ou 6 dias após, adviesse ao ofendido uma perítonite. Tornava-se indispensável um exame complementar, que

poderia ser realizado por determinação da própria Autoridade Judiciária ou Policial ou a requerimento das partes. Nesse exame complementar, atentariam para a

circunstância de que houve inflamação do peritônio e, por conseguinte, atestariam ter havido perigo de vida. E tal exame é importantíssimo, pois, havendo perigo de

vida, a pena e exasperada.

1

As vezes, ao primeiro exame, os peritos não podem afirmar se o ofendido ficará ou não incapacitado para as ocupações habituais por mais de 30

dias. E essa

circunstância é, também, relevantíssima, porque, se o ofendido, em virtude da lesão sofrida, ficar incapacitado para as ocupações habituais por mais de 30 dias, a lesão

corporal passará a

ser grave, nos termos do art. 129, § 1.', 1, do CR Desse modo, haverá necessidade de exame complementar, que será realizado conforme dispõe o § 2.' do art. 168, logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

Quando o Promotor recebe os autos de inquérito policial instaurado para apurar crime de lesão corporal, cumpre-lhe, de logo, proceder à leitura do laudo pericial, a fim de constatar a natureza da lesão. Muitas vezes aquela lesão que, a princípio, pareceu aos peritos leve, poderia transformar-se em grave. Outras vezes os peritos, respondendo ao quesito pertinente à incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, dizem: "não, dependendo de complicações posteriores". Ora, o Promotor e o

Julgador não saberão se houve ou não a complicação e se esta incapacitou o ofendido para as suas ocupações habituais por mais de 30 dias, se não houver o exame complementar.

Acontece, às vezes, que os peritos, precipitadamente, logo ao pri meiro exame, respondendo ao quesito pertinente à incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, respondem: 44sim, resultará incapacidade para as

ocupações habituais por mais de 30 dias". Ora, poderá acontecer que, no 20.' dia, o ofendido já esteja perfeitamente restabelecido. Ainda nessa hipótese, urge, pois, se

requeira o exame complementar. E tal exame deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

É verdade que, às vezes, dependendo da natureza da lesão, a jurisprudência tem sido tolerante com o prazo dentro do qual deva proceder-se à complementação

desse exame. Haja vista estes exemplos:

"Segundo o artigo 168, § 1% do C. P. Penal, 'se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art- 129, § 1.', ri. 1, do Código Penal, deverá ser feito

logo que decorra

• prazo de 30 dias, contado da data do crime'. E, na espécie,

• exame complementar se realizou muito depois de 30 dias. Esse retardamento, todavia, não acarretará a imprestabilidade do exame que, aliás, teve como escopo

apurar se houve fratura. E a fratura é fato cujos vestígios não desaparecem com o tempo por deixar o calo ósseo" (RT, 208/80).

"Sem embargo do exame complementar de sanidade física ter sido feito 14

meses após o delito, a constatação, por ele, de calo ósseo vem confirmar a

incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, em virtude da fratura do cúbito esquerdo. Esteve, assim, a vítima, impossibilitada de serviço ativo por

mais de 30 dias" (RT, 210/93).

Sem embargo dessa liberalidade, é sempre conveniente obedecer à prescrição do § 2.' do art. 168: logo que decorra o prazo de 30 dias ...

A expressão logo que

tem, aí, evidentemente, o sentido de quase que absoluta imediatidade.

Quanto aos peritos que devam proceder ao exame complementar, pouco importa sejam os mesmos do primeiro exame ou outros.

Às vezes, por qualquer circunstância, não é possível a realização do exame complementar. Nem por isso se deixará de proceder à classificação da verdadeira

lesão. Far-se-á o exame complementar indireto, isto é, com prova testemunhal, segundo prescreve o § 3.' do art. 168 do CPP.

É de ponderar que o exame complementar tem por finalidade me lhor classificar

a lesão, ou porque o primeiro exame foi deficiente ou porque os peritos, à época

em que o realizaram, não podiam, realmente, classificá-la.

Sem a finalidade de classificar lesão corporal, os exames periciais, as vezes, comportam complementação. Se o laudo for deficiente, falho, lacunoso, obscuro,

apresentar contradições, deverá a autoridade, de ofício, ou a requerimento das partes, determinar seja completado ou esclarecido, como prescreve o art. 181. In verbis:

"No caso de inobservância de formalidade, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade,

complementar ou esclarecer o laudo.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente".

Entretanto a expressão exame complementar é reservada para as hipóteses de lesões corporais, a fim de serem elas mais bem classificadas.

11. Exames dos escritos

1

Freqüentemente os peritos são chamados a proceder a exames grafológicos ou grafotécnicos. Trata-se de exames delicados e que, por isso mesmo, devem ser

entregues a pessoas altamente credenciadas. Lembrem-se de que o grande Edmond Locard deu, como autênticas, as cartas atribuídas a Arthur Bernardes...

Esses exames, contudo, não poderiam ser realizados se os peritos não dispusessem dos necessários elementos de comparação. Exemplo: Mévio está sendo

processado porque teria falsificado a assinatura de Tício em uma nota promíssoria. Aos peritos cumpre afirmar se, realmente, Mévio foi o autor da

falsidade. Mas,

para proceder a tais exames, necessitam de escritos do próprio punho do pretenso culpado, para a devida comparação. A esse respeito, o art. 174

do CPP ministra as

regras necessárias:

"No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

1 - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

11 - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou

sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

111 - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a

diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver

ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa está intimada a escrever".

Tornaghi critica a redação do inc. Il do artigo em exame, alegando que não somente os documentos podem servir para a comparação, mas qualquer papel escrito

pela pessoa.

Não nos parece, data venia, acertado tal entendimento, porquanto, usando o legislador da expressão "quaisquer documentos", quis, também, referir-se a quaisquer

escritos, pois, nos termos do art. 232 do CPP, consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou

papéis, públicos e particulares.

Quando a autoridade notificar a pessoa a quem se atribua o escrito a comparecer perante ela para fornecer elementos de comparação, deverá determinar que esta

pessoa, em uma lauda, escreva cinco, dez, vinte ou mais vezes o que lhe for ditado. Deverá a autoridade ter o cuidado de não ditar o mesmo nome, a mesma frase, de

cuja autenticidade se duvida, mas palavras diferentes, contendo sinais gráficos idênticos aos do nome ou expressão que vai ser objeto do exame.

Assim, se Mévio

falsificou o nome de Tício, quando da colheita do material para o exame grafológico, deverá a autoridade determinar-lhe que escreva, em uma lauda, por várias vezes,

a palavra Tibério, ou, então, as palavras Tribuna, Tartaruga, Tibiriçá etc. ... É que, nessas palavras, os peritos

vão, apenas, confrontar o "t" de Tício com o "t" de tartaruga. Convidado a escrever a palavra "Tício", seria bem capaz de procurar burlar a perícia, tentando grafá-la de

modo diferente. 0 que não se pode nem se deve, no exemplo dado, é determinar à pessoa escrever o nome "Tício" tal como se encontra no documento submetido a

exame. A imitação pode sair perfeita... e iludir os menos avisados.

Feita essa colheita do material, a autoridade encaminhará aos peritos o

documento tido como falsificado e a lauda contendo os escritos do punho do suspeito.

Normalmente, em casos que tais, costuma-se formular apenas um quesito.

Podem ser formulados outros, tudo dependendo da hipótese concreta. No exemplo dado,

bastaria este: a assinatura Tício Semprônio, que se vê no verso do documento anexo, proveio do punho de Mévio?

12. Exames por precatória

Se os exames periciais deverem realizar-se dentro da jurisdição da autoridade perante a qual tramita o processo, à autoridade processante caberá determiná-los e

nomear os peritos. Ocorre, muitas vezes, devam os exames ser feitos em outras comarcas.

Nesse caso, a autoridade que estiver presidindo ao processo, seja a Policial, seja a Judiciária, deverá solicitar à autoridade competente do lugar onde o exame deva

ser realizado que o determine, devendo os quesitos da autoridade e das partes ser transcritos na precatória, cabendo, por outro lado, à autoridade deprecada, a

nomeação dos peritos, conforme o art. 177.

Tratando-se de ação penal privada, se querelante e querelado acordarem, os peritos poderão ser nomeados pela autoridade deprecante.

capítulo 41

Do Interrogaffirio

SUMARIO: 1. Noções gerais. 2. Necessidade. 3. Oportunidade. 4.

Caracteres. 5. Faculdade de não responder. 6. Não-participação da defesa.

7. Conteúdo. 8. Co-réus. 9. Oralidade. 10. Acusado menor. 11.

Confissão. 12. Força probatória da confissão. 13. Divisão. 14.

Espontaneidade. 15. Retratabilidade. 16. Divisibilidade. 17. Confissão ficta.

1. Noções gerais

Um dos atos processuais mais importantes é, sem dúvida, o interrogatório, por meio do qual o Juiz ouve do pretenso culpado esclarecimentos sobre a imputação

que lhe é feita e, ao mesmo tempo, colhe dados importantes para o seu convencimento.

A despeito da sua posição topográfica - no capítulo das provas -, o interrogatório é meio de defesa. Para a doutrina tradicional, o interrogatório constitui o início

da fase probatória e, ao mesmo tempo, um dos atos finais da fase postulatória. Geralmente, na fase postulatória destacam-se o instante da formulação do pedido, do

juízo de admissibilidade da demanda e da defesa preliminar. Pois bem: o interrogatório integra esse segundo instante, sem embargo de estar situado no capítulo

destinado à instrução.

0 acusado, durante o interrogatório, não se limita a responder, como acontecia na legislação anterior, a uma série de perguntas predetermi nadas, sacramentais, às quais dava suas respostas bem pensadas, porque estudadas com anterioridade, para não se comprometer. 0 interrogatório, já se disse, "pode

constituir fonte de prova, mas não meio de prova: não está ordenado ad veritatem quaerendam". Evidente que o Juiz, ouvindo o acusado, pode formular perguntas

oportunas e úteis, tendo, assim, oportunidade de tomar conhecimento a respeito de dados para a descoberta da verdade real. No interrogatório, normalmente, o acusado

dele se prevalece para contestar a acusação, e, em seguida, seu Defensor, de modo técnico, completa a resposta à peça acusatória com a "defesa prévia".

Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado.

Meditando sobre o

assunto - principalmente agora que a Constituição, no art. 5.', LXIII, reconheceu o direito ao silêncio -, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa.

Embora o Juiz possa formular ao acusado uma série de perguntas que lhe parecerem oportunas e úteis, transformando o ato numa oportunidade para a obtenção de

provas, o certo é que a Constituição de 1988 consagrou o direito ao silêncio. 0 réu não é obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas. Não se trata

daquele direito já consagrado pelo art. 186 do CPP. De que adiantava ao réu o "direito" de não responder às perguntas que lhe eram formuladas, se o Juiz, em seguida

à proclamação desse direito, acrescentava: "... mas o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa..."? De que lhe servia o direito de calar-se, se o

art. 191 do CPP proclama que serão consignadas as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo? De que lhe servia o silêncio, em

face do que se contém no art. 198 do CPP?

Assim, se o acusado pode calar-se, ficando o Juiz obrigado a respeitar-lhe o silêncio, erigido à categoria de direito fundamental, não se pode dizer seja o

interrogatório um meio de prova. Por outro lado, não estando ele obrigado a acusar a si próprio, "não tem nenhuma obrigação nem dever de fornecer

elementos de

prova". Pode o Magistrado, eventualmente, ser informado de determinadas circunstâncias que poderão auxiliá-lo na solução do caso. Mas, tal como afirmado na

doutrina, se o réu tem o direito ao silêncio, o interrogatório não pode ser considerado meio de prova; do contrário, seria obrigado a responder.

Fosse o interrogatório

meio de prova, a Lei de Imprensa o exigiria também. Entretanto ali se diz que o réu será interrogado "se o requerer". Se se tratasse de meio de prova, a Lei Eleitoral

não o dispensaria, corno

efetivamente dispensa. Se fosse meio de prova, o CPP, no art. 187, não impediria a intervenção das partes. Na verdade, se a instrução criminal é contraditória, e sendo

ela integrada pelo interrogatório, afrontaria a Lei Maior a não-intervenção das partes.

Então, como as partes não podem intervir, chega-se à conclusão de que existe uma certa antinomia entre os arts. 186, 191 e 198 do CPP. Agora, proclamando a

Constituição ter o réu o direito de permanecer calado, evidente que as normas contidas nos arts. 186, 191 e 198 do estatuto processual penal perdem sua importância.

E, como bem diz Ada P. Grinover, "do silêncio não podem deduzir-se presunções que superem a presunçao de inocência do réu" (0 processo em sua unidade, p. 109).

E assim deve ser. NaAlemanha, o interrogatório do réu (Vemehmung des Beschuldigten), como se infere do § 133 da StPO, é "el ejercicio de su defensa material;

primordialmente, por lo tanto, es un acto de naturaleza defensiva, y no un medio de prova, aunque, eventualmente, pueda contener elementos de prueba. Así, también

en los códigos de Córdoba, La Rioja, Mendoza, Salta, San Juan" (J. B. J.

Maier, La ordenanza procesal penal alemana, Depalma, 1982, v. 2, p. 108).

Observe-se, ainda, que a Constituição argentina proclama no art. 18 ser inviolável a defesa em juízo e que ninguém está obrigado a declarar contra si mesmo.

"Não obrigado a declarar contra si mesmo" - "direito ao silêncio" -, tudo não passa do velho princípio do "privilege against selfincrimination", isto é, do nemo

tenetur se detegere, daquele direito de calar-se, sem que a autoridade possa extrair desse silêncio qualquer indício de culpa. Se a República Federativa brasileira tem

como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.', 111); se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art.

5.0, 11); se ninguém poderá ser privado da sua liberdade, sem o devido processo legal (CF, art. 5.0, LIV); se o réu tem o direito ao silêncio (CF, art. 5.', LXIII); se não

há lei que obrigue o réu a falar a verdade, é induvidoso que o interrogatório (melhor seria denominá-lo declaração) é meio de defesa e não de prova.

Aliás, na primeira República, o Min. Campos Sales, preocupado com a maneira de se proceder ao interrogatório, fez adotar o direito de o réu responder

laconicamente (sim ou não), preservando, assim, o princípio da inviolabilidade de defesa. E, na justificativa do Decreto n. 848, de 11 -

10- 1890, acentuou: "No

empenho de rodear das mais sóli

das garantias a liberdade individual e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providências mais salutares ficou estabelecido um limite, para o

interrogatório dos acusados. Com efeito, nada pode ser mais prejudicial à causa da justiça do que este duelo pungente de argúcias e sutilezas, de subterfúgios e ciladas,

que comumente se vê travado em pleno tribunal, entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquele que devera ser o órgão circunspecto e severo da austera majestade

da lei, tem, no entanto, como o mais apetecido triunfo, a confissão do acusado, extorquida à força de uma sagacidade criminosa".

Nos Estados Unidos se o réu quiser manter-se calado, respeitarse-á esse direito, mas se for vontade sua prestar esclarecimentos, sujeitar-se-á ao compromisso. Seu

defensor lhe formula perguntas (direct examination) e a seguir a Acusação (cross examination). Se faltar com a verdade, haverá perjúrio. Entre nós, não. 0 réu, se quiser

ser interrogado, poderá mentir à vontade. Nada lhe acontece, salvo se fizer uma auto-acusação falsa.

2. Necessidade

A necessidade de ser ouvida, no Processo Penal, a pessoa contra quem se pede a atuação da pretensão punitiva, contra quem se pede a aplicação da sanctio juris,

infere-se da própria redação do art. 185 do CPP:

"0 acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será

qualificado e interrogado".

E pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra quem se

pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia

ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos

para a dosagem da pena. E o legislador quer que o julgador ouça o acusado não só para que se tenha certeza de que ele é, realmente, a pessoa contra quem se propôs a

ação penal, como também para que o Juiz conheça sua personalidade, saiba em que circunstâncias ocorreu a infração - porque ninguém melhor que o acusado para

sabê-lo - e quais os seus motivos determinantes.

Por outro lado, malgrado meio de defesa, durante o interrogatório colhe o Juiz elementos para o seu convencimento. É natural, pois, a necessidade desse contato

entre julgador e imputado, quando aquele ouvirá, de viva voz, a resposta do réu à acusação que se lhe faz.

E tão necessário é o interrogatório que uma das primeiras providências a serem tomadas pelo Juiz, ao receber a peça inicial da ação penal, consiste, conforme o

que dispõe o art. 394 do CPP, em determinar a citação do acusado para tal fim. De observar, até, que o Juiz poderá mandar conduzi-lo à sua presença, conforme

preceitua o art. 260 do CPP. E, para que se realce sua necessidade, basta atentar para a regra imperativa do art. 185.

Mas não é só: a ausência de interrogatório, quando presente o acusado, constitui nulidade insanável.

1

0 STF, entretanto, já decidiu que a falta de interrogatório do réu, quando

necessário nos termos do art. 185 do CPP, constitui nulidade sanavel se não for alegada

ou argüida em tempo oportuno, segundo os arts. 564, 111, e, e 572, 1, do CPP (cf. RTJ, 731758).

Data venia, não nos parece correta essa exegese. Cuidando das nulidades sanáveis, o art. 572 do CPP faz referência, dentre outras, àquela prevista no art. 564,

111, e, segunda parte. Ora, a segunda parte da letra e do inc. III do art. 564 do CPP é constituída pela expressão "e os prazos concedidos à acusação e à defesa". Assim,

estando o interrogatório na primeira parte, a nulidade não admite sanatória.

E tal necessidade decorre do fato de ser a declaração do réu meio de defesa. E o Estado quer que o acusado se defenda. A defesa é uma injunção legal. Não

apenas a defesa técnica (art. 261 do CPP), como também a autodefesa ou defesa material.

E necessariamente imprescindível o interrogatório9

Embora seja o interrogatório um ato processual necessário, e tão necessário que o legislador erigiu-lhe a falta à categoria de nulidade, não se trata de ato

necessariamente imprescindível. Se assim não fosse, não haveria processo contra o revel. 0 próprio art. 185 dispõe que o acusado será interrogado quando for preso ou

comparecer em juízo, espontaneamente ou em virtude de intimação.

Se o acusado desatende ao chamado da Autoridade Judiciária para ser interrogado, não se segue que o Juiz deva aplicar o disposto no art. 260

do CPR Tal

dispositivo não lhe implica nem importa dever jurídico, mas sim mera faculdade.

1 .

Alias, o proprio art. 564, 111, e, primeira parte, diz que haverá nulidade

se não for realizado o interrogatório, estando presente o acusado. Logo, 1

i

se o interrogatório não se realizou porque o acusado não compareceu em juízo, não há, evidentemente, que se excogitar de nulidade.

É de bom alvitre acentuar que, se o acusado não atende ao chamado da autoridade para ser interrogado, o processo correrá à revelia, mas nem por isso perderá ele

seu direito à defesa, que continuará sendo a mais ampla possível.

Estadeando uma das maiores conquistas da humanidade, prescreve o art. 261

do CPP que nenhum

acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. E a Constituição coloca a ampla defesa do réu entre os direitos e garantias

individuais. Daí as regras que se contêm nos arts. 261, 537, parágrafo único, 263 e 396, parágrafo único, do CPP.

0 acusado não foi interrogado, porque revel. Afinal, foi proferida sentença condenatória, e, em seguida, cumprido o mandado de prisão. A sentença ainda não

transitou emjulgado. Deverá ser ele interrogado?

Há quem entenda ser dispensável o interrogatório, desde que tenha sido ampla a defesa. Outros defendem a tese de que o interrogatório só poderá ser realizado no

"curso do processo", isto é, no período que vai da citação à prolação da sentença

(RT, 167148 e 157/636).

Odilon da Costa Manso sempre defendeu a tese de que, em casos que tais, deverá a superior instância converter o julgamento em diligência, a fim de ser

interrogado o réu. Suas estas palavras: "o interrogatório poderá fornecer ao Juiz elementos de convicção relativos à personalidade do delinqüente, às circunstâncias do

crime, etc., refletindo-se tais elementos, nas razões de decidir, pró ou contra a apelação. Objetase que o art. 185 só é aplicável no curso do processo e, pois, antes da

sentença condenatória. Mas, se a sentença não passou em julgado e se os Juízes de segunda instância vão conhecer do mérito, não se pode negar que o processo esteja

ainda em curso" (RT, 152/66).

Espínola Filho entende ser necessário o interrogatório, sendo que este deverá ser realizado na 2.' instância, de acordo com o art. 616 do CPP, uma vez que são os

juízes da 2.' instância que, nessa oportunidade, vão conhecer do mérito; são eles que terão de formar seu livre convencimento. E arremata: o art.

616 outorga à

instância superior a faculdade de proceder ao interrogatório do réu, pressupondo ter sido realizado o primeiro interrogatório na instância inferior. Quando tal ato Processual não se realizou, obrigatória há de ser a norma do art. 616.

A razão, penso, está com o saudoso Odilon da Costa Manso. Deverá o julgamento do recurso ser convertido em diligência, a fim de ser C,

3

:5

1

Ouvido o réu na instância inferior. De fato. A regra do art. 616 é facultativa e nada indica possa ser convertida em compulsória pelo fato de não ter sido realizado o

primeiro interrogatório. Se o Juiz não cumpriu o disposto no art. 185, não se segue deva a superior instância suprir-lhe a inércia. 0 julgamento deve ser convertido em

diligência. Ademais, o art. 616 fala em novo interrogatório, permitindo ao Tribunal, se conveniente, ouvir o réu pela segunda vez. Aqui, entretanto, não se trata de

novo interrogatório.

Cumpre adiantar que o STF entende que, nesses casos, isto é, quando o interrogatório não se realizou no curso da ação penal, é ele imprescindível até o trânsito

em julgado da sentença final. Assim, mesmo depois da sentença condenatória e antes do julgamento da apelação, necessário se faz o interrogatório (cf. STF, HC n.

51.913, DJU, 2-9-1974, p. 7012). Há, também, o entendimento de que, se o interrogatório não se fez no curso da ação penal, havendo recurso de apelo, poderá a

instância superior determinar sua realização se o entender necessário ao esclarecimento dos fatos (cf. RT, 393137 1; Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São

Paulo, 81163, 131346 e 19/344).

3. Oportunidade

Segundo a regra contida no art. 185 do CPP, o imputado será interrogado no curso do processo. Ao receber a denúncia ou queixa, o Juiz, nos termos do art. 394

do CPP, designará dia e hora para o interrogatório. Se atender à citação, será

interrogado. Se não o fizer, mas for preso, ou em outra oportunidade se apresentar em

juízo, sê-lo-á.

No curso do processo, diz a lei. Logo, enquanto não transitar em julgado a sentença, deve ser realizado o interrogatório.

Convém até salientar que o Juiz tem a faculdade de, a todo tempo, proceder a novo interrogatório. Se o Juiz entender conveniente, no curso do processo, proceder

a outro, será lícito fazê-lo, conforme prescreve o art. 196 do estatuto processual penal.

4. Caracteres

0 interrogatório é um ato personalíssimo. Só o imputado é que pode e deve ser interrogado. Não é possível a representação.

Não pode o defensor ou outra qualquer pessoa substituir o imputado na realização desse ato processual.

Tornaghi acrescenta outro caráter: a judicialidade. Somente o Juiz é que pode proceder ao interrogatório. Na verdade, determina a lei que o Juiz interrogue o

acusado. Quando presente este, se o Juiz não o interrogar, o processo será nulo.

Deve-se entender porjudicialidade o fato de ninguém poder intervir no interrogatório: só o Juiz. As partes não podem intervir, como sucede na oitiva de

testemunhas.

0 interrogatório enseja ao Magistrado tomar contato com aquele contra quem se propos a ação penal, conhecendo-lhe a personalidade, ouvindo-lhe a confissão,

suas escusas etc. E natural, pois, deva o Juiz, sempre que possível, interrogar o imputado, pois é ele quem vai julgá-lo.

Convém esclarecer, contudo, que, no inquérito, o interrogatório é levado a cabo pela Autoridade Policial. Muito embora o art. 6.', V, do CPP fale em "ouvir o

indiciado", tal expressão foi usada pelo legislador, não pelo fato de não poder a Autoridade Policial proceder ao interrogatório. E tanto é certo que, no art. 304, ao

tratar do flagrante, o legislador usou a expressão "interrogatório". In verbis: "Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas

que o acompanharam e interrogará o acusado .....

Na fase processual propriamente dita, e que se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa, somente o Juiz é que pode proceder ao interrogatório.

5. Faculdade de não responder

0 imputado é obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas?

No Direito medieval, se o imputado não respondia às perguntas, era torturado, sendo,

por conseguinte, obrigado a falar.

Atualmente, vigora o princípio do nemo tenetur se detegere, isto é, de que ninguém é obrigado a acusar-se. 0 imputado tem ampla liberdade: responderá às

perguntas, se quiser. Proibidos estão todos aqueles meios e expedientes, como o hipnotismo, a'narcoanálise, o lie-detector etc., que violam a liberdade psíquica do

imputado. Tais expedientes, entre nós, são punidos, configurando o crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146). Por outro lado, mesmo sendo mendazes as palavras

do imputado, nem por isso se estará violando o disposto no art. 342 do CP, pois os sujeitos ativos do crime de falso são a testemunha, o perito, o tradutor e o

intérprete, nunca o imputado. Todavia semelhante liberdade de dizer o que quiser e de não responder a todas ou a algumas perguntas não vai ao extremo de se lhe permitir, impunemente, fazer uma auto-acusação falsa.

Poderá negar a prática do crime, mesmo havendo muitas provas contra ele.

Mas o que se lhe não permite é atribuir a si a autoria de um crime que realmente não tenha

cometido.

Da auto-acusação falsa pode resultar a condenação de um inocente e, correspondentemente, a impunidade do verdadeiro culpado. Daí a norma do art. 341 do CP:

"Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa".

Nem poderia ser de outra forma, porquanto se trata de um fato perturbador

"do normal funcionamento finalístico da polícia judiciária ou do juízo penal".

0 nosso CPP, aceitando o princípio liberal e moral expresso na fórmula latina nemo tenetur se detegere, prescreveu no art. 186:

"Antes de iniciar o interrogatório, o Juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio

poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa".

0 acusado tem a faculdade de responder, ou não, às perguntas que lhe forem formuladas pelo Juiz. E a consagração do direito ao silêncio que lhe foi conferido

constitucionalmente como decorrência lógica do princípio do nemo tenetur se detegere e do da ampla defesa. É possível que o Magistrado tenha uma impressão

desfavorável quando o acusado guardar silêncio, entretanto não se pode admitir

que tal impressão desfavorável se converta em indício para um decreto condenatório. 0

acu~ sado é o único árbitro da conveniência, ou não, de responder. E

ninguém pode impedir-lhe o exercício desse direito. Muito menos ameaçalo, sob a alegação de

que o seu silêncio poderá prejudicar-lhe a defesa. Do contrário a defesa não estaria sendo ampla, nem respeitado o seu direito ao silêncio.

Se assim é em Juízo, com maiores razões quando se trata de silêncio perante aAutoridade Policial. Não pode o Juiz, quando da sentença, reconhecer indício de

culpa na circunstância de o réu, na Polícia, ter guardado silêncio. "Do seu silêncio não podem deduzir-se presunçoes que superem a presunção de inocência do réu."

Do contrário, nenhum reu ousaria exercer aquele direito ao silêncio, elevado à categoria de di

reito fundamental do homem. Que direito fundamental é esse que, se exercido, pode complicar-lhe a posição no processo? Evidente que a Magna Carta não quis estabelecer ou construir uma armadilha para os acusados, mas, simplesmente, conferir-lhes um direito, e ninguém poderá ser prejudicado quando exerce o seu direito. Não se diga, nem se deve dizer, que, preceituando o inc. LXIII do art. 5.' da CF

que "o preso será infor-

mado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado o

direi-

to ao silêncio seja apenas dopreso. Inteirarazão assiste a AdaR Grinover, Scarance e Magalhães quando afirmam que, "... aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupaçao inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do

interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias. Mas isto não pode nem quer dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no momento maior da autodefesa, que é o interrogatório" (As nulidades, cit., p. 67).

Na verdade, por que somente o preso teria o direito de ficar calado? Se o preso tem esse direito, quanto mais o que esteja em liberdade e, como já se disse, com muito mais razão ainda quando deve ser ouvido pelo Juiz.

Nesse exato sentido, RT,7091313: "... não mais prevalece a advertência final do art. 186 do CPP, pois não será lícito ao Juiz considerar culpado o réu, simplesmente porque permaneceu silente. À

acusação é que cumpre produzir a prova da culpabilidade lato sensu do acusado".

6. Não-participação da defesa

Na fase do inquérito, somente a Autoridade Policial é que poderá interrogar o indiciado. Na fase processual propriamente dita, essa tarefa é exclusiva do Juiz.

0 interrogatório é um contato entre o Juiz e aquele contra quein se propôs a ação penal. De acordo com o art. 187, nenhuma das partes poderá interferir no interrogatório. 0 ato é público, qualquer pessoa poderá presenciá-lo, mas somente o Juiz é que fará ao imputado as perguntas necessárias e julgadas convenientes. A defesa pode intervir9 Se se considerar, tal como faz a doutrina tradicional e tal como consídera o CPP, o interrogatório como meio de defesa e de prova, evidente que as partes devem intervir. Mas, se se considerar o interrogatório apenas como meio de defesa, assim como passamos a entender, não se deve permitir a ingerência das partes.

0 Promotor deverá estar presente ao interrogatório, pois o art. 394

dispõe que o Juiz, ao designar data para a realização do interrogatório, deverá determinar, também, a notificação do Ministério Pú-

blico.

Silencia o art. 394 quanto à notificação do defensor. E isso por uma razão muito

simples: é que, antes do interrogatório, grosso modo, não há defensor constituído. Se houver, deverá o Juiz determinar-lhe a notificação. Se não houver, far-se-á o interrogatório com a presença do defensor nomeado pelo Juiz, segundo dispõe o art. 263:

"Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo Juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação".

Outro não é o ensinamento de Frederico Marques: "na falta de defensor do acusado o Juiz está obrigado a nomear pelo menos um patrono ad hoc, para assistir à realização do interrogatório (arts. 263

e 265, parágrafo único)" (Elementos, cit., v, 2, p. 326). Do mesmo sentir, Espínola Filho, Galdino Síqueira, Pimenta Bueno, entre outros (cf. Espínola, Código, cit., v. 3, p. 13).

Sem embargo disso, nunca se anulou qualquer processo pelo nãocomparecimento do Advogado ao ato do interrogatório. Exceto ao interrogatório do menor (CPP, art. 194). A presença de curador, ou defensor, ao interrogatório de réu menor é indispensável, segundo entendimento do STF (cf. RTJ, 70/351).

Atualmente, ainda que presente o defensor ou mesmo o curador, não poderá nem um nem outro fazer perguntas. 0 interrogatório, tal como disciplinado pelo CPP, é ato exclusivamente pessoal, e,

como dizia Pinienta Bueno, nem o Ministério Público nem osAdvogados podem intervir. De ponderar que o art. 187 veda, apenas, a participação da defesa. Estaria o Ministério Público incluído nessa proibição? Subentende-se que a proibição abrange a toda e qualquer parte.

Como no Direito anterior se dava exaltação desmedida aos direitos da defesa, entendeu o legislador ser de prudência estabelecer a restrição contida no art. 187. Ademais, sendo o interrogatório meio de defesa, "é razoável a não-íntervenção da defesa, para que se resguarde plenamente a liberdade de consciência do acusado".

Imputação de co-réu, também denominada "chamada de co-réu", "delação", ou

"chamamento de cúmplice", ocorre quando no interroga tório o réu, além de reconhecer sua responsabilidade, incrimina outro, atribuindo-lhe participação. Qual o valor probatório dessa prova anômala, assim muito bem

adjetivada pelo eminente Des. Camargo Aranha?

"Não se trata de testemunho, pois como testerminhante somente podem servir aqueles eqüidistantes das partes e sem interesse na solução da demanda, o que não

acontece com o delator. Não guarda semelhança com nenhuma prova nominada... É uma prova anômala, totalmente irregular, pois viola o princípio do contraditório,

uma das bases do processo criminal. Como a afirmativa surge no interrogatório, peça sem influência das partes, ou na ouvida policial, igualmente sem influência, deixa

de existir o contraditório, pois o atingido nada pode perguntar ou reperguntar" (Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da prova no processo penal, Saraiva, 1987,

p. 95).

Não se pode, sem absurdidade, admitir como prova a "chamada de co-réu".

Na verdade, quando do interrogatório, a lei não permite a intervenção do defensor,

nem do acusador. Ele não passa pelo crivo do contraditório. Se a Lei Maior erigiu o contraditório à categoria de dogma de fé, se o devido processo legal, outro dogma,

pressupõe o contraditório, o mesmo acontecendo com a ampla defesa, é induvidoso que a delatio de co-réu não pode ser tida como prova, mas sim como um fato que

precisa passar pelo crivo do contraditório, sob pena de absoluta e indisfarçável imprestabilidade.

0 contraditório é, pois, essencial para a valoração da prova, em termos tais que a prova que não lhe for submetida não vale para formar a convicção. 0 facto

somente pode serjulgado provado ou não provado após a submissão dos meios de prova ao contraditório em audiência (Germano Marques da Silva, Curso de processo

penal, Loures, Ed. Verbo, v. 2, p. 84).

Assim, não havendo nos autos qualquer elemento idôneo a respaldar a delação, esta toma-se imprestável, mesmo porque não passa de um anômalo testemunho.

Aliás, legislações há, como a italiana e a portuguesa, que não admitem possa o co-réu atuar como testemunha no mesmo processo. A propósito o art. 133 do CPP

português:

"Estão impedidos de depor:

a) 0 arguido e os co-arguidos no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto mantiverem aquela qualidade..."

Assim também o art. 197 do CPP italiano:

"Incompatibilità con l'ufficio di testimone. Non possono essere assunti come testímoni:

a) i coimputati del medesimo reato..."

Reconhecendo o réu, no seu interrogatório, a sua culpa e, ao mesmo tempo, imputando a outrem co-participação, ele se transmuda em testemunha. E o que é pior:

testemunha que nao presta compromisso, que não pode ser processada por falso testemunho, que não pode ser contraditada, nem se admitindo que o delatado

faça

perguntas ou reperguntas.

Atribuir-se valor probatório, nesse caso, à palavra do delator, sem que haja qualquer elemento de prova a dar-lhe suporte, é violência inominável, é fazer tabula

rasa da Lei Maior, para deleite de um sentimento atrabiliário, Próprio de épocas recuadas da nossa civilização, quando imperava o processo inquisitivo. É a

entronização do arbítrio, da prepotência e do desrespeito aos princípios basilares da Constituição.

Se a propria confissão, antiga regina probationum, precisa, para ter valor probatório, ajustar-se aos demais elementos de prova, a teor do art. 197 do CPP, não se

justifica possa a chamada de co-réu servir de lastro a um decreto condenatório, sem que haja elementos outros a

dar-lhe respaldo. Por isso mesmo numerosos julgados dos nossos Tribunais têm, com justa razão, repelido essa prova anômala.

Embora não haja hierarquia prévia de provas, vigendo o livre convencimento jurídico motivado, a delação suscita um certo cuidado próprio, reclamador de que

alguma ponderável circunstância ou fonte de informação lhe dê corroboração.

E que do interrogatório do delator não participa, no nosso sistema processual, o delatado, de modo que as garantias da defesa não se concretizam. Se só pela

delação, feita com algum engenho e coberta de aparente verossimilidade, pudesse aflorar a condenação, o delatado estaría à mercê do delator.

Não se cumpre, pois, no interrogatório do co-réu, nem o contraditório nem a ampla defesa. Se suficiente, decisiva e irremediável fosse a delação isolada, a pessoa nesse ato chamada à ação delitiva ficaria praticamente condenada,

bastando que o delator articulasse com algu-

ma habilidade a trama (verossimilhança, coerência etc.).

São conhecidas as reservas que já antiga doutrina fazia à delação, dirnínuindo-lhe a força do convencimento e o valor probatório, quando isolada (Carmignani, Elementos de derecho penal, trad. colombiana, 1979,

§ 555, p. 224, reputando ser prova de menor valor; Malatesta, Lógicas de las pruebas en

material criminal, trad. colombiana, 1981, v. 2, p. 253 e s.; Mittermayer, Tratado das provas em direito criminal, trad. brasileira, 1917, p. 405).

Observaq5es alertadoras fazem Manzini (Derecho procesal penal, trad.

argentina, v. 3, p. 275 e s. e 491 e s., n. 311, 111, e 335) e Florian (De las pruebas

penales, trad. colombiana, 1976, v. 2, p. 52-53, n. 19, b).

Anota Manzini: "No sería conveniente por otra parte forzar la lógica jurídica para asignar valor de testimonio a las declaraciones del imputado en relación ao

hecho ajeno, ya por razones de moralidad, ya para evitar fáciles y frecuentes tentativas de venganza, de extorsiones y de chantaje de terceros, ya porque no se puede

presumir en el imputado la libertad moral que se presupone en el testigo"

(Derecho, cit., v. 3, p. 276).

Isso observam os autores, como Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (Da prova no processo penal, Saraiva, 1987, p. 93) e Ada Pellegrini Grinover (0

processo em evolução, 1996, p. 351-53; Novas tendências de direito processual, 1990, p. 25-26). Fragoso (Jurisprudência criminal, 4. ed., ri. 445, p. 504 e s), com

citações e acórdãos, ressalta a insuficiência da "chamada do co-réu" para armar a

condenação.

Ada Pellegrini Grinover adverte que "ainda que se quisesse aceitar, como elemento probatório, a palavra do co-réu, incriminando outro, tratar-se-ia então de

depoimento testemunhal, necessariamente sujeito a reperguntas da defesa"

(0 processo em evolução, Forense Universitária, 1996, p. 352).

E, mais adiante, acrescenta:

"No Brasil, nenhuma dúvida se põe quanto às testemunhas. Todavia, com relação ao interrogatório, embora seja pacífica a necessidade de sua reprodução em

juízo, problemas surgem com relação à inquirição. E que os arts. 187 e 189 do CPP estabelecem a proibição de reperguntas pelo defensor ao acusado e ao co-réu.

Deixando de lado o art. 184 - que não constitui 'ponto sensível'para a espécie em concreto -, não temos dúvidas em afirmar que a proibição de reperguntas, quando

o co-réu incrimina o outro, infringe frontalmente o inc. LY do art. 5.', da Constituição Federal de 1988.

E inegável que a palavra de um acusado, com relação aos demais, é testemunho. Testemunho e, conseqüentemente, meio de prova; e prova alguma pode ser colhida senão sob o pálio do contraditório. Não pode o co-réu confessar pelo outro, não havendo possibilidade de dar efeitos de solidariedade a

tal confissão. Ademais, grandes são os perigos da indevida incriminação de outras pessoas pelo imputado, 'pois pode muito bem acontecer que um acusado,

vendo-se perdido diante de provas contra ele colhidas, procure arrastar consigo desafetos ou inimigos seus'(Magalhães Noronha, 'Curso de Direito Processual

PenaV, p. 109, Saraiva, 1986).

Por isso, pergunta Adauto Suannes, em trabalho específico sobre a matéria:

Assegurando a Constituição Federal ampla defesa (da qual não se pode excluir o princípio do contraditório), como poderá o contraditório tornar-se efetivo, se

não se permite a presença de um co-réu no interrogatório do réu que o acusa? Comofalar-se em estar sendo obedecido o princípio, se ao defensor do co-réu

imputado não se permite, através de reperguntas, procurar mostrar que o imputado está mentindo?'(Adauto Suannes, '0 interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e

16, da Constituição FederaV, tese aprovada por unanimidade no VI Encontro Nacional de Tribunais de Alçada - in Revista dos Tribunais, v. 572, p.

289)" (Ada

Pellegrini Grinover, 0 processo em evolução, cit., p. 352-53).

Bem por isso é que, em diversos julgados, tem-se afirmado:

"Em face do art. 153, § 16, da Constituição Federal, depoimento de réu somente pode ser aceito como prova contrária a co-réu se ao defensor do comparsa se

assegurou direito de reperguntar, como concretização do princípio constitucional do contraditório" (Rev. 118.5 10, de São Paulo, j. em 6-4-1983, JTACrimSP, Lex,

76/29).

"A exclusiva palavra do co-acusado constitui-se numa palavra deficiente, precária, inidônea. Equivale a prova 'nenhuma'. E se uma sentença se fundamenta numa

prova dessa ordem, revela-se, inequivocamente, contrária à evidência dos autos" (Rev. 67.926, Capital, TACrimSP, 1.' Grupo de Câmaras, rel. Juiz Silva Franco - RT,

498/335).

"Merece a delação alguma reserva, suficiente para exigir pelo menos confirmação de outras fontes de prova, ainda mais que do interrogatório não participa, nem

nele intervém, a pessoa acusada" (RT, 6961 394).

"As declarações de co-réu, desde que confirmadas por outros elenientos que, postos com elas, em relação lógica, lhes confiram caráter de certeza, não podem deixar de ser acolhidas como prova suficiente para autorizar a condenação" (Rev. Crim. 19.827, TACrimSP, apud Camargo Aranha, Da prova

no processo penal, cit., p. 96).

"A incriminação feita pelo co-réu, escoteira nos autos, não pode ser tida como prova bastante para alicerçar sentença condenatória" (Rev. Crim.

103.544,

TACrimSP, ibidem).

"No processo criminal a imputação de co-réu só tem valia probatória quando é confirmada por outros elementos de convicção. Não se pode reconhecer como

prova plena a imputação isolada de co-reu para suporte de um veredictum condenatório, porque seria instituir-se a insegurança no julgamento criminal, com

possibilidade de erros judiciários"(RT, 4101316).

"Se as declarações dos réus não bastam, sequer, para auto-acusarem-se, muito menos servirão, por si só, pare enredar a outrem, imputando-lhe a prática de

infração que repelem" (Ap. 102.516, TACrimSP, ibidem).

"Imputação feita por co-réu, para valer como prova, deve observar o princípio constitucional do contraditório" (Ap. 282.87 1, TACrimSP, ibidem).

"Não se pode aceitar como prova a imputação feita por co-réu em juizo se o imputado não estava presente neste momento, nem seu defensor, a quem se deve

assegurar o direito de reperguntar" (Ap. 251.663, TACrimSP, ibidem).

"Não basta a mera e simples delação de um co-réu para se afirmar a culpabilidade de outro co-acusado. É preciso que ela venha acompanhada de outros

elementos de informação processual produzidos no curso da instrução judicial contraditória, formando um todo coerente e encadeado, designativo de sua culpa. A

adoção dessa declaração isolada do co-réu, como base e fundamento de pronunciamento condenatório, constitui profunda ofensa ao princípio constitucional do

contraditório, consagrado no art. 5.', LV, da Carta Magna, porque acolhe-se como elemento de convicção um dado probante sobre o qual o imputado não teve a

mínima oportunidade ou possibilidade de participar, influir ou reagir"

(RT, 706/328, TACrimSP, rel. Juiz Márcio Bártoli).

No mesmo sentido, RT, 7101309.

7. Conteúdo

Dístinguem-se, no interrogatório, duas partes. 0 chamado interrogatório de identificação é aquele por meio do qual o Juiz procura inteirar-se de que a pessoa contra quem foi proposta a ação penal é aquela que está presente à audiência para ser interrogada. Deverá, por isso, o acusado ser perguntado

sobre o seu nome, naturalidade, estado civil, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce sua atividade, e se sabe ler e escrever.

Por outro lado, o interrogatório de identificação, muitas vezes, supre deficiências das qualificações indiretas, e, além disso, tais qualificações são necessarias para

o preenchimento do boletim individual a ser remetido ao Instituto de Identificação e Estatística, a que se refere o art. 809 do CPR

Terminado o interrogatório de identificação, o Juiz, em seguida, passará ao interrogatório de mérito, ou, como lhe chamam os autores italianos, interrogatório

objetivo. Dando início a essa segunda parte, o Juiz deverá dar ciência ao imputado da acusação que pesa sobre ele. Depois de cientificado, o Juiz lhe perguntará onde

estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; interrogá-lo-á sobre as provas contra ele apuradas (parece à primeira vista que essa indagação é

descabida, porquanto, sendo sigiloso o inquérito, o imputado não poderá conhecer as provas contra ele produzidas). É de ponderar, entretanto, que o imputado, depois

de oferecida a denúncia, poderá ir ao cartório com o seu Advogado e compulsar os autos, inteirando-se de todas as provas. Além disso, no início do interrogatório de

mérito, cumpre ao Juiz cientificar ao interrogado da acusação que se lhe faz, e depois dessa cientificação é que aquele passará a ouvi-lo sobre as provas contra ele

apuradas. Assim, se a testemunha B disse que o imputado atacou a vítima por primeiro, deverá o Juiz dar-lhe conhecimento dessa circunstância e, depois, ouvi-lo sobre

tal acusação, e, assim, sucessivamente. Outro não é, aliás, o ensinamento de Tornaghi (Instituições, cit., v. 4, p. 3 87) e de Manzini (Derecho procesal penal, v. 4, p.

200). 0 art. 367 do CPP italiano de 1930 é muito mais claro a respeito, quando determina ao Juiz "inteirar o acusado dos elementos de prova existentes contra ele

No mesmo sentido o art. 65 do atual diploma

proces-

sual penal peninsular. Verbis: "U autorità giudiziaria contesta alla persona

sottoposta alle indagini in forma chiara, e precisa il fatto che le è attribuito,

1

le rende noti gli elementì di prova esistente contro di lei e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, gliene comunica le fonti".

Perguntará se conhece a vítima e as testemunhas inquiridas e por inquirir, e desde quando; se tem o que alegar contra elas; se conhece o instrumento com que foi

praticada a infração, ou qualquer dos objetos que com esta se relacionem e tenham sido apreendidos; se verdadeira a

imputação que lhe é feita. Sendo verdadeira a imputação, será especialmente perguntado, segundo prescreve o art. 190 do CPP, sobre os motivos e circunstâncias da

ação e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais foram.

Não sendo verdadeira a imputação, o Juiz perguntar-lhe-á se tem algum motivo particular a que atribuí-Ia, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deve ser

imputada a prática do crime, e quais são, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela.

Perguntará, também, sobre todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração, bem como sobre sua

vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez, e, no caso afirmativo, qual o juízo do processo, qual a pena imposta e se a cumpriu. Ao concluir o

ato, deverá o Juiz adverti-lo das sanções de que trata o art. 369 do CPP.

8. Co-réus

Havendo dois ou mais imputados em um só processo e coincidindo a realização de seus interrogatórios no mesmo dia, cada um deles será interrogado

separadamente, de modo que um não ouça o que o outro diz.

9. Oralidade

o interrogatório é feito oralmente. 0 Juiz formula a pergunta e o acusado responde, sendo as respostas ditadas ao escrivão, que as consignará no respectivo auto.

Concluído o interrogatório, será lido e rubricado pelo escrivão em todas as suas folhas e assinado pelo Juiz, pelo acusado e pelo Promotor e Defensor, se

estiverem presentes. Se o imputado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, não haverá necessidade de que alguém assine a rogo, bastando se consigne tal

fato no termo de interrogatório, segundo prescreve o parágrafo único do art. 195. Tratando-se de interrogatório levado a cabo pelaAtitoridade Policial, tudo se passa

diferentemente. Haja vista as prescrições dos arts. 6.', V, e 304, § 1%

todos do CPP.

Nem sempre o interrogatório é realizado oralmente. Tratando-se de interrogatório de surdo, mudo, surdo-mudo, proceder-se-á de acordo com as regras

estabelecidas no art. 192.

Assim é que, em se tratando de imputado surdo, as perguntas serão apresentadas por escrito, e ele as responderá oralmente. Se mudo for o imputado, proceder-se-á de maneira inversa: as perguntas serão formuladas oralmente, e as respostas dadas por escrito. Se se tratar de surdo-mudo, as perguntas

serão formuladas por escrito, e por escrito dará ele suas respostas.

Se, porventura, o interrogado mudo, surdo ou surdo-mudo não souber ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a

entendê-lo.

De qualquer sorte, quando o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por intérprete. 0 Juiz formulará a pergunta ao intérprete, e este, ao

acusado. A resposta dada será transmitida ao Juiz pelo intérprete.

10. Acusado menor

Já vimos que a presença do defensor ao ato do interrogatório é necessária. E se o imputado for menor de 21 anos? Nessa hipótese, haverá indeclinável

necessidade de assistir ao ato um curador É a exigência do art. 194. E o art. 564, 111, c, do CPP erige à categoria de nulidade a não-nomeação de curador ao menor. E

se o menor tiver defensor?Ainda assim haverá necessidade de curador?

OTribunal de São Paulo já teve oportunidade de anular um processo, em que figurava um

menor como imputado, pelo fato de ter sido realizado o interrogatório sem que houvesse sido nomeado curador. Alegou-se que a figura do curador não se confunde

com a do defensor, e, embora o réu tivesse patrono, não podia o Juiz deixar de lhe nomear curador, em face da lei (cf. RF, 130/556).

Que há indeclinável necessidade da presença do curador quando do interrogatório do réu menor não há dúvida. Esse aresto revela a importância da matéria:

"E nulo o interrogatório do réu menor levado a efeito na ausência de curador, contrariando expressa disposição do art. 194 do C. P. Penal"

(cf. Arquivo

Judiciário, 90/164, RV, 701351; RT, 562/356).

Na verdade, a ausência do curador ao interrogatório do menor induz nulidade, como se infere dos arts. 194 e 564, 111, c, do CPP. Mas não haverá necessidade

de o curador ser pessoa distinta da do defensor.

Nesse caso, segundo nosso entendimento, em face da circunstância de o menor de 21 ser relativamente incapaz, e para manter uma certa harmonia com o sistema, deve o Juiz nomeá-lo seu Curador.

Também nos parece que a palavra "curador", no texto do art. 194, é o nomenjuris que se dá ao Defensor do relativamente incapaz. Além disso, pelo art. 449 do CPP, afigura-se-nos que realmente Curador é o nome que se dá ao Defensor do réu. In verbis: "Apregoado o réu, e comparecendo, perguntar-lhe-á o Juiz o nome, a idade e se tem advogado, nomeando-lhe curador,

se for menor e não o tiver, e defensor, se maior Por outro

lado, na

hipótese do art. 15 1, se os peritos afirmarem que o réu, ao tempo da ação,

era incapaz, o processo prossegue com a presença do Curador... Devesse haver Defensor e Curador, outra seria a redação. Aliás, o STF entende ser indispensável a presença do Defensor ou Curador ao ato do interro gatório do menor (RTJ, 10411173 e 109/936). Bastante sugestiva, ade mais, a Súmula 352 da Corte Suprema: "Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo". Ora se houver defensor dativo presente ao ato não ha verá nulidade; com maior razão se estiver presente um defensor constituí do. Do contrário haveria um paradoxo: como pode não ser nulo o inter rogatório se estiver presente um advogado escolhido pelo Juiz e, ao mes mo tempo, tomar-se ele imprestável se estiver presente um advogado escolhido pelo próprio réu? Todavia, se nem o defensor estiver presente, aí, sim, a nulidade é manifesta. Nesse sentido:

"A nulidade decorrente da falta de designação de curador ao interrogatório

judicial do réu menor de 21 anos, não assistido por defensor, é de natureza absoluta, devendo ser pronunciada independentemente de caracterização do prejuízo à defesa" (STJ, 6.'

Turma, DJ, 17-121990, RSTJ, 64/209).

Note-se que a exigência de curador é para a hipótese de o agente ser menor quando do interrogatório. Se, nessa oportunidade, já completou 21

anos, não se aplica a regra do art. 15 nem a do art. 194.

Il. confissâo

Que se entende por confissão? E o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade.

Se reconhece sua culpabilidade, se confessa haver praticado a infração, parecerá, prímafacíe, não mais haver necessidade de se recorrer a outros elementos de prova, pois, se o imputado confessou a prá-

tica da infração, fê-lo, como diz Alcalà-Zamora, como desafogo da consciência atormentada pelo remorso; ou, às vezes, a confissão representará e traduzirá a expressão cínica de um delinqüente sem sentido inoral. Veremos, dentro em breve, que a confissão, a despeito da sua importância, não é prova tão absoluta, de molde a dispensar outras investigações.

Houve tempo em que a confissão era considerada a rainha das provas, porque ninguém melhor do que o acusado pode saber se é ou não culpado.

Tão importante era ela, que se torturava o pretenso culpado para

arrancar-lhe o reconhecimento de sua culpabilidade. E, muitas vezes, a tortura era pior que a pena cominada à infração, o que levava o indivíduo, mesmo inocente, a confessar sua pretensa culpa.

Considerada como regina probationum, não é de estranhar a fala de Ulpiano, no sentido de que "os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados" ("In juri confessi pro judicatis habetur").

Nem é de se estranhar houvesse o grande Farinácio atribuído à confissão a força de coisa julgada.

12. Força probatória da confissão

A experiência tem demonstrado que à confissão não se pode nem se deve atribuir absoluto valor probatório * E certo que, se um indivíduo confessa haver praticado uma infração penal, em princípio, tal reconhecimento de culpa deve ser tido como verdadeiro, porque ninguém melhor do que o autor da infração pode saber se é ou não culpado da imputação que se lhe faz. Todavia todos aqueles que se dedicaram e se dedicam ao estudo das provas no campo do Processo Penal salientam que, muitas vezes, circunstâncias várias podem levar um indivíduo a reconhecer-se culpado de uma infração que realmente não praticou. Podemos citar algumas: L') Nos países que admitem a pena de morte, o desejo de encontrar a morte em mãos do verdugo. Pode ocorrer que uin indivíduo queira liquidar a vida, mas não tenha coragem para a auto-execução. Confessa, então, haver praticado determinado crime de

autoria incerta, desejando, com isso, ser condenado à morte. 2.') Enfermidade mental. Um doente mental pode declarar-se culpado de uma infração que não cometeu. Manzini faz referência, particularmente, ao

caso de Bratuscha. Francisco Bratuscha, iugoslavo, tinha uma filha, e, certo dia, a mocinha desapareceu. Suspeitou-se houvesse sido assassinada pelo próprio pai. Ouvido a respeito, Bratuscha confessou que a

houvera reduzido a pedaços, assando-os no forno, e, em seguida, comido.

Acrescentou, ainda, que assim procedera influenciado pela leitura de uma novela que narrava

fato semelhante. Foi condenado à morte, tendo sido, entretanto, convertida tal pena em prisão perpétua. Alguns anos depois, a filha de Bratuscha retornou à sua cidade,

de onde fugira em companhia do amante. Feita a revisão do processo, Bratuscha foi absolvido e internado em um manicômio. 3.') Razões de lucro podem, também,

levar um indivíduo a fazer uma auto-acusação falsa. Um indivíduo, para não ser recolhido à prisão, pode oferecer vantagem pecuniária a um terceiro, para que este

confesse haver praticado a infração imputada ao primeiro. 4 a) Outras vezes é o espírito de sacrifício, o amor fraternal, paternal, que conduz o indivíduo a atribuir a si a

autoria de um crime que não praticou. Assim, um pai, para não ver o filho nas grades da cadeia, confessa haver praticado o crime por aquele perpetrado. 5 a) 0

fanatismo. 6 a) A intenção de dar tempo ao verdadeiro culpado de fugir.

7.') Para ocultar delitos mais graves. Suponha-se, por exemplo, que B

haja praticado um

homicídio em determinado lugar. Há suspeita contra ele. Entretanto, naquele mesmo dia e à mesma hora, em outro lugar próximo, houve um outro crime apenado mais

brandamente e de autoria ignorada. B, sabendo disso, poderá atribuir a si a prática desse outro delito, procurando, assim, fugir à responsabilidade do delito mais grave.

V) 0 desejo de se livrar de interrogatórios atormentadores. 9.') 0 desejo de encontrar abrigo e alimento por conta do Estado etc.

Por aí se vê que a confissão, sem embargo de ser excelente valioso meio de prova, não tem força probatória absoluta. Por isso mesmo dispõe o CPP, no art. 197,

que o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o Juiz deverá confrontá-la com as demais provas

do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Nem poderia ser de outra forma. 0 Estado não quer que um inocente pague pelo verdadeiro culpado. Há, pois, interesse público em jogo, devendo o Juiz

confrontar a confissão com as demais provas, pesquisando possível compatibilidade ou concordância, para não incidir no erro de aceitar como verdadeira uma

auto-acusação falsa.

Além disso, confessada a autoria, deverá ainda o Magistrado, nos termos do art. 190 do CPP, indagar dos motivos e das circunstâncias em que ocorreu o fato.

Deverá apreciar o animus confitendi, se é livre ou não, as qualidades psíquicas do imputado, os motivos da confissão etc.

No campo cível, onde, normalmente, há em jogo interesses privados, interesses disponíveis, não tem o Juiz de indagar se a confissão é ou não verdadeira. Se

Felisbino propõe uma ação contra Sicrano, cobrando-lhe a importância de 5

mil reais, e se o réu confessa a dívida, não tem o Juiz de indagar se tal confissão é

verdadeira ou não.

0 princípio de que confessus pro convicto habetur só pode vigorar no Processo Civil, por reconhecer este, como diz Fenech, o princípio de disposição das partes

sobre o conteúdo material do processo.

Por outro lado, não se deve deslembrar que, muitas vezes, as confissões são conseguidas criminosamente, seja por meio de coações, como aconteceu, por exemplo, com os irmãos Naves em 1937, seja por meio de processos que devassam o íntimo psíquico dos réus, como a narcoanálise ("serum truth"), o

psicogalvanômetro, os "lie-detectors" etc.

Por todas essas razões, não se pode emprestar à confissão um valor probatório absoluto...

13. Divisão

A confissão pode ser explícita ou implícita. Diz-se explícita, quando o confitente reconhece, às claras, espontaneamente, ser o autor da infração. Implícita,

quando o pretenso autor da infração procura ressarcir o ofendido dos prejuízos causados pela infração. Nessa hipótese, equivale à prova indiciária de alto valor.

A confissão poderá, também, sersimples ou qualificada. Simples, quando o confitente se liniíta a atribuir a si a prática da infração penal.

Qualificada, quando,

embora reconhecendo ser o autor da infração, alega, também, qual -quer fato ou circunstância que exclua o crime ou o isente de pena.

Distingue-se ainda a confissão em judicial e extrajudicial. Ju-Rn

dicial, quando feita em juízo. Extrajudicial, quando não realizada perante o Juiz. Assim, se, perante a Autoridade Policial, alguém confessa haver praticado

determinada infração, essa confissão será extrajudicial, e, se negada em juízo, aquela terá, tão-somente, o valor de indício. Para que tenha o valor que se lhe atribui, haverá necessidade de ser renovada em juízo.

A Corte de Cassação italiana, a respeito dessa confissão extrajudicial, assim se pronunciou nos idos de 1948: "carece de motivação a sentença que atribui valor

probatório à confissão extrajudicial, sem demonstrar o requisito de sua certeza" (Riv. Pen., 1948, p. 645).

No Processo Civil, admite-se, até, a confissão por intermédio de mandatário com poderes especiais, conforme prescreve o art. 349, parágrafo único, do CPC. No

Processo Penal, isso não é possível, não só porque a confissão, no campo penal, é um ato processual personalíssimo, como também porque há em jogo interesse

público e, por isso mesmo, indisponível. Não é possível, pois, confessar por intermédio de procurador, por mais extensos e especiais que sejam os poderes

conferidos.

Pode acontecer que o Advogado ou qualquer pessoa interessada faça chegar às mãos do Juiz uma declaração assinada pelo imputado reconhecendo sua responsabilidade. Nesse caso, tal documento não valerá, por si só, como confissão. Cumprirá, então, ao Juiz notificar o réu, a fim de torná-la por termo nos autos,

observando-se o disposto no art. 195 do CPP, conforme prescreve o art.

199 do mesmo estatuto.

Entende Tornaglii que, nesse caso, o art. 199 é inútil, sendo mais aconselhável que o Juiz o reinterrogue, conforme disciplina o art. 196.

Data venia, não penso

assim. Tratando-se de confissão ocorrida fora do interrogatório, limitar-se-á o Juiz a torná-la por termo. Assim, muito mais simples que um interrogatório será reduzir

a termo a confissão.

14. Espontaneidade

A confissão deve ser espontânea, pois, do contrário, não haverá a mínima garantia de veracidade. De nada valerá, pelo menos entre nós, uma confissão feita sob a

ação hipnótica, de excitantes, de drogas que produzem estupefação, ou de engenhos como o lie-detector, uma vez que, nesses casos, esses meios são contrários à lei,

por devassarem ou pretenderem devassar a intimidade psíquica do pretenso culpado, contra a sua vontade. Configuram tais expedientes o crime de constrangimento

ilegal, previsto no art. 146 do CP, e as provas, assim colhidas, são ilícitas.

Tão cauteloso foi o legislador em matéria de confissão que determinou fosse ela tomada por termo, pelo Juiz, todas as vezes que ocorresse extrajudicialmente.

É preciso que o Juiz saiba, perceba e sinta tratar-se de uma revelação espontânea e livre.

15. Retratabilidade

A confissão é retratável. Mesmo tendo confessado, isto é, reconhecido sua responsabilidade, poderá o confitente retratar-se, desdizer-se, voltar atrás. 0 valor da retratação, entretanto, é relativo. 0 Juiz tem absoluta liberdade de pôr em confronto a retratação com os demais elenientos de prova carreados

para os autos, a fim de constatar se a retratação é ou não sincera.

E não poderia ser de maneira diferente. Por isso mesmo, estatui o art.

200 do CPP que a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre

convencimento do Juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Dependendo do conjunto das provas, a retratação poderá ou não ínfirmar a força probatória da confissão. Assim, se a confissão encontra eco nas demais provas, a

retratação, por si só, insuladamente, será irrelevante, não podendo o Juiz dedicar-lhe qualquer consideração.

16. Divisibilidade

Também é divisível a confissão. Di-lo o art. 200 do CPR Na verdade, a confissão simplesmente representa, no processo, um elemento a mais para o livre

convencimento do Juiz. Logo, o princípio da indivisibilidade da confissão não tem aplicação no campo penal. 0 Juiz poderá aceitar, como sincera, uma parte da

confissão e desprezar a outra.

Se o imputado confessa haver praticado um homicídio, e, ao mesmo tempo, alega que o perpetrou em legítima defesa, é natural que, se outros elementos

existentes nos autos realçaram a veracidade da palavra do confitente, no sentido de ter sido ele o autor do homicídio, o Juiz aceitará a confissão, por sincera. Por outro

lado, só atribuirá valor à alegada justificação se sua palavra for fortalecida por outros elementos de prova. Se não o for, é evidente que o Juiz somente poderá aceitar a

confissão em parte, rechaçando o restante, por lhe não parecer sincero.

17. Conrissão reta

A confissão ficta ou presumida não tem amparo na lei processual penal.

Não há, no Processo Penal moderno, regra semelhante àquela estabelecida no § 2." do art.

343 do CPC.

Mesmo que o imputado deixe o processo correr à revelia, nem por isso os fatos contra ele alegados serão tidos como verdadeiros, e, além disso, o defensor que o

Juiz lhe nomear (art. 261) poderá demonstrar sua inocência, usando de todos os meios de prova.

Ainda que o imputado deixe de responder às perguntas do Juiz, seu silêncio não importará em confissão, como ocorria antigamente.

Antigamente, nos casos de fuga, revelia, ou silêncio durante o interrogatório, aplicava-se-lhe a pena de confesso. Tais presunções, entretanto, incompatíveis com o

sistema do livre convencimento e com o princípio da verdade real, não puderam nem podem subsistir.

capítulo 42

Ofendido e Testemunhas

SUMÁRIO: 1. Conceito de ofendido ou vítima. 2. Ofendido e testemunhas.

Sanções. 3. Haverá necessidade de a parte arrolar o ofendido? 4. Valor probatório da palavra do ofendido. 5. Conceito de testemunha. 6. Fundamento da prova testemunhal. 7. Valor probatório. 8.

Classificação. 9. Caracteres do testemunho. 10. Oralidade. 11.

Objetividade. 12. Retrospectividade. 13. Capacidade. 14. Dever de depor. 15. Exceções ao dever de depor. 16. Subdeveres. 17.

Comparecimento. 18. Exceções ao dever de comparecer. 19. Sanções. 20.

Dever de prestar compromisso. 21. Ausência de compromisso. 22.

Importância do compromisso. 23. Providências que se tomam quando a testemunha depõe falsamente. 24. Depoimento: verificação de identidade; verificação de possível vinculação com as partes; advertência e objeto concreto do depoimento. 25. Número de testemunhas.

26. Oportunidade para arrolar testemunhas. 27. Contradita e argüição de defeito. 28. Contradita. 29. Argüição de defeito.

1. Conceito de ofendido ou vítima

Ofendido ou vítima é o sujeito passivo da infração. Ou, como diz Basileu Garcia, é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime. Em suma: é quem

sofre a ação violatória da norma penal.

Se B fere C, este é o sujeito passivo, titular do direito à integridade física, integridade esta ofendida pelo sujeito ativo do crime, no caso, B.

Por outro lado, atendendo ao interesse publicístico da repressão as infrações penais, há quem diga que em toda e qualquer infração penal o único sujeito passivo é

o Estado.

De fato. Toda infração penal constitui um atentado à ordem jurídica e, por conseguinte, ao Estado. Mas, quando a lei fala em ofendido, quer referir-se àquele que

diretamente sofre a ação violatória da norma, àquele que sofre a lesão, ou, como diz Maggiore, o titular do direito ou do bem jurídico injuriado (vida, integridade

física, honra, propriedade etc.).

Há certas infrações penais cujo sujeito passivo é mesmo o Estado, mas, como o particular sofre, de imediato, os efeitos da ação violatória da norma, a ele se

reserva, também, a qualidade de ofendido.

Assim, o crime definido no art. 345 do CP tem como sujeito passivo o próprio Estado. De fato. Só o Estado é que pode exercer o Poder Jurisdicional.

Se o particular arrogar-se o direito de fazer justiça com as próprias mãos, sem recorrer ao Estado-Juiz, embora legítima a pretensão, estará, evidentemente,

praticando um crime contra a Administração da Justiça.

0 Estado, nesse caso, é o verdadeiro sujeito passivo. Entretanto considera-se aí, também, como sujeito passivo a pessoa que sofreu o efeito da ação delituosa, o

indivíduo que foi objeto material do crime.

Exemplo: B é colono da fazenda de X. Certo dia, o colono que estava devendo à fazenda quis retirar-se para outra propriedade. X impediu a saída de sua

mudança. Sua pretensão era legítima, pois B estava-lhe devendo, e a única maneira de garantir seu crédito era impedirlhe a saída dos móveis.

Pois bem: nessa hipótese, o verdadeiro sujeito passivo é o Estado.

Ofendido, entretanto, foi o particular, aquele que foi objeto material do crime. E tanto é exato

que, nesse caso (CP, art. 345), o crime é de ação privada.

OuçamosTomaghi. SeTício passa aCaio moeda falsa, sujeito passivo do crime é o Estado, titular da fé pública, bem jurídico que a lei penal protege.

Mas, quando

a lei diz, por exemplo, que, se o Ministério Público não mover a ação penal por esse crime, o ofendido poderá fazêlo (CPP, art. 29), ela não se está referindo ao

Estado, pois então não teria sentido, mas sim ao particular cujo património foi desfalcado (cf. Instituições, cit., v. 4, p. 444).

2. Ofendido e testemunhas. Sanções

0 legislador, sabiamente, na parte concemente às provas, dedicou uni capítulo ao ofendido, sob a rubrica "Das Perguntas ao Ofendido".

Preferiu tratar da matéria fora do capítulo destinado às testemunhas, evidenciando, assim, não ter considerado o ofendido como testemunha.

E, por não o ter considerado como tal, segue-se que, quando as partes arrolarem o número máximo de testemunhas, nada obsta possam, também, arrolar

ofendidos.

Assim, nos crimes apenados com reclusão, cada uma das partes (acusação e defesa) poderá arrolar, no máximo, oito testemunhas, segundo a regra do art. 398 do

CPP. Pois bem, não exorbitará o número legal a parte que, além dessas oito testemunhas, arrolar, também, o ou os ofendidos, uma vez que ofendido não é testemunha.

Pelo fato de não ser testemunha, não podia o ofendido, antes da vigencia da Lei ri. 6.416, de 24-5-1977, sofrer aquela sanção prevista no art. 219

do CPP,

consistente em prisão até 15 dias.

Se, porventura, o ofendido deixar de atender ao chamamento, sem motivo justo, poderá a autoridade mandar conduzi-lo à sua presença, segundo a regra do

parágrafo único do art. 201 do CPP.

Poderá, também, independentemente da condução coercitiva, ser processado pelo crime de desobediência. Não é só a testemunha que o comete. É claro que

também o ofendido, como outra pessoa qualquer, poderá violar a norma do art. 330 do CR

Somente o Juiz poderá mandar conduzir à sua presença o ofendido desobediente'? Creio que não, mesmo porque o parágrafo único do art. 201

fala,

genericamente, em "autoridade", donde se conclui que tal providência poderá ser tomada quer pelo Juiz, quer pelaAutoridade Policial.

Ademais, determina o art. 6.', IV, do CPP que aAtitoridade Policial, ao tomar conhecimento da prática de qualquer infração, deverá ouvir o ofendido, e, se este

não lhe atender, sem motivo justo, ao chamamento, poderá ser conduzido à sua presença, não só como sujeito de prova, mas também como objeto de prova. Inquisitio

sine coertione, nuRa est...

3. Haverá necessidade de a parte arrolar o ofendido?

É de observar que o ofendido chamado a fazer declarações nem presta compromisso nem está obrigado a dizer a verdade.

De fato. A regra prevista no art. 203 do CPP só é aplicável às testemunhas, e, por outro lado, não pode o ofendido ser sujeito ativo do crime previsto no art. 342

do CR

Sujeito ativo do delito previsto no art. 342 do CP, como se infere da leitura do

texto, só poderá ser a testemunha, ou o perito, ou o tradutor, ou, finalmente, o

intérprete. Nunca o ofendido.

E de ponderar, entretanto, serem perfeitamente aplicáveis ao ofendido as regras contidas nos arts. 225 e 220 do CPP, e, em certos casos, é até mesmo

aconselhável a aplicação do art. 217.

Já tivemos oportunidade de assistir a uma instrução criminal em que o acusado-sedutor olhava para a ofendida de tal maneira que, no instante em que seus olhares

se encontraram, a ofendida não conseguiu dizer mais nada.

Com acerto, creio, agiu o Juiz, aplicando, por analogia, o disposto no art. 217 do CPP, determinando a retirada do réu a fim de que a ofendida falasse livremente.

Acentuando as diferenças entre o ofendido e a testemunha, não passou despercebida ao atilado espírito de Tornaglii esta circunstância: o ofendido não precisa ser

arrolado; deve ser ouvido sempre que possível, independentemente da iniciativa das partes.

0 art. 201 do CPP cria para o Juiz o dever jurídico de ouvir o ofendido.

De fato, a outra conclusão não se poderá chegar, ante a sua clareza:

"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".

Pouco importa, pois, tenham ou não as partes arrolado o ofendido. Deve o Juiz procurar ouvi-lo, se possível, é claro. Se se encontrar em lugar incerto, por

exemplo, a impossibilidade é manifesta.

Cumpre observar que o STF já entendeu, inclusive, que as perguntas ao ofendido constituem um ato informal e praticado pelo Juiz ad clarificandum. Nele não

incide o princípio do contraditório, e, por isso, as partes não intervem no seu procedimento. Se o ofendido não é testemunha - tanto que não presta compromisso -, não

se lhe aplica a regra constante do art. 212 do CPP (cf. RTJ, 83/938).

Data venia, ousamos dissentir do venerando aresto. Que o ofendido não é testemunha, nenhuma dúvida. Entretanto não se pode inferir dessa circunstância

estejam as partes impossibilitadas de fa-

i

zer-lhes reperguntas. Às vezes, a palavra da ofendida é, verdadeiramente, a prova de maior valia, e, por isso mesmo, se as partes não pudessem formular-lhe perguntas,

ficariam cerceadas nos seus direitos. Se o legislador quisesse impedir as reperguntas, tê-lo-ia feito, à maneira como procedeu ao traçar normas quanto ao interrogatório

do réu.

Certo que o ofendido não presta compromisso, nem pode ser sujeito ativo do crime de falso testemunho. Tem, inclusive, direito ao silêncio. Mas as perguntas ou

reperguntas sem resposta podem constituir-se em valioso elemento de prova... Também as pessoas referidas no art. 208 do CPP não prestam compromisso, e nem por

isso estão as partes proibidas de fazer-lhes reperguntas.

Ademais, se as declarações do ofendido integram a instrução criminal, e se esta é contraditória, não se concebe estejam as partes impossibilitadas de fazer-lhes

reperguntas.

4. Valor probatório da palavra do ofendido

Acusado e ofendido são os sujeitos da relação jurídico-material. Situam-se em pólos diferentes. Um pratica a ação delituosa; outro sofre essa mesma ação.

Suas palavras, por conseguinte, por si só, não merecem crédito, dados os interesses em jogo.

Grosso modo, ambos procuram narrar os fatos a sua maneira, e, por isso mesmo, suas declarações devem ser aceitas com reservas.

Já vimos, no capítulo anterior, as cautelas que devem ser tomadas quanto à palavra do acusado. E quanto à palavra do ofendido?

A vítima do crime, em geral, é quem pode esclarecer, suficientemente, como e de que forma teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa e, por isso

mesmo, estará apta a prestar os necessários esclarecimentos à Justiça.

Sendo assim, qual seria o valor probatório de suas palavras? Prima facie, parecerá que suas declarações devem ser aceitas sem reservas, pois ninguém melhor que

a vítima para esclarecer o ocorrido. É de ponderar, entretanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até

mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; às vezes, a ernoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido,

julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta particularidades, desvirtuando os fatos.

Atendendo a tais circunstâncias, o ofendido nem presta compromisso nem se sujeita a processo por falso testemunho.

Desse modo, a sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o Juiz confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte

interessada no

desfecho do processo.

Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime.

Assim, naqueles delitos clandestinos qui clam comittit solent -que se cometem longe dos

olhares de testemunhas -, a palavra da vítima é de valor extraordinário.

Nos crimes contra os costumes, e. g., a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria

condenado como sedutor, corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem.

Nem é outro o ensinamento da jurisprudência:

"A palavra da ofendida, moça de bons costumes e noiva do acusado, constitui poderoso elemento de convicção, principalmente quando ajustada a outras provas"

(Darcy A. Miranda, Repertório, cit., v. 7, p. 243).

"Tratando-se de delito de natureza clandestina, ou de sedução, praticada às ocultas, a palavra da mulher que se diz deflorada e aponta o autor de sua desonra,

merece maior crédito que a do indigitado autor, se nada existe contra sua precedente honestidade" (RT, 220/94).

"Nos atentados contra a honra da mulher, a palavra da vítima é, em regra, precioso elemento de convicção, bastando para tanto que não haja prova contrária à sua

precedente honestidade" (cf. RT, 220/92).

5. Conceito de testemunha

A palavra testemunha, segundo alguns autores, deriva de testando e, segundo outros, de testibus, que equivale a dar fé da veracidade de um fato.

Von Kries define as testemunhas como terceiras pessoas chamadas a comunicar ao julgador suas percepções sensoriais extraprocessuais.

Em outros termos, mas guardando o mesmo sentido, diz Manzini que testemunho é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o Magistrado penal

por uma pessoa (testemunha) distinta dos su-

jeitos 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.

Entendemos que a definição acima nos termos em que está formulada, intercalando a expressão "fora do processo penal", exclui a testemunha imprópria, isto é, aquela testemunha que depõe sobre determinado ato do inquérito ou do

processo, a que esteve presente.

Não nos parece que tal testemunha seja, apenas, meio de garantia processual, mas de prova, dependendo do caso concreto.

É de ponderar que, se o Promotor de Justiça, por exemplo, quiser provar que o acusado foi ouvido na Polícia e lá confessou o crime, sem qualquer coação, B, que assistiu ao ato, isto é, que foi testemunha indicada pela Autoridade Policial, nos termos do inc. V do art. 6." do CPP, poderá depor em juízo, e será uma testemunha imprópria, mas testemunha. E

mais que isso: importantíssima.

6. Fundamento da prova testemunhal

A prova testemunhal, sobretudo no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois, dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Em geral, as infrações penais só podem ser

provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento.

Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nesta reside seu fundamento.

7. Valor probatório

Sem embargo de, com freqüência, a prova testemunhal ser uma necessidade, não se segue seja absoluto seu valor probatório. Como qualquer outro meio de

prova, a testemunhal é relativa, principalmente em uma legislação como a nossa, que admite o sistema da persuasão racional na apreciação das provas.

Aliás, o incidente com Sir Walter Raleigh, citado por Afrânio Peixoto, está a mostrar a precariedade do testemunho. Pense-se na ruindade, na malignidade, no

interesse em prestar um depoimento fal-

so- Reflita-se sobre o medo que, muitas vezes, domina o espírito da testemunha.

As vezes a testemunha está incapacitada para depor, seja em virtude de sua imaturidade, seja por um defeito sensorial, seja por uma anomalia psíquica. Que valor

poderia ter o depoimento de uma criança de 3 anos? Uma pessoa portadora de arteriosclerose não poderá prestar um depoimento completamente divorciado da

realidade fática? Diga-se o mesmo quanto aos cegos, aos surdos, crianças e velhos.

Outras vezes a testemunha depõe na certeza de estar dizendo a verdade, sem que o esteja. Enfim: mente, sem saber que está mentindo... Sabe-se que os fatos são

apreendidos pelos sentidos que geram os estímulos. Estes, uma vez levados aos centros cerebrais, determinam as sensações e, de conseguinte, as percepções. A

percepção "é o efeito da fusão de uma sensação atual com outras, também atuais, ou, então, previamente fixadas na memória".

Quando um avião sobrevoa uma residência, tal fato é apreendido pelo ouvido, formando-se os estímulos que, levados aos centros cerebrais, geram uma sensação

de barulho, e como a pessoa, anteriormente, já teve semelhante sensação e identificou aquele ruído com o rumor de um avião, não tem nenhuma dúvida, agora, em

afirmar que o ruído é de um avião. A tal fenômeno chama-se percepção.

Pois bem: a ciência já demonstrou que as percepções dos sentidos, sobre serem imprecisas,

podem ser alteradas por circunstâncias e fatores vários, como a maior ou menor duração dos estímulos, o maior ou menor grau de iluminação, o silêncio, a falta de

atenção, o desvio da associação de idéias do seu curso normal, a imaginação, a emoção, as ilusões, as alucinações, a perturbação da memória, a falta de interesse, a

paixão, a paranóia, a imbecilidade, a histeria, a epilepsia, a melancolia e, finalmente, o tempo, entre outras causas, internas ou externas, que podem levar o indivíduo,

ainda que queira dizer a verdade, a desvirtuar os fatos. Donde se concluir que a prova testemunhal, como qualquer outro meio de prova, é de valor falível e precário.

Há, ainda, o problema da duração dos estímulos. São estes que determinam as sensações. Aquele que mira um quadro, durante 10 minutos, tem melhores condições

de descrevêlo do que outro que o olhou por 2 minutos. 0 grau de iluminação também altera as percepções sensoriais. 0 silêncio exerce notável influência nas

percepções. A falta de atenção é outro fator. Neste particular, as experiências de Claparède, Von Liszt, Varendonck, Erisman, Mario Ponzo, Alberto Pessoa, Afrânio

Peixoto confirmam a palavra do Prof. Quintiliano Saldafia, no sentido de que o testemunho é prova falível. Em 1973, durante aula, e sem que os alunos soubessem o

que pretendíamos fazer,

distribuímos papel, como se fôssemos fazer uma prova. Em seguida, fixamos em 8 minutos o tempo para que eles desenhassem a bandeira brasileira.

Apenas 4, num

grupo de 79, conseguiram fazê-lo, com detalhes. Noutra Faculdade, fazendo a mesma experiência, perguntamos aos alunos quantos degraus havia na escada que ligava

o interior da Escola à área de recreação. Todos os dias eles passavam por ali. Nenhum acertou! Isso demonstra que a falta de atenção toma imprestável um

depoimento.

No que respeita à memória, é claro que, uma vez apreendidos, os fatos são nela armazenados. Há pessoas com memórí a privilegiada; outras não têm interesse em

guardar determinados fatos e, finalmente, há aquelas que sofrem de perturbações (amnésias, hipermnésia ...).

Conta-se que, no centro de uma cidade alemã, sobre pedestal de pedra de cerca de quatro metros, erguia-se um monumento a um sábio. A estátua, de bronze,

estava na posição sentada, o braço direito na atitude de escrever, à distância de um palmo do joelho direito.

Um conselheiro municipal denunciou, certo dia, que o livro de bronze, posto sobre o joelho, havia sido furtado, pois se recordava de tê-lo visto fazia pouco.

Um

outro conselheiro declarou ser morador nas proximidades do monumento e haver observado que o livro estava aberto e estendido sobre o joelho.

Outra testemunha

afirmou que, ao erigir-se o monumento, o livro tinha sido cravado com três grandes parafusos na perna da figura.

A investigação, ordenada pelo alcaide, deu como resultado apurar-se que no monumento nunca houve livro algum...

Também as condições de sexo e idade são importantíssimas. Ensina Evaristo de Morais, em sua obra Testemunho na justiça penal, que, respeitante ao testemunho

dos velhos, é preciso distinguir os fenômenos da senilidade normal e os da senilidade mórbida.

Entre os primeiros, logo se impõem as deficiências da percepção, atinentes à vista e ao ouvido e às falhas de memória.

Concemente ao testemunho infantil, doutrina Bernard Perez: quando ela tem grande interesse em mentir, procede com arte... se o seu papel de comediante não é

longo, consegue tomar-se acreditada.

E Le Bon, por sua vez, proclamava que escutar a voz de uma criança equivale a proferir a condenação do acusado por cara ou coroa...

Na verdade, conforme ensina Ayarragaray, pode o testemunho da mulher ser perturbado por sua sensibilidade especial ou por disposições psicofisiológicas

próprias de seu ser, aliadas à circunstância de serem relativamente sugestionáveis.

Além disso, há os depoimentos dos sugestionáveis, que, como já se disse, são os

curingas no pôquer da prova testemunhal.

Desse modo, dada a falibilidade da prova testemunhal, motivada por fatores de ordem diversa, Mittermayer salienta que a prova que deve presidir à persuasão do

Juiz criminal é a formada pelos indícios, testemunhas mudas, colocadas pela Providência em tomo do crime, para fazerem surgir a luz da sombra em que o agente se

esforçou em sepultar o fato delituoso.

8. Classificação

As testemunhas podem ser diretas, indiretas, próprias, impróprias, informantes, referidas.

Diz-se direta a testemunha, quando depõe sobre fatos a que assistiu.

Indireta, quando depõe sobre fatos cuja existência sabe por ouvir dizer.

Própria é a

testemunha que depõe sobre os fatos objeto do processo, cuja existência conhece de ciência própria ou por ouvir dizer. Diz-se imprópria, quando depõe sobre um ato,

fato ou circunstância alheia ao fato objeto do processo e que se imputa ao acusado.

Daí dizer Fenech que tais testemunhas atuam, tão-somente, como

'Tedatarios de la realización del acto cuya presencia garantiza". Assim, aquelas pessoas

convocadas pela Autoridade Policial para assinarem, juntamente com o indiciado, o auto de interrogatório, nos termos do iric. V do art. 6.' do CPP, poderão depor em

juízo, ou sobre o thema probandum - objeto do processo -, e, nesse caso, serão testemunhas em sentido próprio, ou tão-somente sobre a regularidade do interrogatório,

e, nesse caso, serão testemunhas impróprias ou instrumentais.

Dizem-se numerárias as testemunhas que prestam compromisso, e informantes aquelas que não o prestam. Ainda há as chamadas testemunhas referidas, que são

terceiras pessoas indicadas no depoimento de outra testemunha.

Assim, se a testemunha B, em seu depoimento, disser, por exemplo, que X é que assistiu à cena delituosa, temos que X é testemunha referida.

9. Caracteres do testemunho

Estudando os caracteres do testemunho, salienta Manzini serem em número de cinco: imediação, judicialidade, objetividade, oralidade e retrospectividade.

Tornaglii exclui a imediação. Para nós, e uma vez que o testemunho pode ser colhido na Polícia, são apenas três os caracteres: oralidade, objetividade e

retrospectividade.

lo. Oralidade

Chamada a depor, a testemunha deverá fazê-lo oralmente. A autoridade formula as perguntas e recebe as respostas oralmente.

Não se permite que a testemunha proceda à leitura do seu depoimento previamente escrito, salvo a hipótese esdrúxula do § V do art. 14 da Lei n. 4.898, de

9-12-1965. Outra exceção e a prevista no § U' do art. 221 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 6.416, de 24-5-1977: "0 Presidente e o VicePresidente 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, lhes serão transmitidas por ofício" (grifos nossos).

Incisivo é o art. 204 do CPP:

"0 depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito".

A autoridade formulará as perguntas que entender convenientes ao esclarecimento do fato, cumprindo à testemunha respondê-las. Nada obsta, porem, possa a

testemunha fazer breves consultas a apontamentos, segundo dispõe o parágrafo único do art. 204: "Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a

apontamentos".

0 Código, todavia, abre duas exceções. Tratando-se de mudo e surdo-mudo, a inquirição se procederá na conformidade do art. 192 do CPP, segundo o parágrafo

único do art. 223.

Assim, se a testemunha for muda, as perguntas serão feitas oralmente, e, por escrito, dará ela suas respostas. Se surda-muda, as perguntas e respostas serão por

escrito.

Se a testemunha, além de muda ou surda-muda também não souber ler e escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a

entendê-la.

11. Objetividade

A testemunha não pode, em seu depoimento, fazer apreciações pessoais. Há, inclusive, disposição expressa nesse sentido. É o art213:

"0 Juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato".

0 Codice di Procedura Penale de 1988 é mais exigente, ao dispor no § 3.'

do art. 194 que "il testimone non può deporre sulle voci correnti nel pubblico nè

esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli della deposizione sui fatti .....

Deverá, pois, haver objetividade. Não se admite, por conseguinte, que uma pessoa, depondo em juízo ou perante a Autoridade Policial, diga que, se fosse o réu,

não se teria aborrecido com as palavras proferidas pela vítima etc.

Por isso mesmo, ainda que formuladas pelas partes perguntas que ensejem apreciações pessoais da testemunha, deverá a autoridade indeferi-Ias, consignando-se,

no termo, a pergunta e o indeferimento.

12. Retrospectividade

As testemunhas depõem sobre fatos passados e jamais sobre fatos futuros.

Se B foi preso em flagrante, as testemunhas deporão sobre o fato que se passou... sobre

fatos pretéritos.

Com bastante acerto ensina Tomaghi que, se um médico comparece em juízo para depor, não poderá dizer que a lesão corporal sofrida pela vítima a incapacitará

para as ocupações habituais por mais de 30 dias.

E Manzini acrescenta: "esto, precisamente, contribuye a distinguir el testimonio de la pericia..." (Derecho, cit., v. 3, p. 262).

13. Capacidade

As causas de incapacidade para atuar no Processo Penal como testemunha, salienta Fenech, não podem relacionar-se com as normas gerais que regulam a

capacidade para ser parte (capacidade processual) nem com as que regulam a capacidade de direito material.

Realmente, um menor de 18 anos tem capacidade para ser testemunha e não a tem para ser imputado. E a razão disso é acentuada pelo próprio Fenech:

"dada a

finalidade do processo penal, as circunstâncias que podem ocorrer em um fato delitivo e a liberdade dos julgadores na apreciação das provas, a capacidade para ser

testemunha é de uma amplitude extraordinária" (Fenech, Derecho procesal penal, v. 1, p. 825).

Atendendo a tais considerações, dispõe o legislador, no art. 202, que toda pessoa poderá ser testemunha. Esse, pois, o princípio geral sobre a capacidade para

tanto.

Assim, nada impede que uma criança de 8 anos compareça em juizo para depor sobre fatos a que, porventura, tenha assistido. Cumprira ao julgador, nessa

hipótese, tomar as necessárias precauções, atribuindo ao depoimento o valor que merecer ante os demais elementos de convicção.

Desse modo, qualquer pessoa física pode ser testemunha. "Não importa a idade, sexo, nacionalidade. Não importam as imperfeições físicas, os estados

contingentes de inconsciência. Não importam o estado social e condição econômica das pessoas. Não importa, também, a reputação ou fama". Da própria condenação

não decorrem indignidades. E por que essa amplíssima liberdade? Responde

Florian: ela encontra seu fundamento na exigência da mais larga e maior investigação dos

fatos.

De fato, obstáculos preestabelecidos dificultariam a pesquisa da verdade real. Quem pode impedir que uma criança de 8 anos, ou uma horizontal ou um falsário

presencie um homicídio?

14. Dever de depor

No Processo Penal, toda pessoa tem capacidade para depor, isto é, para ser testemunha. E, uma vez chamada, terá o deverjurídico de fazê-lo.

A imperatividade da norma que se contém na primeira parte do art. 206 do CPP dispensa maiores considerações: "A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor .....

15. Exceções ao dever de depor

a

A regra, entretanto, não é tão absoluta quanto se cuida. Há exceções. Em alguns casos, as testemunhas podem recusar-se a depor, e a própria lei o permite. Em

outros casos, há expressa proibição; mesmo que a testemunha queira depor, não poderá fazê-lo: o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda

que desquitado, o ae

irmão e o pai, a mã , ou filho adotivo do acusado estão dispensados de depor. Pouco importa seja o parentesco legítimo ou ilegítimo; a lei não faz distinção.

Contudo a amásia do acusado não pode recusar-se. É que a lei fala em conjuge, excluindo, portanto, toda e qualquer ligação extramatrimonial.

Tais pessoas podem ser arroladas como testemunhas e, se quiserem, poderão depor. Se se opuserem, respeitar- se-lhes-á a vontade.

Também podem recusar-se a depor aquelas pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, mesmo que tenham sido

desobrigadas pela parte interessada.

0 assunto está disciplinado na segunda parte do art. 207 do CPR

À primeira vista poderá parecer que as duas situações sejam idênticas.

Há, entretanto, diferença. De fato, quando se tratar de qualquer daquelas pessoas

enumeradas no art. 206, se não for possível por outros modos obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias, não poderá ela eximir-se da obrigação de

depor.

Assim, se um pai maltrata o filho em sua residência e as únicas pessoas que podem esclarecer o fato são a esposa e a filha, é evidente que tais pessoas não podem

recusar-se a depor. É a regra contida na parte final do art. 206.

A relevância do interesse público - Administração da Justiça se sobrepõe às relações de família.

Já na hipótese das pessoas que devam guardar segredo, mesmo que desobrigadas pela parte interessada, não se lhes poderá exigir que deponham. Deporão se o

quiserem.

Por outro lado, as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, se não forem desobrigadas pela parte interessada, não

poderão depor. E, ainda que o sejam, deporão se quiserem. É o que se contém no

art. 207 do CPP. Trata-se de norma ditada por razões de conveniência e, até mesmo,

de moralidade. A proteção ao segredo profissional, diz Tornaghi, decorre do interesse de todos, da necessidade que cada um tem de confiar e de estar seguro de que o

segredo não será revelado.

A revelação de segredo constitui até crime. Define-o o art. 154 do CR

Assim, se alguém revelar segredo que deva guardar, responderá criminalmente. Mas, para

que haja o crime, é indispensável a coexistência dos seguintes elementos: 1) Existência de um segredo.

2) Seu conhecimento em razão de função, ministério, ofício ou profissão.

Função é encargo que cabe a uma pessoa por força de lei, decisão judicial ou convenção

(tutor, curador, diretor de banco ...). Ministério é o encargo que pressupõe um estado

ou condição individual de fato (padre, irmã de caridade etc.). Ofício é a ocupação habitual consistente em prestação de serviços manuais (mecânico, eletricista).

Profissão é toda e qualquer forma de atividade habitual com fim de lucro (advogado, médico, engenheiro etc.). Só haverá a proibição, se houver um nexo causal, isto

é, é preciso que a pessoa saiba do segredo em razão do ofício etc.

Simples conhecimento decorrente de relação ocasional não gera a obrigação de guardá-lo. Assim, um

médico que, num táxi, ouve uma conversa, não estará impossibilitado de depor

sobre o que ouviu...

3) Revelação.

4) Ausência de justa causa. Se houver justa causa para revelá-lo, não haverá crime. A revelação pode ocorrer no estrito cumprimento do dever legal (as opiniões

dos médicosperitos, dos legistas). Em decorrência de estado de necessidade: o médico que avisa a um amigo que sua empregada é tuberculosa. Em legítima defesa: o

médico que, caluniado ou difamado, para se defender tenha necessidade de revelar segredo. Muitas vezes a revelação é obrigatória. Veja-se, a propósito, o disposto no

art. 269 do CR

5) Possibilidade de dano a outrem. Evidente que somente o segredo cuja revelação possa ocasionar dano a outrem é que deve ser guardado. A palavra dano, aí,

está empregada no sentido amplo, para abranger todo e qualquer prejuízo que a pessoa possa sofrer em decorrência da revelação.

6) Dolo.

Como bem afirmava Hungria, o que a lei reconhece e assegura é o poder vinculativo da vontade, expressa ou tácita, de que seja mantido oculto tudo quanto, se

propalado, nos causaria desdouro, dissabores, qualquer prejuízo material ou moral.

A lei penal não pode tutelar a vontade caprichosa ou imotivada, frívola ou arbitrária. E preciso que, com a violação do segredo, surja a possibilidade concreta de

um dano (Hungria, Comentários ao Código Penal, v. 6, p. 247).

Por essas razões, a lei processual penal proíbe que tais pessoas deponham.

Fala o Código em pessoas que, em razão de função, ministério, Ofício ou profissão, devam guardar segredo. Mas pergunta Tornaglii: como saber que em razão de uma função, de um ministério ou de uma profissão alguém deve guardar segredo? Com acerto responde o ilustre processualista: a resposta

há de provir: 1) de qualquer lei que obrigue ao segredo; 2) dos regulamentos que disciplinam o exercício da profissão, ofício etc.; 3) das normas consuetudinárias; 4)

da própria natureza da função, ofício etc. (cf. Tornaghi, Instituições, cit., v. 4, p. 477).

Assim, por exemplo, indaga-se: um pastor protestante, em razão do ministério que exerce, é obrigado a guardar segredo? Há alguma lei obrigando-o a mantê-lo?

Não há. Algum regulamento ou norma consuetudinária? Também não há.

Entretanto, pela própria natureza do ministério que exerce, deverá guardá-lo. 0 pastor é um

chefe espiritual. Muitas e muitas vezes, os membros da sua igreja o procuram em busca de uma palavra de conforto ou mesmo de orientação.

Fazem-no em confiança.

Não seria, pois, justo fosse ele obrigado a depor sobre os fatos de que teve ciência no exercício daquela sua atividade. Os católicos não fazem o mesmo no

confessionário? Por que não os protestantes? E o chefe umbandista?

Umbandismo é culto. Não pode acontecer de um umbandista ir à procura do seu chefe e

revelar-lhe um segredo? Fá-lo, porque ele é o seu guia espiritual. Não vejo razão séria para se distinguir o segredo revelado ao padre daquele confiado a chefe

espiritual de outra religião ou culto. A diferença está apenas nisto: quando se tratar de religião católica, o Direito canônico proíbe a revelação do segredo obtido no

confessionário. Mas o dever de guardar segredo não decorre apenas de lei ou regulamento...

Há Códigos que fazem enumeração limitativa, referindo-se exPressamente às pessoas que devam guardar segredo. Assim, a Ley de Enjuiciamiento Criminal fala

em sacerdotes, advogados etc. 0 Código italiano, no art. 622, diz:

"Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o

arte, di un segreto

lo rivela la senza giusta causa

Mas o art. 200 do atual Codice

di

Procedura Penale dispõe quais as pessoas que não estão obrigadas a depor em virtude de segredo profissional: "a) i ministri di confessioni religiose, e cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico ita liano; b) gli avvocati, i procuratori legali, i consulenti tecnici e i notai;

c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente

una professione sanitaria; d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce lafacoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale".

Em junho de 1993, a Câmara dos Deputados de Mendoza, Argentina, incorporou ao CPP daquela Província, como ferramenta indispensável à liberdade de

imprensa, o segredo profissional dos jornalistas, definido como o direito de

abster-se de declarar sobre a origem das informações que cheguem ao seu conhecimento,

qualquer que seja a sua natureza, em razão da profissão que exercem.

Apesar de a imprensa estar transcorrendo seu quarto século de vida, as preocupações a respeito da proteção do segredo profissional do jornalista são

relativamente recentes. Há trinta e cinco anos elas se refletiram na legislação italiana, e em 1975 foram incorporadas na legislação alemã, quatro anos depois que nos

Estados Unidos os direitos dos jornalistas e os meios para guardarem reserva foram garantidos pela Corte Suprema no famoso caso da difusão de

"papéis do

Pentágono".

No Brasil, não há essa especificação. Por esse motivo, Euclides Custódio da Silveira entende que as domésticas são proibidas de depor sobre atos a que assistiram

no local do trabalho ou conversas aí escutadas.

Evidente que as secretárias têm também o dever de guardar segredo. 0 nome da própria profissão está a indicar tal fato: secretária, a mulher que é confidente de

outrem... Na verdade, nos escritórios, as secretárias ouvem conversas particulares dos patrões, anotam recados, completam ligações telefônicas, marcam encontros para

os chefes etc. Sabem, enfim, de tudo ou quase tudo que se passa no escritório ou na empresa. Evidente não poderem elas depor sobre fatos cujo conhecimento lhes

chegou aos ouvidos em razão dessa função. E se depuserem? Elas não podem fazê-lo, à vista do art. 207 do CPP. Mas, se o fizerem, seu testemunho não terá nenhum

valor, posto que é prova obtida ilicitamente, e, nos termos do art. 5.', LVI, da CF: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Sem embargo,

no famoso processo de impeachment do Presidente Collor de Mello, a Secretária de uma Empresa estabelecida em São Paulo foi à Casa das Leis, em Brasília, depor

sobre conversações telefônicas que teria assistido, por força da sua função, entre o empresário (seu chefe) e outras pessoas sobre a famosa

"Operação Uruguai"... Aliás,

as Mesas de Processo Penal realizadas na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (SP) deixaram bem claro: a) "Ilícitas são as provas colhidas com

infringência a normas e principios de direito material" (Súmula 48); b)

"São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios

constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa" (Súmula 49); c)

"Podern ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente co~

lhidas, que beneficiem a defesa" (Súmula 50).

Insista-se: o crime previsto no art. 154 refere-se ao exercício de atividade privada. Do contrário, o crime a considerar-se é o definido no art. 325 do CP: "Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação

.....

E os segredos das crianças? Às vezes haverá necessidade de transmiti-los aos seus responsáveis para as providências que se fizerem necessárias. E

se o médico contou o segredo à esposa, estará esta obrigada a guardá-lo?

Entendemos que sim, pois, nesses casos, seria fraudada a finalidade da lei. Veja-se, a propósito, Luiz Ozório, in Espínola Filho, Código, cit., v. 3, p. 114.

Outra exceção ao dever de depor foi fixada pelo § 5." do art. 53 da Constituição de 1988: "Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações".

16. Subdeveres

0 dever de depor compreende dois subdeveres:

1) o dever de comparecimento;

2) o dever de prestar juramento.

17. Comparecimento

Consiste o comparecimento no dever que tem a testemunha de apresentar-se em dia, hora e local designados pela autoridade competente para prestar seu depoimento.

0 dever de comparecimento pressupõe regular notificação, e esta se fará de acordo com o preceituado no art. 370 do CPP.

0 art. 218 realça esse pressuposto, salientando: "se, regularmente intimada, a testemunha deixa de comparecer_" (grifo nosso).

0 chamamento da testemunha, grosso modo, é feito por meio de um mandado.

Tratando-se de militares, deverão ser requisitados à Autoridade superion Quanto aos funcionários públicos, muito

embora se lhes aplique o disposto no art. 218, a expedição do mandado deve ser

municada ao Chefe da Repartição em que servirem, imediatamente co

com indicação do dia e hora marcados (CPP, art. 221, § 3.').

18. Exceçoes ao dever de comparecer

Esse dever de comparecimento comporta algumas exceções: 1.') Nos termos do art. 220, as pessoas impossibilitadas, por erífermidade, ou por velhice, de comparecer para depor serão inquiridas onde estiverem.

Cumprirá, então, ao Juiz (juntamente com o escrivão e as partes) transportar-se ao local em que se encontrar a testemunha para inquiri-Ia.

2 a) Nos termos do art. 221 do CPP, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Senadores e Deputados Federais, os Ministros de Estado, os Governadores de Estado e Territórios, os Secretários de Estado, os Prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os Deputados às Assembléias Legislativas 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. Assim, também, os membros do Ministério Público, nos termos do art. 40, 1, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12-2-1993).

Por outro lado, dispõe o § 1.' do art. 221 supracitado que o Presidente e o Více-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federa], da Câmara dos Deputados e do STF poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas

partes e deferidas pelo Juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

Quer-nos parecer que a norma contida no § 1.' do art. 221 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei ri. 6.416, de 24-5-1977, violenta o princípio do contraditório, uma vez que, ante urna resposta, bem poderá qualquer das partes formular uma repergunta. Todos sabemos que numa audiência inúmeras reperguntas das partes são fruto de certas respostas ... A não ser que, ante as respostas dadas, novo ofício lhes seja encaminhado com novas reperguntas... Veja-se, também, sobre o assunto Ada Pellegrini Grinover, A nova lei processual penal, São Paulo, 1977, p. 99.

No Direito espanhol, o Chefe de Estado não só está isento do dever de comparecimento, como também do de depor, e Jimenez Asenjo explica: "esta excepción es una consecuencia natural del sentido majestático y del caráter

sagrado e inviolable y por tanto irresponsables que siempre tuvieron aquellas

personas en la tradición jurídica nacional" (Jimenez Asenjo, Derecho procesal penal, v. 1, p. 515).

A enumeração feita pelo art. 221 é taxativa? Ensina Espínola que, a despeito do silêncio do Código, os agentes diplomáticos estrangeiros podem ser, também,

contemplados com igual atenção do Juiz, uma vez que sejam testemunhas a ouvir (Código, cit., v. 3, p. 132).

3.') Também está isenta do dever de comparecimento perante a autoridade que estiver presidindo ao processo a testemunha que morar fora da sua jurisdição. A tal

respeito diz o art. 222:

"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, intimadas as partes".

Com a expressão residência, o legislador nem exclui o domicílio, que é a residência estabelecida com ânimo definitivo - nem a residência temporária, que é a

estabelecida transitoriamente.

Assim, se a testemunha B, a despeito de ter residência em Bauru, estiver em São Paulo, transitoriamente, para tratamento de saúde, por exemplo, ou em Santos,

passando uma temporada de verão, é óbvio que a precatória, conforme a urgência, poderá ser cumprida em qualquer desses lugares onde estiver a pessoa.

Por outro lado, nada obsta que a pessoa, sponte sua, possa ir à sede do juízo, a fim de ser inquirida pelo Juiz da causa. Como bem diz Espínola, o que se não

pode é impor-lhe esse sacrifício.

E se, porventura, tratar-se de testemunha que deva depor em plenário?

Evidente não se poder exigir da testemunha tamanho sacrifício. Se ela aquiescer, poderá

comparecer. Não há para ela nenhum dever, mesmo porque não seria justo que o Estado pudesse exigir de um cidadão tanto sacrifício.

Quando o julgamento estiver afeto ao Juiz singular, a testemunha será inquirida pelo Juiz do lugar da sua residência, e não haverá, corno não há, nenhum mal

nisso, porquanto ambos os Magistrados exercem a função jurisdicional, e tão-somente em função da competência que lhes é traçada é que não podem praticar atos

processuais fora dos limites territoriais onde a exercem.

Por isso mesmo, conforme já acentuamos, a regra que se contém no art. 222

é uma exceção ditada, também, conforme acentua Espítiola, para não serem impostos

sacrifícios, ou, pelo menos, incômodos sérios às pessoas chamadas a esclarecer o fato à Justiça.

E se se tratar de julgamento afeto ao Tribunal do Júri e a testemunha for arrolada para depor em plenário? É evidente não se poder aplicar o disposto no art. 222

do CPP, porquanto as testemunhas devem ser ouvidas em plenário (art. 417,

§ 2."), podendo ser inquiridas pelos jurados (art. 467), e, além disso, é possível sua

reinquirição na réplica ou na tréplica (art. 473).

É verdade que o art. 455 do CPP deixa entrever que a testemunha deverá comparecer onde se realizar o julgamento:

"A falta de qualquer testemunha não será motivo para o adiamento, salvo se uma

das partes tiver requerido sua intimação, declarando não prescindir do

depoimento e indicando seu paradeiro com a antecedência necessaria para a intimação..." (grifos nossos).

Melhor meditando, parece-nos que o dispositivo retro cuida da hipótese de a testemunha mudar de endereço, mas... dentro na mesma comarca. Se a testemunha

passou a residir em outra comarca ou em outro Estado da Federação, seria um não-senso exigir seu comparecimento ao Tribunal do Júri, a não ser que assim o queira.

0 mesmo se dá quando se tratar de ação penal originária, seja do STF, seja do STJ, TRF ou Tribunais de Justiça. Se as testemunhas quiserem depor perante o Tribunal,

poderão. Do contrário, serão ouvidas através de carta de ordem. Nesse sentido: RT, 519/434, 464/349, 403/107, 652/316.

Sem embargo, nem por isso poderá o Juiz deixar de fazer expedir a precatória para notificá-la.

19. Sanções

De nada valeria estadear-se o dever de comparecimento se, para assegurá-

lo, a lei não estabelecesse as respectivas sanções. Por isso mesmo prescreve o art. 218:

"Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o Juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou

determinar seja conduzida

por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxilio da força pública".

Independentemente dessa condução coercitiva, o Juiz poderá, também, segundo estabelece o art. 219 do CPP, com a redação dada pela Lei ri.

6.416, de 24-5-1977, aplicar à testemunha faltosa a multa de R$ ... a R$ ..., sem prejuízo do processo penal, por desobediência, e condená-la, ainda, ao pagamento das custas da diligência.

Se a testemunha for notificada a depor em plenário - perante o Tribunal do Júri - e não comparecer sem motivo justificado, estará sujeita, também, à multa de R$ ... a R$ ..., aplicada pelo presidente, sem prejuízo do processo penal, por desobediência, e da observância do preceito do art. 218, consoante dispõe o art. 453, caput, do CPP, com a redação dada pela Lei ri. 6.416177.

Se a parte, com antecedência, disser não prescindir do seu depoimento, e a testemunha, sem embargo de ter sido regularmente notificada, não comparecer sem motivo justo, aplicar-se~á o disposto no

§ 1.' do art. 455 do CPP: "Se, intimada, a testemunha não comparecer, o Juiz suspenderá os trabalhos e mandará trazê-la pelo oficial de justiça ou adiará o julgamento para o primeiro dia útil desimpedido, ordenando a sua condução ou requisitando à autoridade policial a sua apresentação".

Em suas magníficas Instituições de processo penal, entendeTornaghi que o disposto nos arts. 218 e 219 do CPP, respeitante ao dever de comparecimento, refere-se exclusivamente à fase judicial. E

afirma que de juri constituto não se pode obrigar alguém a comparecer diante da Autoridade Policial para depor (cf. Instituições, cit., v. 4, p. 484 e s.).

Com a devida vênia, discordamos. 0 que a Autoridade Policial não pode é aplicar à testemunha faltosa a multa a que se refere o art. 219 do CPP, porquanto se trata de sanção cuja aplicação cabe exclusivamente ao Juiz, por determinação legal.

Mas, quanto a determinar-lhe a condução coercitiva, parece-nos não haver dúvida. Se pode fazê-lo quanto ao ofendido, por que razão não o poderá se se tratar de testemunha faltosa? Certo que o art.

218 fala, também, apenas em Juiz. Mas ali o legislador minus dixit quam voluit. Observe-se que o inquérito representa a primeira fase dapersecutio criminis, destinada a preparar a ação penal, e, como, aliás, ensinaTornaglii, é, por sua

própria natureza, inquisitório, escrito e sigiloso (cf. Processo penal, v. 1, p. 350). Na verdade ele é inquisitório e ínquísido sine coertione

nulla est, donde se concluir que aAtitoridade Policial tem essapotestas coercendi para compelir as testemunhas a comparecer perante ela, para depor, podendo, inclusive, processá-las pelo crime de desobediência. Evidente que esse poder de coerção não implica o de multar, que é exclusivo do Juiz como poder de disciplina que tem sobre os sujeitos processuais. E as testemunhas não deixam de sê-lo.

Sujeitos secundários ou improprios, mas sujeitos processuais.

Nem se concebe que a eficácia da investigação policial ficasse à mercê dos cidadãos-testemunhas.

Dir-se-á que o art. 6.' do CPP não se refere à ouvida de testemunhas.

Entretanto é de ponderar que, no inc. 111 do mesmo artigo, permite-se à Autoridade Policial "colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias".

Aí, evidentemente, inclui-se o poder de ouvir testemunhas, e tanto é verdade que o § 2." do art. 10 acentua que "no relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas

.....

Aliás, o próprio Tornaghí sustenta que a testemunha tem o dever jurídico de depor no inquérito, pois, do contrário, estaria calando a verdade em

"Processo policial" (Processo, cit., p. 486), "mas o dever de depor não acarreta o de comparecer diante da autoridade".

Entendemos diferentemente: o dever de depor acarreta o de comparecer diante da autoridade. Outro não é o ensinamento de Manzini: 41 el deber de testimonio comprende tres obligaciones:

comparecencia, juramento y deposición" (Derecho, cit., v. 3, p. 282).

E Fenech arremata: "el deber de testificar, o sea, la obligación de dar testimonío que incumbe a todo residente en territorio nacional, puede diferenciarse en tres subdeveres... comparecencia, juramento, deposición" (cf. Derecho, cit., v. 1, p. 818 e 836 e s.).

Nem teria sentido que o Estado, exercendo esse poder de autodefesa, investigando o fato infringente da lei e seu autor para, em seguida, acusar, não pudesse, por intermédio de órgão próprio, que é aAutoridade Policial, exercer esse poder de coerção sobre as testemunhas.

A que extremos de inanidade se reduziria a ação da Polícia? Se assim não fosse, os inquéritos dificilmente seriam peças informativas, Pois nenhuma Autoridade Policial, mormente com acúmulo de

serviço, se abalançaria a marear encontros com as testemunhas, nas residências destas, para ouvi-Ias... E, por outro lado, de nada valeria a natureza inquisitiva do inquérito.

1

Ante essas considerações e sem nenhum deslustre à opinião do notável processualista, entendemos que, por analogia, aAutoridade Policial poderá aplicar o disposto no art. 218 do CPP, bem como processar a testemunha desobediente, por infringir o disposto no art. 330

do CR

Aliás, há até, atualmente, quem procure analisar o problema sob a ótica constitucional, argumentando que a condução coercitiva da testemunha implica restrição da liberdade ambulatória e, nos termos do inc. LX1 do art. 5.' da CF, toda prisão, à exceção do flagrante, somente poderá ser determinada pelo Juiz. Há algum exagero. É certo que, à exceção do flagrante, somente o Juiz é quem pode determinar toda e qualquer prisão, e assim mesmo fundamentadamente. Na condução coercitiva não há uma prisão. Esta é a privação da liberdade mediante clausura. Na condução coercitiva, ou condução debaixo de Vara, não há prisào. Dir-se-á: mas a testemunha não deixa de sofrer uma restrição na sua liberdade ambulatória. Certo. Contudo, o que a Constituição veda e a prisão, o que é diferente. A vingar entendimento diverso, a Autoridade Policial também não

poderá determinar a intimação de testemunhas, uma vez que tal ato implica, também, restrição à liberdade ambulatória. A testemunha, legalmente intimada (rectius: notificada), não pode deixar de ir à Delegacia, sob pena de processo por desobediência... Se não pode deixar de ir, está sofrendo restrição no seu jus libertatis... Por outro lado, se o inquérito é peça inquisitiva, e como inquisitio sine coertione nulla est, não faz sentido deva o Delegado solicitar ao Juiz a expedição de mandado de condução coercitiva para que a testemunha seja levada à Delegacia...

20. Dever de prestar compromisso

A testemunha, comparecendo perante a autoridade para depor, tem o dever de dizer tudo o que souber a respeito do que lhe for perguntado. Deverá falar a verdade e somente a verdade.

Muito embora Bentham pretendesse excluir o juramento pela sua inutilidade, ele tem grande importância, pois, no dizer deAsenjo, é urna condição que reforça a consciência cívica da testemunha.

Diz o art. 203 do CPP: "A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado E

o art. 2 10 completa: "... devendo o Juiz adverti-Ias das penas cominadas ao falso testemunho".

No Direito espanhol, esse juramento é feito em nome de Deus, nos termos do art. 434 da Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entre nós, não há tanta formalidade.

Comparecendo a testemunha, após a sua qualificação, a autoridade far-lhe-

á uma advertência, mais ou menos nestes termos: "0 Sr. (Sra.) comparece aqui como testemunha e, nessa qualidade, deve dar sua palavra de honra de dizer a verdade e somente a verdade do que souber e lhe for perguntado, sob pena de ser processado pelo crime de falso testemunho".

Entendemos até que a autoridade deverá ler-lhe, em presença, o disposto no art. 342 do CR Soleniza mais o ato.

o

dever de prestar compromisso admite exceções.

Assim é que, nos termos do art. 208 do CPP, os doentes e deficientes mentais e os menores de 14 anos não prestarão compromisso.

Também estão isentos do dever de prestar juramento o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe ou filho adotivo do acusado, quando tais pessoas quiserem depor ou, então, quando não puderem recusar-se a fazê-lo (art. 206 c/c o art. 208).

Por outro lado, é de ponderar que tal compromisso tem apenas um valor simbólico, ou, como diz Bento de Faria, trata-se de mero estímulo moral, e, como as pessoas a que se refere o art. 208 "não podem avaliar e compreender a importância de tal compromisso", a lei as dispensa de prestá-lo.

Dispensa, igualmente, aquelas enumeradas no art. 206, e, nesse caso, as razões são óbvias.

21. Ausência de compromisso

Salvante as pessoas citadas no art. 208, todas as demais chamadas a depor deverão prestar compromisso. E se, porventura, não o fizerem?

Espínola Filho entende que a falta de compromisso invalida o ato, que deve ser reproduzido, com a prévia tomada daquele (Código, cit., v. 3, p.

99).

Diz o art. 564, IV, que haverá nulidade por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. E, no caso, o compromisso é formalidade essencial. Camara Leal, interpretando o inc. IV

do art. 564, assim se externa: "dizendo o legislador que a nulidade ocorrerá

!1

por omissão de formalidade que constitui elemento essencial do ato, devemos compreender que foi intenção sua referir-se somente àqueles atos considerados

essenciais ou substanciais ao processo, isto é, os que o n. 111 do mesmo artigo enumerou".

E arremata: nem se compreenderia que a falta de um ato não essencial deixasse de constituir nulidade, para constituí-Ia a simples omissão de formalidade a ele

inerente. Assim, pois, a nulidade ocorrerá quando for omitida alguma formalidade essencial ao ato, desde que este represente termo essencial do processo e sua

preterição importe em nulidade, segundo o disposto no art. 564, 111 (cf.

Camara Leal, Comentários, cit., v. 4, p. 16).

Desse entendimento é Tornaghi (cf. Instituições, cit., v. 4, p. 488).

Data venia, permitimo-nos fazer uma distinção. 0 depoimento de uma testemunha não é considerado ato essencial ou estrutural do processo.

Apenas aqueles

catalogados no inc. 111 do art. 564. Assim, se tal ato não é essencial, muito menos o será a formalidade para ele prescrita (art. 564, IV).

Trata-se de ato acidental.

E, para os atos acidentais (e são todos aqueles não previstos no inc. 111

do art. 564), a omissão ou inobservância de formalidade essencial acarretará a nulidade,

se houver prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou se influir na apuração da verdade substancial (art. 563 c/c o art. 5 66). Assim, a ausência do compromisso

poderá acarretar nulidade se se provar haver decorrido daí prejuízo para uma das partes. Se não o houve nem afetou a apuração da verdade substancial, não há cuidarse

de nulidade. Tudo dependerá da hipótese sub judice.

22. Importância do compromisso

0 compromisso que a testemunha assume de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado representa, apenas, um estímulo moral, pois, se ela afirmar uma

falsidade, negar a verdade ou calar o que souber, responderá pelo crime de falso testemunho, pouco importando haja ou não prestado compromisso.

Na verdade, o compromisso não é pressuposto ou elemento essencial do falso testemunho. A contrario do Código Criminal de 1830, que falava em

'Jurar falso

em juízo", e do de 1890, que dizia "asseverar em juízo como testemunha sob juramento ou afirmação o atual CP li

mita-se a dizer:

"Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo

arbitral".

A pena será aumentada "se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal" (CP, art. 342, § L').

Logo, preste compromisso ou não, poderá a testemunha ser processada pelo falso. Outro não é o entendimento de Tornaghi (cf. Instituições, cit., v.

4, p. 488).

Houve quem pensasse que, exigindo o CPP a prestação do compromisso, este passaria a ser da essência do testemunho. Não é verdade. Há testemunhas que não

prestam compromisso e, entretanto, podem incidir na censura do art. 342

do CR Por outro lado, como o art. 342 não é norma penal em branco, não teria

sentido

aperfeiçoar-se o tipo com elementares extraídas de outras normas.

Incisivo, Tornaglii: "Se depõem, entretanto, embora dispensados da promessa de lealdade, têm o dever de ser verazes, sem mentira nem reticência" (cf.

Instituições, cit., v. 4, p. 489). No mesmo sentido, vejam-se Nélson Hungria (Comentários, cit., 1958, v. 9, p. 472); Bento de Faria (Código Penal, 2. ed., v. 3, p. 177);

E. Magalhães Noronha (Direito penal, Saraiva, 1968, v. 4, p. 440); Heleno C. Fragoso (Lições de direitopenal, Bushatsky, v. 4, p. 1218). Vejam-se, também, osjulga-dos publicados na RT, 321/71, 392/115, 415/63. Em sentido contrário, RT, 508/354, 492/287, 4481359, 429/376, 370/89.

Mas será que deve ser assim?

Por que desobrigadas desse dever? Se, Prestando ou não prestando compromisso, a testemunha pode ser processada por falso, nos termos do art. 342 do CP, por

que desobrigar aqueles parentes do réu de prestá-lo?A nós nos parece que quando da elaboração do CPP, nos idos de 1940, o legislador, ainda preso à idéia de que a

testemunha para ser sujeito ativo do falso devia prestar juramento ou compromisso, tal como exigido pelo Código de 1890 (Art. 261. Asseverar em juizo como testemunha, sob juramento ou affirmação, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, umafalsidade; ou negar a verdade ...), e, não pretendendo envolver

o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do réu num processo criminal por falso testemunho, porquanto as relações de família deviam e devem sobrepor-se ao

interesse público, desobrigou-os daquele compromisso. Fenômeno parecido pode ser encontrado no Capítulo 111 do Título 11, Livro 11, deste Código, ao tratar

"Do processo e julgamento dos crimes de calúnia e injúria, de competêr~cia de juiz singular". Por que a omissão da difamação? Pelo simples fato de que, na legislação anterior, a difamação não passava de modalidade de injúria... Dizia a propósito o art. 317, b, do CP de 1890:

"Julgar-se-ha injúria:... b) a imputação de factos offensivos da reputação,

do decoro e da honra

Se o legislador processual penal estivesse

em

absoluta e plena sintonia com o legislador penal, essas distorções não teriam ocorrido.

Na dicção do art. 342 do CP se a testemunha parente do réu vier a depor (seja voluntariamente, seja quando não for possível obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias por outro modo), vindo a faltar com a verdade, estará sujeita às penas do falso testemunho, mesmo porque esse dispositivo legal não incluiu o compromisso entre as elementares do tipo, à semelhança do que ocorria com o art. 261 do CP de 1890. Daí as palavras do inolvidável Hungria:

"Tendo o Código abolido a condição ou pressuposto do 'juramento ou compromisso', não há distinguir entre testemunha numerária e testemunha informante; já não pode esta prestar impunemente o testemunho falso" Comentários, cit. Antes do Código Penal de 1940, podia... Sem embargo, o entendimento majoritário é no sentido de que a testemunha descompromissada não comete o falsum (RT, 5461383, 597/333, 607/ 305, 6931348 e 710/267). Pode-se até afirmar: o legislador processual penal quis excluí-Ias do processo pelo crime de falso. Essa a mens legislatoris. 0 elemento historico e importante para se dimensionar o alcance do art. 342 do CP conjugado com os arts.

206 e 208 do CPP. Já entendemos de modo diverso. Hoje, contudo, pensamos que o legislador processual penal não quis que aquelas pessoas relegassem a plano inferior os interesses familiares. Nos dias que correm, em face da tendência ao abastardamento de costumes (que se observa acentuadamente no cenário político), com muito maior razão devem ser preservados o amor fraterno,

materno, paterno, em suma, os laços familiares. É aín~ da o que nos resta.

Fossem aquelas pessoas obrigadas a dizer a verdade, nada mais que a verdade, num processo envolvendo um ente querido, a desagregação familiar encontraria, muitas vezes, naqueles testemunhos, um rico e valioso filão, um incomparável ponto de partida. E, proporcionalmente, entre a eventual impunidade do réu e a preservação da unidade familiar, não há termo de comparação. Por isso nenhum pai, nenhuma mãe, nenhum filho, é obrigado a prestar depoimento em detrimento de qualquer deles. Poderão prestar informações que não íni-pliquem comprometimento. Daí ter observado Espínola Filho que '

circunstância de não prestarem comprornisSo coloca essas pessoas e situação tal que não são forçadas a uma estrita observância da verda a propria naturez

de..." (Código, cit., v. 3, p. 109). Esse comportamento é d 5 Í humana.

Essa conduta protetiva chega a ser de direito natural. Há, nor malmente, uma irreprímível tendência nos corações dos pais, dos avós dos filhos, dos conjuges em procurar amparar e proteger uns aos ou tros.

Só mesmo um pai ou um filho desprovido de sentimento e de for mação, sem nenhum senso de solidariedade familiar,

desnaturado mes mo, deporia contra o outro.

Repensando sobre o tema, e pelos motivos expostos, entendemos que as pessoas citadas no art. 206 não podem ser processadas por falso testemunho. Mesmo quando o Juiz as informa no sentido de não serem obrigadas a depor, e as adverte das conseqüências de um falso testemunho, se vierem a fazê-lo, é sinal de que o sentimento familiar falou mais alto. Todo respeito para com essa testemunha é pouco. A ordem há de ser sempre esta: Deus, Família, Estado. Se houver inversão, é

sinal de que a desagregação da família j a começou... E, com a desagregação da família, a desorganização do Estado; com a desorganização do Estado, a confusão, a desordem, o caos, o abismo, enfim.

Por outro lado, é muito comum haver testemunhas que fazem um relato diferente dos fatos e, apressadamente, já se falar em falso testemunho.

Vimos, em capítulos anteriores, que circunstâncias várias po~ dem levar uma testemunha a fazer um relato infiel, não obstante esteja certa de estar dizendo a verdade... 0 falso testemunho, é bom que se diga, não existe entre a afirmação da testemunha e a verdade objetiva, mas entre o que ela disse e o que sabia...

Muitas vezes, por razões várias, como falta de atenção, duração dos estímulos, subconsciente traído pelas informações prestadas por outras testemunhas, falta de memória, emoção, a testemunha pode depor diferen temente daquilo que viu. Porisso,já se dizia: Aliudest mentire,

aliud dicere mendacium (uma coisa é mentir, outra, dizer mentira). Assim, quando um astrólogo do século passado dizia que o mundo ia acabar-se antes do século XX, dizia mentira. Mas, se alguém, no século passado, houvesse dito que estivera na lua, mentira. No primeiro caso, o astrólogo estava convencido de que o fim do mundo chegaria mesmo.

No segundo, ele sabia que nunca estivera na lua...

Convém, aqui, a ponderada observação de Hungria: "A falsidade de que aqui se trata (art. 342) não é contraste entre depoimento da tes temunha e a realidade dos fatos, mas entre o depoimento e a ciência da testemunha" (Comentários, cit., v. 9, p. 473).

23. Providências que se tomam quando a testemunha depõe falsamente

Se a testemunha depuser falsamente, violando, por conseguinte, o disposto no art. 342 do CP, cumprirá ao Juiz, se o processo for da sua competência, ao

pronunciar a sentença final, remeter cópia do depoimento à Autoridade Policial para a instauração de inquérito, conforme determina o art. 211

do CPP.

Se o depoimento falso for prestado em plenário de julgamento, nos processos da competência do Juiz singular, poderá este, no caso de proferir decisão na

audiência (CPP, art. 538, § 2.'), fazer apresentar imediatamente a testemunha à Autoridade Policial.

Se a testemunha depuser falsamente em sessão plenária (processo da competência do STF, TRF, Tribunais Eleitorais ou Tribunal de Justiça), poderá o Tribunal,

logo após a decisão, fazer apresentar imediatamente a testemunha à Autoridade Policial (art. 211, parágrafo único). Tratando-se de processo da competência do Júri, e

o depoimento falso for prestado em plenário, poderá o Conselho de Sentença, após a votação dos quesitos, fazer apresentar imediatamente a testemunha à Autoridade

Policial (art. 211, parágrafo único).

Por que motivo o Juiz, o Tribunal ou o Conselho de Sentença não podem tomar tal providência antes de proferir a decisão?

É que, até antes da sentença final, o agente poderá retratar-se declarar a verdade, e, nesse caso, o fato deixará de ser punível, conforme dispõe o § 3.' do art. 342

do CR

É verdade que, a respeito do assunto, há flutuação jurisprudencialSão conhecidas quatro correntes: 1.a) Ação penal por crime de falso testemunho não pode ser

iniciada enquanto não proferida a sentença no processo em que foi praticado, não se exigindo, entretanto, que esta tenha transitado em julgado (RT, 185/632, 225/75,

3561295, 303167). 2 a) Pode ser iniciada a ação penal por crime de falso testemunho antes de proferida ou transitada em julgado a sentença no processo em que foi

cometido. 3 a) Pode ser iniciada e julgada a ação penal por crime de falso testemunho antes de proferida a sentença no processo em que foi cometido (RT, 286182). 4.)

Nada impede que tenha início a ação penal por crime de falso testemunho antes de proferida a sentença no proces-e

so que lhe deu causa. A ação penal e seu julgamento, porém, ficam subordinados a dois princípios: a) se o falso testemunho foi praticado em processo criminal, as

duas ações, diante da conexidade, devem correr juntas, havendo um só julgamento; b) se o falso testemunho foi praticado em processo extrapenal, a ação penal só

pode serjulgada depois de proferida a sentença naquele (RT, 421189 e 460183).

Filiamo-nos a primeira corrente, não porque o crime de falso testemunho não se tenha consumado antes de proferida a sentença no processo em que foi cometido,

mas sim por ser mais prático e por atender ao princípio da economia processual. Por que instaurar o processo por

falso testemunho se ainda será possível a retratação?

Parece-nos ser esse o espírito do art. 211 e parágrafo do CPP.

E se a testemunha for ouvida em outra comarca (art. 222) e aí depuser falsamente?

0 processo pelo falso testemunho correrá no juízo deprecante ou no juizo deprecado, isto é, na comarca onde prestou a testemunha seu depoimento?

Entende Hungria que, embora o crime se consuma com o fecho do depoimento, o foro competente para o processo e julgamento de testemunho falso é sempre o

do lugar em que se cria o perigo de dano à Administração da Justiça.

Assim, se o falso depoimento é prestado quando do cumprimento de uma precatória, o foro

competente não é o do Juiz deprecado, mas o do Juiz deprecante.

Ousamos divergir do ilustre mestre. A competência, nos termos do art. 70

do CPP, será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração. A

infração consuma-se, na linguagem da Exposição de Motivos que acompanhou o Anteprojeto do CPP, quando há fiel correspondência entre o fato e o tipo legal do

crime.

Assim sendo, é óbvio que, se o crime se consumou no j uízo deprecado, não há razão que justifique a violação do princípio de determinação da competência

ratione loci.

0 próprio STF tem aceito esta mesma tese (cf. Hungria, Comentári . os, cit., p. 476). Veja-se, ainda, o venerando acórdão do STF na RT, 245/586.

Alcalà-Zamora noticia que os Tribunais argentinos têm aceito ambas as teses (Derecho, cit., v. 1, p. 305, nota 8).

Frederico Marques entende que o foro competente é o do juízo deprecado (cf. Da competência, cit., p. 174).

Na verdade, quando se consuma o crime de falso testemunho? Prestando o depoimento, reduzido a termo e assinado pela testemunha e demais pessoas que intervieram no ato (Juiz e partes), o crime está consumado. Logo, a competência é do Juízo deprecado. A propósito, STF, RT, 245/586. Vejam-se, também, os v. acórdãos na RT, 5701291, 5951344, 5171285.

Não se deve deslembrar, repetimos, que, quando a testemunha comparece perante a autoridade para reproduzir os fatos apreendidos pelos seus sentidos, podem surgir, inconscientemente, deformações da verdade, quase sempre ditadas pela falta de atenção, desinteresse ou outro motivo qualquer. Às vezes, há distorções provocadas por distúrbios psicos sensoriais, confusão, falta de memorização e outros fenômenos. No afã de pretender esclarecer o fato a que assistiu, a testemunha, normalmente, busca na memória a lembrança do acontecimento e, às vezes, esbarra num obstáculo: trata-se de um detalhe que pode ser muito importante, e, à míngua de uma perfeita exatidão, procura preencher a lacuna com dados que lhe foram trasmitidos por terceiros ou mesmo inconscientemente, pela própria imaginação. A consciência "não é chapa fotográfica, nem a memória é fonograma, e podem deformar os acontecimentos percebidos". Evidente que quando alguém testemunha a prática de um crime não

se preocupa em observar detalhes. Seria até um anormal se dissesse para si mesmo: "vou observar todos os detalhes para não haver erro quando eu for depor...".

Por isso, o fato de haver desconformidade entre o que testemunha disse e o que efetivamente ocorreu não traduz, em princípio, o crime de fa[sum. Este se verifica quando surge uma discrepância entre o que ela disse e o que ela sabia. Aí, sim, haverá o falso testemunho ou, como diz Soler: "El relato no se torna falso, no se puede calificar como falso, por su posible discrepancia con los hechos, sino por su discordancia con las percepciones de los hechos. La falsedad no consiste, pues, en la discrepancia entre el relato y los hechos reales, sino en la discrepancia entre los hechos referídos y los hechos sabidos" (Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1953, Tipográfica Editora Argentina, t. 5, p. 259). No mesmo sentido, como já dissemos, Hungria, "a falsidade de que aqui se trata não é o contraste entre o depoimento da testemunha e a realidade dos fatos, mas entre o depoimento e a ciência da testemunha" (Comentários ao Código Penal, Forense, 1958, v. 9, p. 473). E assim mesmo é preciso que ofalsum verse sobre ponto relevante para o desate da causa (RT, 6501316; RU 141/192). A falsidade do testemunho, para que se considere criminosa,

deve incidir sobre fato juridicamente relevante e pertinente ao objeto do processo de que se trate (Hungria, Comentários, cit.).

24. Depoimento: verificação de identidade; verificação de e possível vinculação com as partes; advertência e objeto concreto do depoimento

No depoimento podem distinguir-se quatro momentos: a) Verificação de identidade, por meio da qual a autoridade procura cientificar-se de que a pessoa que vai depor é, realmente, a testemunha arrolada.

Assim, deverá a testemunha declarar seu nome, sua idade, seu estado civil, sua residência, sua profissão e lugar onde exerce sua atividade.

Acrescenta o art. 205: se ocorrer dúvida quanto à identidade da testemunha, o Juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

o b) Verificação de possível vinculação com as partes. Tal indagaÇã é importante

porquanto possibilita à autoridade saber das relações de parentesco ou amizade com as partes, Sendo parente do acusado, dentro daqueles graus apontados no art. 206, a testemunha não prestará compromisso, podendo, inclusive, a autoridade adiantar-lhe não estar obrigada a depor.

Se se tratar de parente do acusado, fora da hipótese do art. 206, ou da vítima, ou de amigo ou inimigo de qualquer das partes, tal conhecimento será relevante na aferição da prova a ser produzida.

Assim, nos termos do art. 203 do CPP, deverá a autoridade perguntar à testemunha se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais as suas relações com qualquer delas.

c) Advertência. Cumpridas as formalidades sub a e b, a autoridade tomará o compromisso da testemunha de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, fazendo, em seguida, a advertência das penas comínadas ao falso testemunho (art. 210, in fine).

d) Objeto concreto do seu depoimento. Compromissada a testemunha, cumprirá à autoridade inquiri-Ia sobre os fatos objeto do processo e suas circunstâncias. Ou, segundo a terminologia do Código: relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (art.

203, in fine).

f

, 1

Feita a inquirição pela Autoridade Judicial, será dada a palavra à acusação (se houver sido arrolada por esta), para reperguntas.

Em seguida a defesa fará reperguntas. Se a testemunha for arrolada pela defesa, cumprirá a esta, em seguida à inquirição feita pelo Juiz, fazer reperguntas, e a

acusação fará reperguntas por último.

Somente o Juiz é que se dirige à testemunha. Se as partes quiserem formular

reperguntas, deverão requerê-las àquele que as formulará à testemunha (art. 212).

Trata-se do chamado sistema presidencial. Na América do Norte, por exemplo, o sistema adotado é o do cross examination, em que as partes se dirigem à

testemunha. De acordo com essa maneira de produzir a prova testemunhal, cada uma das partes, à medida que vai sustentando a acusação ou a defesa, vai indicando e

interrogando testemunhas sobre cada ponto de sua sustentação.

De acordo com o sistema presidencial ou judicial, somente o Juiz é que se dirige à testemunha, devendo as perguntas das partes ser formuladas por seu

intermédio.

Cumpre adiantar que o Juiz não poderá recusar as perguntas das partes, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem em repetição de outra já

respondida.

Da pergunta impugnada deverá ficar memória no termo.

A testemunha responderá ao Juiz, e este deverá ditar as respostas ao escrivão, consignando-se tudo no termo que, afinal, será subscrito pelo escrivão e assinado

pelo Juiz, pela testemunha 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 o depoimento em presença de ambos.

Na redação dos depoimentos, o Juiz deverá cingir-se tanto quanto possível às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

Tratando-se de testemunha que não conheça a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.

As testemunhas são inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não

saibam nem ouçam os depoimentos das outras. Para tanto, deverá o Juiz, enquanto

estiver ouvindo uma testemunha, determinar que as demais permaneçam em sala própria, aguardando sua chamada, consoante prescreve a primeira parte do art. 210 do

CPP.

1

1

1

As testemunhas são ouvidas, geralmente, após a defesa prévia. ouvem-se, por primeiro, as testemunhas de acusaçao e, por último, as de defesa. Há, entretanto,

exceções. Segundo prescreve o art. 225 do CPP, se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da

instrução já não exista, o Juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

Problema delicado é o que diz respeito à tomada do depoimento. Sabe-se quão difícil é a tarefa de inquirir a testemunha, mormente quando ela não quer revelar a

verdade. As vezes quer, mas o tempo apagou algumas impressões ou tornou confusas outras. Neste caso, deve o Juiz auxiliá-la, ativando-lhe a memória. 0 que não

pode é fazer perguntas sugestivas: o cavalo era branco? Nos seus estudos de Direito Civil, Mário Guimarães ensina que o Juiz deve relacionar o caso, o thema

probandum, à vida da testemunha. Tal fato ativa-lhe a memória. Assim, se a testemunha, por exemplo, no ano ou mês em que ocorreu o fato, recebeu a visita

de um

parente, poderá, lembrando-se da visita, informar a época. Há quem entenda que o Juiz deve fazer com que a testemunha, no Fórum, sinta-se como se estivesse em

casa. Às vezes, sim. Mas já se disse que, quando a testemunha for pessoa arrogante ou algum finório da cidade, deve o Juiz tratá-la com delicada austeridade.

25. Número de testemunhas

Quantas testemunhas poderão ser arroladas pela acusação e pela defesa?

Depende. No processo comum, específico para os crimes apenados com reclusão, o autor

poderá arrolar até oito testemunhas, segundo estabelece o art. 398 do CPP, pouco importando o número de co-réus, e tais testemunhas, como se infere da leitura do art.

397, somente poderão ser ouvidas se arroladas na peça acusatória (CPP, art. 41, in fine).

A defesa poderá arrolar, também, idêntico número, no prazo a que se refere o art. 395.

Tratando-se de processo por crime a que não for, ainda que alternativamente, cominada pena de reclusão, o autor poderá arrolar até o máximo de cinco

testemunhas, concedendo-se igual direito à defesa (CPP, art. 539 e seu respectivo § L').

Se se tratar de contravenção, o Promotor poderá arrolar até três testeniunhas (art. 533), e igual direito se reserva à defesa (CPP, art.

537).

Essa a regra geral, que, entretanto, sofre exceções. Assim, por exemplo, nos

processos por crimes falimentares, ainda que a pena cominada à infração seja a de detenção, o número máximo de testemunhas será de oito, quer para a acusação, quer para a defesa (8 para cada uma das partes), por força do disposto no art. 512 do CPP, não revogado pelo Decreto-lei ri. 7.661, de 21-6-1945.

Também nos processos por crime de responsabilidade de funcionário público, da competência dos Juízes singulares, mesmo que a pena cominada ao crime seja a

de detenção, a acusação poderá arrolar até oito testemunhas e a defesa também, como se infere do disposto no art, 518 do CPP.

Nos processos por crime contra a honra (calúnia, difamação e injúria), da competência do Juiz singular, embora a pena seja a de detenção, o número máximo de

testemunhas será de oito para cada uma das partes, segundo se deduz do art. 519 do CPR

A mesma regra é observada nos processos por crime contra a propriedade imaterial (CPP, art. 524) e nos processos da competência originária dos Tribunais.

Nos crimes pertinentes ao uso e tráfico de entorpecentes, a despeito de apenados com reclusão, o número máximo de testemunhas é de cinco para cada uma da~

partes (Lei ri. 6.368, de 21-10-1976).

É de salientar, por outro lado, que, nesse número, não se compreendem as que não prestarem compromisso e as referidas, conforme dispõe o parágrafo único do

art. 398.

Muito embora referido preceito esteja encartado no capítulo concernente ao processo comum, o certo é que tem aplicação nos processos especiais.

Não há razão alguma que impeça e proíba tal entendimento.

Por outro lado, dispõe o art. 209 que o Juiz, quando julgar necessário, poderá

ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, e, se ao Juiz parecer

conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

26. Oportunidade para arrolar testemunhas

Em que momento processual poderão as partes arrolar testemunhas?

0 órgão do Ministério Público, na ação penal pública, ou o ofendido ou seu representante legal, na ação penal privada ou subsidiária da pública, somente poderá arrolar testemunhas quando do oferecimento da denúncia ou queixa (CPP, art. 4 1, in fine).

Quanto à defesa, suas testemunhas só poderão ser indicadas quando da defesa prévia (art. 395 ou 537).

Fora daí, não haverá possibilidade para as partes indicarem testemunhas.

E a impossibilidade deflui de disposição expressa. Trata-se do art. 397

do CPP,

aplicável, também, aos processos especiais:

"Se não for encontrada qualquer das testemunhas, o Juiz poderá deferir o pedido de substituição, se esse pedido não tiver porfim frustrar o disposto nos arts. 41,

in fine, e 395" (grifos nossos).

Suponha-se que o Promotor de Justiça, quando do oferecimento da denúncia, à míngua de melhores informações quanto às testemunhas que deveria indicar,

arrolou pessoas fictícias, para, posteriormente, após colhidos os necessários esclarecimentos, e, ante a inevitável certidão do Oficial de Justiça, no sentido de que não

foram por ele encontradas aquelas pessoas arroladas, requerer do Juiz, com fundamento no art. 397, a substituição das "testemunhas não encontradas" por outras -já

agora pessoas reais.

Ora, se o Juiz tiver elementos para concluir que o Promotor, a rigor, não ofereceu o rol de testemunhas quando do oferecimento da denúncia (pois tanto faz não

arrolar testemunhas como arrolar, como tais, pessoas que não existem), é evidente que ele indeferirá o pedido de substituição, porquanto o Promotor, na hipótese,

estava frustrando o disposto no art. 4 1, in fine, do CPP, isto é, a rigor, estava oferecendo o rol de testemunhas em outro momento processual que não o do

oferecimento da peça inicial da ação penal.

Esse o sentido do art. 397 do CPR Sem embargo da clareza meridiana do citado preceito, a Revista dos Tribunais nos dá notícia de que, em determinada comarca

deste Estado, perfas ou per nefas, o Promotor, quando do oferecimento da denúncia, não arrolou testemunhas, e, como quisesse fazê-lo posteriormente, não o permitiu

o Juiz, sob alegação de que havia perdido a oportunidade.

Este, entretanto, interpôs correição parcial e, com fundamento no art.

569 do CPP, conseguiu ver provido seu recurso.

Tal decisão, data venia, não encontra apoio na lei.

Primeiro, porque o art. 397 proíbe o oferecimento de rol de testemunhas após a denúncia e, segundo, porque o art. 569 é inaplicável à espécie, bastando frisar que

ali se cuida de omissões da peça inicial da ação penal, e, desse modo, se a Defesa, no tríduo a que se refere o art. 395, não oferecesse o rol de testemunhas, teria

também idêntico direito, e... o art. 569 não poderia ser invocado, porque não diz respeito à defesa ... Ademais, o rol de testemunhas não é necessariamente

imprescindível. Di-lo o art. 41 do CPP. A ausência do rol de testemunhas jamais constitui nulidade, e o art. 569 está encartado no capítulo das nulidades e constitui medida

sanatória de nulidade, conforme acentua Florêncio de Abreu (Comentários, cit., v. 5, p. 145).

A RT, 5111351 registra um julgado permitindo ao Juiz ouvir, como se fossem suas, testemunhas arroladas serodiamente.

Todavia, em casos especialíssimos, poderá a parte arrolar testemunhas em outro momento processual. Haja vista os arts. 523, 384 e seu parágrafo único, 417, §

2.0, 421, parágrafo único.

Se por acaso ocorrer força maior devidamente comprovada, tão logo cesse a circunstância que a determinou, poderá a "prévia" ser feita posteriormente (RT,

4541351). E se no decorrer do prazo o Defensor vier a abandonar a causa?

Ele não pode nem deve fazê-lo. Muito a propósito o art. 34, XI, do Estatuto da Advocacia.

Entretanto, se vier a fazê-lo, deverá o Juiz nomear-lhe outro, ou intimar o réu para constituílo, reabrindo, numa ou noutra hipótese, o prazo para as "alegações prelímínares", muito embora o próprio réu possa apresentá-las. No particular, RT, 652/335.

27. Contradita e argüição de defeito

Diz o art. 214 do CPP:

"Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeítos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou

indigna de fé. 0 Juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos

previstos nos arts. 207 e 208" (grifos nossos).

Tornaghi, argutamente, vislumbrou duas hipóteses no artigo era exame: a contradita e a argüição de defeito.

28. Contradita

Contradita é impugnação, contestação. Pois bem, se a contradita ocorre antes de iniciado o depoimento propriamente dito, isto é, antes de a testemunha relatar o

que souber, é evidente que somente poderá versar sobre o que a testemunha já declarou.

Ora, antes de se entrar no objeto concreto do depoimento, a testemunha apenas declarou seu nome, estado civil, profissão, residência e possível vinculação com

as partes (se era parente e em que grau de alguma das partes e sobre suas relações de amizade com qualquer delas).

Logo, se a parte quiser contraditar a testemunha, poderá alegar sua falsa identidade, seu parentesco ou suas relações de amizade com qualquer das partes, ou,

então, impossibilidade de depor, por se tratar de pessoa que soube do fato, em razão da profissão, ofício etc., e deva guardar segredo.

Cumprirá, então, ao Juiz consignar, no termo, a contradita e em seguida ouvir a testemunha sobre aquela

igualmente sua resposta.

impugnação, consignando-se

De qualquer sorte, confirmando ou não a impugnação da parte, nem por isso a testemunha deixará de prestar compromisso ou de depor, salvo se se tratar de

pessoa que souber do fato em razão do ofício, profissão, ministério ou função e deva guardar segredo, e, nesse caso, o Juiz a excluirá.

Ou então, se se tratar de qualquer daquelas pessoas enumeradas no art.

206 - caso queira a testemunha depor -, o Juiz não lhe tomará o compromisso.

29. Argüição de defeito

Outras vezes, qualquer das partes teve conhecimento de algum fato ou circunstância que torna a testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé.

Cumprirá, então, ao Juiz consignar, no termo, a contradita antes de iniciar-lhe a inquirição. Argüido o defeito, o Juiz a ouvirá sobre a argüição, consignando, no

termo, esta e a resposta.

De qualquer sorte, a testemunha será inquirida, e, dependendo do defeito argüido e da resposta, o Juiz atribuirá maior ou menor valor probatório às suas palavras.

Outro incidente que poderá ocorrer, quando da tomada de depoimento de testemunha, é o previsto no art. 217 do CPR Se o Juiz verificar que a presença do réu,

pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença

do defensor.

Neste caso, deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

capítulo 43

o

Reconhecimentog Acareaçao e

Documentos

A

SUMÁRIO: 1. Do reconhecimento de pessoas e coisas. 2. Procedimento. 3.

Reconhecimento de coisas. 4. Da acareação. 5. Procedimento. 6. Qual o valor das acareações? 7. Dos documentos. 8.

Documentos em sentido estrito. 9. Documentos e instrumentos. Instrumentos e papéis. 10. Classificação dos documentos. 11. Momento para a apresentação. 12. Quais os documentos que podem ser apresentados? 13. Providência do Juiz. 14. Autenticidade. 15.

Documentos em língua estrangeira. 16. Desentranhamento. 17. Dos indícios.

1. Do reconhecimento de pessoas e coisas

Reconhecer é admitir como certo, afirmar, verificar.

Reconhecimento é ato ou efeito de reconhecer. Assim, reconhecimento é o ato pelo qual se faz a verificação e a confirmação da identidade da pessoa ou da coisa

que e exibida.

Borges da Rosa assim define: "a verificação da identidade da pessoa ou da coisa, no sentido de distingui-Ia de qualquer outra, ou de evitar que ela seja confundida

com qualquer outra semelhante".

0 reconhecimento é meio de prova? Manzini o entende como meio de apreciação do valor da respectiva prova, que, no caso, é formada pelo testemunho.

"La identificación no es un medio o un elemento de prueba, sino un acto instructorio informativo encaminado a consolidar el presupuesto y a valorar la

credibilidad de un elemento de prueba. Y, en efecto, haya resultado positiva o negativa la identificación, nada puede por si misma y por si sola probar en orden a los

hechos imputados. La prueba es el testimonio, la identificación es un simples control de esa prueba, es un elemento para la valorización de ella, no un elemento

probatorio" (Manzini, Derecho, cit., v. 4, p. 207).

A razão, entretanto, está com Florian, ao salientar que 1a prova non è soltanto quella che abbia ad oggetto i fatti imputato: d'altronde la prova può avere qualche

volta anche officio di controllo. Nè conclue l'obbiettare, che la ricognizione richieda il pressupposto dal'altro mezzo di prova" (Prove penali, v. 2, p. 502).

Entre nós, tal discussão não tem maior importância, porquanto o

"reconhecimento" foi encartado no capítulo pertinente à prova, e como meio de prova deve ser

considerado.

Outro não é o ensinamento de Frederico Marques (Elementos, cit., v. 2, p.

332). De igual entendimento é Tornaghi (Instituições, cit., v. 5, p. 10).

No mesmo

sentido, Bento de Faria (Comentários, cit., v. 1, p. 282) e Mirabete (Processo penal, 1. ed., p. 293).

0 reconhecimento é, de todas as provas, a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, as más condições de observação, os erros por semelhança, a

vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, toma o reconhecimento uma prova altamente precária. Não se deve olvidar que Penélope, a esposa de Ulysses, não o

reconheceu após alguns anos de ausência. Foi preciso revelasse ele um fato bem íntimo: a confecção da cama do casal...

No reconhecimento há a fusão de uma percepção presente com outra pretérita. A pessoa que procede ao reconhecimento faz urna evocação à reminiscência e

procura ver a semelhança entre aquela figura guardada na memória e aquela que lhe é apresentada. Às vezes a memória não é boa. Por outro lado, quanto mais passa o

tempo, mais se distancia a lembrança, o que dificulta seriamente o reconhecimento.

E se se tratar de reconhecimento fotográfico? Depende do caso concreto.

Se a autoridade solicitar à pessoa que vai proceder ao reconhecimento a descrição

daquela que vai ser reconhecida e, a seguir, exibe-lhe cinco ou seis fotografias de pessoas que guardem entre si uma certa semelhança para que ela aponte qual delas

retrata o criminoso, tal ato aliado a outros elementos constantes dos autos Pode ser valioso. Entretanto, o comum é a Polícia exibir fotografias de pessoas

completamente diferentes... algumas delas trazendo impressos dizeres como

"Indiciado pelo crime de aborto, roubo, homicídio", o que torna mais sugestivo o

reconhecimento... Às vezes, sabemos todos, há fotografias que não retratam, com fidelidade, a pessoa. Por tudo isso, sem embargo da palavra sempre autorizada de

Frederico Marques (Elementos, cit., v. 2, p. 334), entendemos que o reconhecimento fotográfico deixa a desejar. É um perigoso meio de prova e que tem dado causa a

inúmeros casos de erro de judiciário.

2. Procedimento

Havendo necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da

seguinte maneira: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a que deva ser reconhecida.

Em seguida, a Autoridade colocará a pessoa cujo reconhecimento se pretender ao lado de outras. Se possível, ao lado de pessoas que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.

Muitas vezes, receia-se que a pessoa convidada a fazer o reconhecimento, por efeito de intimação ou por influência, não diga a verdade na presença da que deva ser reconhecida. Neste caso, cumprirá à Autoridade tomar as necessárias providências para que aquela que deva ser reconhecida não veja a que vai proceder ao reconhecimento.

Esse procedimento, entretanto, por razões óbvias, não terá lugar na fase da instrução criminal nem em plenário de julgamento, como prescreve o parágrafo único do art. 226.

Às vezes, varias pessoas são chamadas a efetuar o reconhecimento. Nesta hipótese, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Concluído o ato, será lavrado um auto pormenorizado, subscrito Pela Autoridade que o presidiu, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Convém não deslembrar que os reconhecimentos são precários. Quando Ulysses

voltou para casa, 10 anos depois, só o cachorro o reconheceu, de pronto...

E se o reconhecimento dever ser realizado pelo Juiz? Frederico Marques (Elementos, cit., Forense, v. 2, p. 334) entende que as regras do art.

226 e do seu

respectivo parágrafo do CPP "não têm aplicação em se tratando de reconhecimento feito na instrução criminal ou no plenário do Júri". Na verdade, nunca assistimos a

um reconhecimento em juízo em que se observassem aquelas formalidades.

Contudo, nas hipóteses em que o Juiz, na instrução ou no plenário do Júri, pergunta à

vítima ou à testemunha se a infração penal foi cometida por aquela pessoa ali presente como réu, não há, propriamente, um reconhecimento, mas sim uma pergunta a

mais... Entretanto, se houver dúvida quanto à identidade do acusado, seja na Polícia, seja em Juízo, a observância daquelas formalidades é de rigor. Nem teria sentido

proferir-se um decreto condenatório se o réu nega ter sido ele o autor do crime, e o Magistrado se louva na palavra da vítima ou de uma testemunha que, na audiência,

com uma simples vista Tolhos, afirma ter sido ele o autor da infração...

3. Reconhecimento de coisas

0 reconhecimento de objetos também é feito em presença de duas testemunhas e da Autoridade (Policial ou Judiciária).

A pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever o objeto que deva ser reconhecido. Poder-se-ão, em seguida, e conforme o caso

concreto, colocar outros objetos semelhantes junto ao que vai ser reconhecido,

convidando-se a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento a apontá-lo.

0 art. 227 salienta que, no reconhecimento de objetos, procederse-á com as cautelas estabelecidas no art. 226, no que lhe for aplicável.

De qualquer sorte, quer se trate de pessoa, quer de objeto, no ato do reconhecimento será lavrado auto circunstanciado, assinado pela Autoridade, pela pessoa

chamada a proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas.

4. Da acareação

Acareação, ou confrontação, consiste em colocar duas ou mais pessoas (réus, vítimas, testemunhas), cujos depoimentos sejam conflitantes, 1

em presença uma da outra - cara a cara - para que expliquem as divergências.

Razão assiste a Camara Leal ao ensinar que, para ser determinada a acareação, é mister haja uma divergência manifesta e irreconciliável entre duas afirmativas ou

duas negativas referentes ao mesmo fato ou circunstância.

Por outro lado, a acareação só será possível se a divergência incidir sobre fatos ou circunstâncias relevantes e não se puder chegar à verdade pelas demais provas

produzidas.

Aliás, o CPP é claro:

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre

pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes (grifo nosso).

Se a discordância entre os co-imputados, ofendidos e testemunhas não versar sobre fatos ou circunstâncias relevantes, não deverá haver acareação. Mas, sem

embargo da clareza meridiana do art. 229 do CPP, se for determinada a sua realização, haverá, tão-somente, tempo perdido, ante a superfluidade do ato.

0 nosso CPP admite a acareação entre:

a) acusados;

b) acusado e testemunha;

c) testemunhas;

d) testemunha e ofendido;

e) acusado e ofendido;

f) ofendidos.

A acareação poderá ser feita a requerimento de qualquer das partes ou ex officio, isto é, por determinação da Autoridade Judiciária ou Policial (CPP, art. 6.0).

Note que o indiciado ou réu não é obrigado a participar da acareação. Se ele tem até o direito ao silêncio, com muito mais razão o de opor-se a uma acareação

que lhe poderá ser prejudicial.

5. Procedimento

As pessoas que devam ser acareadas serão notificadas a comparecer perante a Autoridade. Esta, colocando-as uma em frente à outra,

-lhes-á que em seus depoimentos há divergência e, depois de salien-dir

tar onde repousa a colidência (lendo os trechos colidentes dos depoimentos), pedirá aos acareados que expliquem a divergência.

Será lavrado um termo em que a Autoridade fará consignar os pontos em que os acareados divergirem e, em seguida, fará consignar as suas explicações,

conforme dispõe o parágrafo único do art. 229:

"Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação".

Nada impede, contudo, havendo tempo, que, tão logo sejam tomados os depoimentos, a Autoridade, percebendo a divergência, determine, ex officio ou a

requerimento de qualquer das partes, proceda-se à acareação.

E se uma das pessoas que devam ser acareadas estiver ausente? Neste caso, a Autoridade dará a conhecer à outra que estiver presente o ponto de divergência,

consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se, nessa oportunidade, a pessoa (que poderá ser o réu, a testemunha ou o ofendido, sem embargo de o art. 230

falar em "testemunha") voltar atrás e concordar com as declarações da outra, não haverá problema. Mas se subsistir a discordância? Cumprirá, então, à Autoridade

determinar a expedição de precatória àquela do lugar onde se encontrar o ausente (muito embora o art. 230 fale em lugar onde residir o ausente), transcrevendo-se nela

as declarações da pessoa presente e da ausente, nos pontos de divergência, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, isto é, ouvindo-se

o ausente da mesma maneira como foi ouvido o presente.

A rigor, como bem diz Tornaglii, não há, na hipótese, acareação, mas sim mero confronto, com o que estamos de pleno acordo. De acordo também estamos com

Espíriola Filho, quando, na interpretação do art- 230 do CPP, pontifica:

"0 Código encara apenas a hipótese de existir divergência entre declarações prestadas por testemunhas, estando uma ou algumas delas, no território juri sdicional

onde corre o processo, e outra em lugar diferente. Mas, do mesmo expediente se pode lançar mão, evidentemente, quando a situação se apresente, não em relação

tão-somente à testemunha, mas às ou-

tras pessoas, cuja acareação é permitida" (cf. Comentários, cit., v. 3, p. 153).

Como acentua o art. 230, infine, a acareação só se realizará quando não importar em demora prejudicial ao processo e o Juiz a entender conveniente.

Muito embora o texto legal fale em "Juiz", entendemos que melhor ficaria a expressão "Autoridade", uma vez que não está vedada à Autoridade Policial a

realização de tal diligência, ex vi do art. 6.', VI, do CPP-E se, porventura, as pessoas que devam ser acareadas estiverem fora do território jurisdicional onde corre o processo? Nada impede que a Autoridade determine a

expedição de precatória à do lugar onde se encontrarem tais pessoas, solicitando-lhe a realização da diligência.

Na precatória deverão ser transcritas as declarações, nos pontos em que aquelas pessoas divergiram.

6. Qual o valor das acareações9

Muitos entendem a acareação uma diligência inútil, pois, de regra, os acareados mantêm suas declaraçoes iniciais, tanto que a legislação da Catalufla não a

admitiu.

Outros realçam o seu valor, salientando, contudo, como o faz Jofré, que a acareaçao com o acusado importa em violação do princípio do nemo tenetur se

detegere.

Segue-lhe o mesmo piso o insigne Borges da Rosa, ao dizer que admitir a acareação do acusado com uma testemunha será querer obrigar o acusado a confessar,

ou, pelo menos, a concordar com uma declaração que virá contribuir para a sua condenação (cf. Comentários ao Código de Processo Penal, v. 2, p.

81).

Muito embora haja quem diga que as acareações são inúteis, "medidas vexatórias", principalmente para os acusados, a tal ponto que a legislação da Catalufla não

a admitiu, o certo é que, muitas e muitas vezes, têm inigualável valor.

Não se pode contestar a sabedoria dessa lição de Asenjo:

'Tinalmente se comprende, a la vista de las actitudes y reservas, que ambos contradictores mantienen de parte de cuál de los dos está la verdad que se oculta. El

contradictor que

está seguro de ella, la afirma y proclama con vehemente acometida afirmando hechos, datos, notas que sólo quién vivió la realidad puede conocerlo... Por lo contrario,

quién miente se encubre en una intransigente y sospechosa negativa de la que no se atreve a salir por carecer de dados que le justifiquen o defiendan o por temor a

incurrir en la fácil contradicción" (Derecho, cit., v. 1, p. 541).

Respeitante àquele receio de Jofré e de Borges da Rosa, responde, com muito acerto, o insigne Alcalà-Zamora, salientando que:

"La Constitución no prohibe que una persona declare contra si misma, sin que se la obligue a declarar, cosa muy distinta" (Derecho, cit., v. 3, p.

116).

Também, entre nós, o problema é o mesmo: não há texto que, a quem quer que seja, proíba de fazer declaração contra si mesma (salvante a hipótese de

auto-acusação falsa). Pelo contrário. 0 texto existente é no sentido de proibir seja a pessoa obrigada a fazer tal declaração.

Desse modo, a acareação com o acusado não viola o princípio do nemo tenetur se detegere, porquanto o outro acareado não vai obrigá-lo a se desdizer, a

retroceder.

7. Dos documentos

A primeira dificuldade que se encontra ao estudar a prova documental repousa nas próprias definições de documento, tão numerosas quanto os autores que

trataram e tratam do assunto.

Ao lado dessa policromia de definições, uma outra circunstância contribui para aumentar a dificuldade: é que a palavra documento pode ser tomada em sentido

amplo ou em acepção estrita.

Em sentido lato, como diz Asenjo,

"el documento se refiere al singular medio de prueba material manifiesto en los monumentos - 'monumenta' - destinados a consagrar la memona de un suceso

entre los hombres, como las tumbas, los arcos triunfales" (Derecho, cit., v. 1, p. 561).

Em síntese magnífica, Leo Rosemberg entende por documento, em sentido amplo, toda corporalização de um pensamento, e Carnelutti vai longe, definindo-o

como qualquer coisa que represente um fato.

Em acepção menos ampla, ensina Fenech que o documento é o objeto material em que se insere uma expressão de conteúdo intelectual por meio de um escrito ou

de quaisquer outros sinais, imagens ou sons (cf. Derecho, cit., v. 1, p.

769).

8. Documentos em sentido estrito

Em acepção mais estrita, entretanto, documentos são apenas os escritos. E

é com esse sentido que o legislador empregou a expressão documento, no Capítulo IX

do Título VII do Livro 1 do CPP, ao salientar no art. 232:

"Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares".

Como se percebe, o legislador processual penal restringiu ao máximo o conceito de documento, para considerar como tal apenas os escritos. E a fotografia? A

fonografia? A cinematografia? A microfotografia? Os desenhos e esquemas não são, por acaso, documentos?

Se documento é qualquer coisa representativa de um fato, como bem o disse Carnelutti, tanto poderá ser documento uma carta como um traslado, um desenho ou

uma fotografia, uma pintura ou um disco.

Tanto isso é exato que se costuma dividir os documentos levandose em conta o meio de sua formação: escritos, gráficos e diretos.

escritos: são os documentos que tomam corpo no papel em que são escritos; 1

gráficos: quando os fatos ou idéias são representadas "por sinais gráficos diversos da escrita: desenhos, pinturas, cartas topográficas etc.";

diretos: quando o fato representado se transmite diretamente para a coisa representativa - fotografia, fonografia, cinematografia, microfotografia etc.

Todavia, embora o legislador processual penal conceituasse de maneira tão restrita os documentos, considerando, como tais, apenas os escritos, isto é, os

documentos em que a idéia ou o fato é representado pelos sinais gráficos da escrita, o certo, contudo, é que em várias passagens faz alusão a documentos

gráficos e

diretos.

Assim é que o art. 170 diz:

"... Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas".

E o art. 165:

"Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados".

9. Documentos e instrumentos. Instrumentos e papéis péis;

A lei civil distingue o documento do instrumento como especie do gênero documento escrito. Assim, para a lei civil, o documento escrito compreende o documento e o instrumento. Este é o escrito revestido de certa forma especial e que serve para a constituição orgânica de um ato jurídico. Ou, como diz Moacyr Amaral Santos, é o documento feito com o propósito de servir, no futuro, de prova do ato nele representado: é documento pré-constituído.

Documento, em sentido estrito, é qualquer escrito sem esse caráter constitucional orgânico, de um ato jurídico, feito sem o prévio propósito de servir de prova, mas que, ocasionalmente, desempenha essa função.

Tal distinção é feita, também, pelo legislador processual penal, no art.

232, ao salientar: "consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares" (grifos nossos).

Daí se conclui:

a) documentos são apenas os escritos;

b) os documentos escritos se distinguem em instrumentos e pa-c) tanto os instrumentos como os papéis podem ser públicos ou particulares.

A distinção entre instrumentos e papéis, feita pelo CPP, corresponde àquela da lei civil, entre documento em sentido estrito e instrumento.

Assim, papéis, para o legislador processual penal, nada mais são que o documento escrito em sentido estrito, isto é, aquele feito sem o propósíto de servir de prova, podendo, entretanto, exercer tal função, ocasionalmente. Tornaglii exemplifica: quando o sedutor escreve à sua namorada, não está ele querendo deixar no papel a prova do seu crime. Trata-se, aí, de um documento escrito em sentido estrito, pois, eventualmente, poderá a seduzida juntar aquela carta ao processo, fazendo prova contra o sedutor... Já o instrumento, conforme vimos, é o escrito pré-constituído para a prova.

ticulares.

Tanto os instrumentos como os papéis podem ser públicos ou par-Instrumento público: é o lavrado por oficial público competente, em razão do seu ofício. Exemplos: o testamento público, a escritura pública de compra ou venda de um imóvel.

Instrumento particular: o formado por particulares ou até mesmo por oficiais públicos, não em razão do seu ofício. Exemplos: nota promíssória, escritura particular de compra ou venda de imóveis, letra de câmbio etc.

Papéis públicos (ou documentos públicos em sentido estrito): são os lavrados por oficial público competente, no exercício da sua função.

Exemplo: as guias de recolhimento de impostos, as publicações de atos administrativos no Didrio Oficial etc, Papéis particulares: todos aqueles que não forem lavrados por oficial público no exercício do seu cargo. Exemplos: uma carta, um convite para um baile etc.

Os instrumentos públicos classificam-se em:

a) administrativos;

b) judiciais;

0 civis.

Administrativos: são os lavrados por funcionários e empregados da administração pública, "autenticando atos do poder público ou assentos da repartição". Exemplo: título de nomeação de um funcionário.

Judiciais: os que, provindo de órgãos judiciais, se refiram a atos processados em juizo, e, como exemplo, temos: a sentença, o mandado, o alvará etc.

eles que "refletem relações

Civis ou Extrajudiciais: são todos aqu

declarações de

da vida privada e geralmente representam contratos e vontade". Exemplo: escritura de compra e venda de um imóvel.

0 CPP, nos arts. 237 e 238, fala, respectivamente, em documentos originais, traslados e públicas-formas. Convém, pois, esclarecer: os documentos, quanto à sua forma, distinguem-se em: a) originais; e

b) copias.

Originais: "o de origem se lançou o aío".

documento em sua forma genuína, o escrito em que Cópias: a reprodução do documento original. São espécies de cópias: o traslado, que é a cópia textual e autêntica, feita por oficial público competente, do que

está escrito no livro de notas; o traslado é, pois, uma duplicata do documento original; traslado de traslado é a reprodução, por cópia, do traslado. Certidão, que e a

copia de qualquer instrumento público. Distingue-se do traslado, porque é a asseveração feita pelo oficial do que constar em livros de notas, registros públicos ou autos

forenses. Assim, enquanto o traslado indica a matriz de que é cópia e da qual se distingue, por ser feita em avulso, contendo a expressão

"trasladada fielmente do livro

tal de fls.", a certidão contém a asseveração autêntica do oficial responsável e se inicia com as palavras: "CERTIFICO E DOU FÉ que revendo o livro .....

Além dessa distinção entre traslado e certidão, quanto à forma, há também a distinção quanto à necessidade ou não do sinal público do tabelião, exigível no

traslado e dispensado para as certidões.

Pública-forma: é a cópia de documento avulso, extraída por oficial público.

Registro: é a cópia de documento ou instrumento, lançado em fivro de notas públicas, criado especialmente para tal fim.

Extrato: é a cópia parcial de documento.

10. CIassificação dos documentos

Os autores classificam os documentos atendendo a diversos critérios ou pontos de vista. Assim, Carnelutti classifica-os em autógrafos, se a declaração

documentada procede do próprio documentador, isto é, do próprio autor do fato documentado, e heterógrafos, se provém do punho de terceiro, classificação esta que

corresponde à distinção que se faz de documentos assinados e não assinados pelo próprio autor; indiretos, se o fato representado se transmite ao documento pela

mente do seu autor (carta, desenho etc.), e direto, quando o fato se transmite diretamente para o documento (fotografia).

Fenech classifica-os quanto ao sujeito, ao fim, à função probatória e à relação do autor com o processo. Quanto ao sujeito, os documentos podem ser públicos ou

particulares.

Públicos, quando lavrados por Oficial Público competente, em razão do seu ofício, e revestidos das solenidades ou formalidades legais. Privados, por

exclusão,

são todos aqueles que não forem públicos.

onímos, se co

Ainda podem ser nominativos ou an ^ '

ntiverem a indí-

caçãO da pessoa de quem provenha a declaração, ou não. Autênticos e falsos. Os primeiros, quando emanarem da pessoa que neles aparece como autor; falsos, se não.

Quanto ao fim, os documentos podem ser de "finalidade" ou de

"eventualidade", que correspondem ao que Manzini chama de documentos originariamente

destinados à prova e aos que não têm esse ca-

ráter inicial. Exemplo dos primeiros é a confissão escrita do imputado, e dos últimos, a carta do sedutor à seduzida.

Quanto à função probatória, os documentos podem ser: narrativos e constitutivos. Nos primeiros, o thema probandum coincide com a afirma-

ção contida no documento, como, e. g., 1a carta en que el imputado relata el hecho delictivo llevado a cabo". Opostos a estes estão os constitutivos, como a "carta

ameaçadora em um processo por delito de ameaça".

Nos primeiros, procura-se provar o conteúdo do documento. Nos segundos, a autoridade do documento e a declaração nele contida.

Quanto à relação do autor com o processo, os documentos distinguem-se em processuais e extraprocessuais. E por documento processual entende Fenech aquele emitido pelo titular do órgão Jurisdicional ou por alguma das partes e que

contém uma declaração processual, como a sentença etc.

Em oposição aos processuais, estão os extraprocessuais, cujo conceito se forma por exclusão: todos os documentos que não forem processuais são extraprocessuais.

A esta altura, então, podemos classificar os documentos: 1 - quanto ao sujeito; 11 - quanto ao fim; 111 - quanto à função probatória; IV -

quanto à relação

existente entre o autor e o processo;

V - quanto ao meio usado na sua formação; VI - quanto à sua forma.

1 - Quanto ao sujeito

a) públicos ou privados - os primeiros são os lavrados por oficiais públicos competentes, em razão do seu ofício; privados ou particulares, os lavrados por

particulares ou até mesmo por oficiais públicos, quando não o fizerem em razão do seu ofício;

1

1,

b) autógrafos e heterógrafos - os primeiros, quando o autor do documento é o próprio autor do fato documentado, e os segundos, quando o autor é outro que não

o próprio autor do fato documentado;

c) ológrafos e alógrafos - quando a declaração provém do próprio punho do autor do fato documentado, d t

11 - Quanto ao fim

a) documentos de finalidade ou pré-constituídos; b) documentos de eventualidade ou causais.

Os primeiros são os lavrados com o propósito de servir como prova (pré-

constituir uma prova). Os segundos, aqueles que não têm esse caráter.

Assim, se se usa

como prova documento que não foi elaborado para tal fim, diz-se que o documento é eventual ou casual, ou, então, de eventualidade.

111 - Quanto à função probatória

a) narrativos;

b) constitutivos.

Os primeiros contêm "declarações de ciência ou de verdade", ao passo que os segundos encerram "declarações de vontade constitutivas, modificativas ou

extintivas de relações jurídicas".

IV - Quanto à relação existente entre o autor e o processo a) processuais;

b) extraprocessuais.

Os primeiros provêm de Orgãos Jurisdicionais ou sujeitos processuais e dizem respeito a atos pertinentes ao processo, como uma sentença etc.

Extraprocessuais

são todos aqueles que não se referem a atos processados em juízo.

V - Quanto ao meio usado na sua formação

a) indiretos e diretos;

b) escritos, gráficos, plásticos e estampados.

Indiretos, quando o fato representado se transmite ao documento pela mente do seu autor (carta, desenho, pintura). Diretos, quando o fato se transmite para o

documento (fotografia).

Escritos são os documentos em que os fatos são representados literalmente (carta); gráficos, quando o são por outros meios gráficos, diversos da escrita (desenho,

pintura); plásticos, quando o fato é representado por meios plásticos (modelos em gesso ou madeira, miniaturas

ou e ou rem.

etc.); e estampados, os documentos diretos (fotografias etc.) (cf. Moacyr A. Santos, Direito processual civil, v. 2, p. 316).

VI - Quanto à forma

a) originais;

b) cópias.

Originais, como bem o disse Camara Leal, são os documentos em sua forma genuina, o escrito em que, de origem, se lançou o ato. Cópias são reproduções

completas ou parciais dos documentos originais e equivalem àquilo que Carnelutti chama de "documento de documento", isto é, um documento que representa outro

documento, como um "testimonio de auditu es un testimonio de testimonio"

(cf. Lecciones, cit., v. 1, p. 313).

11. Momento para a apresentação

No Processo Penal, segundo dispõe o art. 23 1, salvo os casos expressos em lei, os documentos poderão ser apresentados em qualquer fase do processo.

A mesma regra vem firmada no art. 400 do mesmo diploma: "as partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo".

0 art. 23 1, entretanto, abre exceção para "os casos expressos em lei".

Com essa expressão, quis o legislador acentuar que em alguns casos, expressamente

previstos, não vigora tal liberdade.

Convém assinalar, entretanto, que esses casos são apenas dois. 0 primeiro está previsto no art. 406, § 1% do CPP. De acordo com esse dispositivo, na fase das

alegações em processos da competência do Tribunal do Júri, não é permitida a juntada de qualquer documento.

A razão da restrição repousa, talvez, na circunstância de evitar procrastinação em processo dessa natureza, e, na verdade, com a juntada de documento na fase das

alegações, haveria o retardamento no andamento do processo, uma vez que o Juiz deveria ouvir a parte contrária sobre o documento oferecido e poderia surgir um

incidente de falsidade.

Tal entendimento se nos afigura fortalecido com estoutra particularidade: em processos da competência do Júri não existe aquela fase para diligências, a que se

refere o art. 499 do CPP, mostrando, assim, o evidente propósito de se evitar delonga.

Não cremos haja outra razão que justifique a regra do § 2.' do art406. A segunda restrição está prevista no art. 475 do CPP, in verbis:

"Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de três dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato constante do processo".

0 fundamento aí é outro.

Evita-se, destarte, a surpresa para a parte contrária, que, comumente, não teria

tempo nem meios para contrariar ou neutralizar o documento lido.

12. Quais os documentos que podem ser apresentados?

Todo e qualquer documento. E, segundo a fórmula do art. 232, consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

0 art. 233, entretanto, oferece uma exceção: em se tratando de cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Ora, se a Magna Carta, no capítulo pertinente aos direitos e garantias individuais (art. 5.0, XII), consagrou o princípio da inviolabilidade da correspondência, e o CP, em plena harmonia com o Diploma basilar, dispôs (art. 15 1) ser crime devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem, e apossar-se indevidarnente de correspondência alheia, embora não fechada, não poderia o legislador processual penal permitir que tais documentos, conseguidos ilicitamente, fossem admitidos em juízo.

A carta poderá ser exibida em juízo pelo destinatário? Em princípio, o destinatário somente poderá exibi-Ia com o assentimento do signatário.

Todavia, por razões óbvias, determina o parágrafo único do art. 233 que as cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa do seu direito, ainda que não haja assentimento do signatário.

13. Providência do Juiz

A natureza publicística do processo, aliada ao princípio da verdade real, não permite seja o Juiz -um espectador inerte da produção de provas, e, por isso, o Magistrado, para o esclarecimento do fato, objeto do processo, não se cinge àquelas fornecidas pelas partes.

0 legislador outorgou ao Magistrado, com a adoção do sistema da livre convicção, 0 poder de ordenar, por iniciativa própria, as provas que julgar convenientes ao cabal esclarecimento da verdade.

Di-lo o art- 156:

" ... o Juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença,

determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

Assim, por exemplo, poderá o Juiz determinar a ouvida de testemunhas, além das indicadas pelas partes. E quanto à prova documental, objeto do nosso estudo, concedeu o legislador ao Magistrado a mesma liberdade de iniciativa, dispondo no art. 234:

"Se o Juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível".

Nem havia necessidade de regra especial nesse sentido, à vista do que dispôs o legislador no art. 156.

Para efetivar o êxito dessa providência, poderá o Juiz determinar a busca e apreensão de documentos, conforme o disposto no art. 240, § L", h, do CPP.

Não poderá, entretanto, o Magistrado:

a) determinar ajuntada de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meio criminoso;

b) determinar a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito (art. 243, § 2.'); c) determinar a apreensão de documento, se o reconhecimento deste importar em revelação de segredo profissional.

Quanto a esta, esclarece Manzini que, se a Autoridade entender que a escusa é irrelevante, poderá determinar a apreensão.

11

14. Autenticidade

No documento é importante a autenticidade, que, segundo Camelutti, consiste na "certeza della provenienza del documento dal'autore indicato"

(cf. Carnelutti, apud Frederico Marques, Elementos, cit., v. 2, p. 347).

Por isso mesmo, estabelece o art. 237 "que as públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença da autoridade".

Por sua vez, dispõe o parágrafo único do art. 232 que à fotografia do documento, devidamente autenticada, dar-se-á o mesmo valor do original.

FinalmentP, estabelece o art. 235:

"A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade".

Silenciou, para estranheza de Tornaghi, quanto à possibilidade de exame em documento público.

É que os documentos públicos gozam da presunção juris tantum de autenticidade, o que não acontece com os particulares. Os documentos públicos, diz Espínola Filho,

"valem por si, têm a sua autenticidade inerente, pelo seu próprio caráter de instrumento público, com as formalidades legais cumpridas e provindo de oficiais, serventuários ou funcionários públicos, que têm fé pública e, assim, para invalidá-las, é mister provar-lhes a falsidade".

Já os documentos particulares precisam ser autenticados.

15. Documentos em língua estrangeira

Os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo da sua juntada imediata ao processo, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na sua falta, por pessoa idônea nomeada pela

autoridade (CPP, art. 236).

16. Desentranhamento

As partes podem requerer desentranhamento de documentos originais? Se não houver motivo relevante determinando sua permanência no processo, poderão tais documentos ser entregues à parte que os produziu, a requerimento desta, ouvindo-se o MP (CPP, art. 238).

17. Dos indícios

i

Que se entende por indícios?

Mittermayer define o indício como um fato que está em relação tão íntima com outro que o Juiz chega de um a outro por meio de uma conclusão muito natural.

Para Dellepiane, indício

,tes todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado susceptible de llevarnos, por via de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido"

Manzini define-o como

11 una circunstancia cierta de la que se puede sacar por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar".

0 nosso CPP assim define o indício:

"Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

Borges da Rosa insurge-se contra a pretensa sinonímia estabelecida pelo legislador processual penal entre as palavras indício e circunstância- Entretanto é de ponderar que a palavra circunstância, de circum e stare, significa aquilo que está em torno de alguma coisa~ e é nesse sentido que a palavra foi empregada pelo legislador, e tanto isso é verdade que já o grande João Monteiro definia os indícios como tt

ao que guar-

as circunstâncias que nos revelam, pela conexá dam com o fato probando, a existência desse mesmo fato".

Manzini também diz: "indício é aquela circunstância Asenjo, por sua vez,

pontifica: "el indicio es aquella círcunstancia probada

.....

0 indício é, também, meio de prova, e tanto o é que o legislador o encartou no capítulo pertinente às provas, e, por isso mesmo, seu valor probatório é semelhante às chamadas provas diretas.

Tendo o legislador admitido os indícios como meios de prova, não se pode negar possa o Juiz, mormente no sistema do livre convencimento, proferir um decreto

condenatório apoiando-se na prova indiciária,

Preleciona Manzini que "la fuerza probatoria de los indicios es en cambio, igual a la de cualquier otro elemento de prueba".

A Corte italiana já teve, inclusive, oportunidade de afirmar que a lei não distingue entre indícios e provas diretas, pois tanto o art. 378 como o art. 479 da lei

processual penal peninsular de 1930 falavam de provas em sentido genérico, isto é, incluindo as provas diretas e as indiretas. Observe-se que idêntica orientação foi

adotada na reforma de 1988. Tanto é certo que o art. 192, § 1% do CPP

italiano promulgado em setembro de 1988, repetindo a legislação anterior, dispõe que

'Vesistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti".

Requisito primordial da prova indiciária "é a certeza da circunstância indicante". Carnelutti arremata:

"el valor de los indicios depiende de su concordancia, de manera que cada uno de ellos se integra con los otros: no se excluye que el juez se pueda servir también de un

indicio solo, pero por general, la utilidad de la prueba indiciaria está en razón de su concurso y hasta de su acumulación por lo que la misma está normalmente

constituída por un conjunto de indicios, los cuales valen tanto más, cuanto más concorden entre si" (cf. Lecciones, cit., v. 1, p. 24).

Já tivemos oportunidade de funcionar em um processo em que a prova indiciária teve papel preponderante. Um indivíduo, dirigindo um automóvel em excessiva

velocidade, não conseguiu, por imperícia, manter o veículo no leito da estrada, e, por isso, o carro foi de encontro a um pé de eucalipto, derrubando-o. 0 passageiro

saiu seriamente ferido. 0 veículo sofreu imensas avarias. Juntaram-se aos autos fotografias do local do acidente e do veículo sinistrado. Não houve exame pericial.

As testemunhas, no inquérito, alegaram que o veículo trafegava em alta velocidade. Emjuízo,perfas ouper nefas, salientaram aquelas mesmas testemunhas que,

quando muito, estaria o auto a 20 ou 30 km horários.

Ora, em velocidade tão moderada não seria possível um acidente daquelas proporções. As fotografias realçavam ter havido um grande impacto do auto contra a árvore. Não havia defeito nos sistemas de frenagem.

A direção estava firme. Assim, se o veículo estivesse àquela velocidade, decerto que as proporções do acidente seriam menores. Bem menores. Todos esses

indícios estavam, pois, em harmonia com a palavra das testemunhas, quando depuseram no inquérito policial.

Muitos outros casos existem onde a prova indiciária é a única de que se pode valer o Magistrado ao restaurar os fatos.

Não é possível, diz muito bem Camara Leal, estabelecerem-se regras práticas para a prova indiciária. Em cada caso concreto, o Juiz aplicará as normas que a lógica lhe subministra, de acordo com a natureza dos fatos e suas circunstâncias.

0 que o art. 239 esclarece é a admissibilidade dos indícios como meios de investigação criminal, como meios de prova. Tudo o mais fica ao prudente critério do

Magistrado.

capítulo 44

1. Noção geral

Da Busca e Apreensao

SUMÁRIO: 1. Noção geral. 2. Oportunidade. 3. Iniciativa. 4. Sujeito ativo. 5. Sujeito passivo. 6. Busca domiciliar. 7. Inviolabilidade do domicílio. 8. Noção de domicílio. 9. Finalidade. 10. Apreensão de cartas. 11. A enumeração feita pelo § 1.' do art. 240 do CPÌ é taxativa?

12. Condição de legitimidade. 13. Necessidade de mandado. 14. Quando se procede às buscas e apreensões domiciliares? 15. Como se procede às buscas domiciliares? 16. Busca sem mandado. 17. Busca com mandado. 18. Busca pessoal. 19. Finalidade. 20. Quem pode realizáIa? 21.

Haverá necessidade de mandado? 22. Busca em mulher.

23. A documentação. 24. Poderá ser realizada a busca no escritório do Advogado? 25. E nas repartições públicas? 26. Apreensão em território sujeito a jurisdição alheia.

Busca, do verbo buscar, sinônimo de descobrir, de encontrar, procurar, investigar, significa a procura de alguma coisa ou de alguém. Os antigos definiam a busca

como a pesquisa, varejo ou procura feita por ordem de autoridade competente para os fins declarados em lei.

Borges da Rosa define-a como a diligência que se faz em determinado lugar, com o fim de aí encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura.

Apreensão, do verbo apreender, vem a ser a medida que se sucede à busca.

Uma vez procurada e encontrada a,pessoa ou coisa (busca), 1

proceder-se-á à apreensão, isto é, a pessoa ou coisa será "pegada",

"segurada", "apreendida", já que a apreensão é o objetivo da busca.

Muitas vezes pode ocorrer apreensão sem busca. Assim, por exemplo se o próprio acusado entrega à autoridade o instrumento do crime, determinará ela a lavratura de um auto de apreensão, que

receberá o nome de "auto de exibição e apreensão".

2. Oportunidade

As buscas e apreensões constituem diligências que podem ser realizadas antes da instauração do inquérito, durante a sua elaboração, no curso da instrução criminal e até mesmo na fase de execução, para prender o condenado, por exemplo.

Antes da instauração do inquérito, podem e devem ser feitas buscas e apreensões. 0 art. 6.', 11, do CPP salienta dever a Autoridade Policial, logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, se possível e conveniente, dirigir-se ao local e... apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato.

Insta acentuar que, muito embora as buscas e apreensões possam ser realizadas na fase da instrução criminal, elas se verificam mais amiúde na fase pré-processual, durante o desenrolar da primeira etapa dapersecutio criminis, vale dizer, durante a feitura do inquérito policial, não só porque a Polícia dispõe de meios mais rápidos e elementos mais eficazes para assegurar o seu bom êxito, como também porque, de regra, essas diligências, se não forem levadas a cabo durante a fase do inquérito, perderão sua oportunidade.

3. Iniciativa

As buscas e apreensões devem ser determinadas ex officio, pela Autoridade Judiciária ou Policial, ou, então, a requerimento das partes, como se infere do art. 242 do CPP. No Direito italiano, dada a estrutura do Processo Penal, permite-se, em alguns casos, ao órgão do Ministério Público determinar, de

ofício, tais diligências (art. 332 do CPP de 1930).

4. Sujeito ativo

Quem pode realizar a busca e apreensão?

A próprioAutoridade, seja Judiciária, seja Policial, poderá empreendêIas.

Comumente, tais diligências são realizadas por investigadores, membros da Polícia Judiciária ou Oficiais de Justiça, sendo que estes as realizam quando ocorrem na fase da instrução criminal.

5. Sujeito passivo

Sujeito passivo da busca e apreensão é o '1itular da esfera de posse, pessoal ou ambiental, em que se suspeita encontrar-se a pessoa ou coisa que se busca".

6. Busca domiciliar

Como o nome está a indicar, busca domiciliar é a procura de alguém ou de alguma coisa, que se faz no domicílio alheio, em casa de alguém.

Pode parecer estranho permita o CPP as buscas e apreensões em domicílio, quando se sabe que o domicílio é inviolável.

7. Inviolabilidade do domicilio

Realmente, o domicílio é inviolável. Essa inviolabilidade não foi uma conquista do Direito moderno. Já os romanos tinham a casa como asilo infranqueável: domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit.

De acordo com a concepção germânica, diz Mezger, todos deviam viver em paz em sua casa. Daí os alemães, ainda hoje, denominarem 0 crime de violação de domicílio Hausfriedensbruch (violação da paz doméstica).

Com a subversão, porém, dos estatutos municipais, o âmbito doméstico decaiu de sua prerrogativa, notadamente em face dos delegados do príncipe (Hungria, Comentários, cit., v. 6, p. 197).

Por isso mesmo, a Constitutio Criminalis Carolina, de 1532, não fez referência à violação do domicílio, relegando-a a segundo plano.

Enquanto havia essas variações no direito dos povos da Europa continental, na Inglaterra vigia o princípio da inviolabilidade, conhecido pela fórmula my house is my castle.

Foi, todavia, com a Revolução Francesa que se consolidou o princfpio de que la maison de chaque citoyen est un asile inviolable.

Entre nós, já a Lei de 14-10-1822, refletindo aquele postulado político da gloriosa Revolução de 93, proclamava:

"Depois do sol posto, e antes de nascer, nenhuma autoridade, ou empregado público, poderá entrar em casa alguma sem consentimento de quem nela morar".

A mesma lei estabelecia, apenas, algumas exceções.

De lá para cá, o princípio continuou imutável. Tanto assim que a Carta Magna de 1946 estabelecia no art. 141, § 15:

"A casa é o asilo ínviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir vítima de crimes ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer".

A Constituição de 1967, no art. 153, § 10, proclamava a mesma coisa.

Tal princípio é absoluto? Não. 0 art. 5.", XI, da Constituição de 1988

proclama:

"A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, OU para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

0 CP sanciona tal garantia, erigindo à categoria de crime a violação de domicílio.

Infere-se do texto constitucional que a entrada em casa alheia não é possível, quer durante a noite, quer durante o dia, salvante casos especialíssimos. À noite

é possível a entrada: a) se o morador der o assentimento;

b) no caso de desastre;

c) para prestar socorro; ou

d) no caso de flagrante delito.

Qual o sentido da expressão "em caso de flagrante delito"? Tendo em vista que a Constituição restringiu, mais ainda, a entrada em casa alheia, quer-nos parecer que a expressão refere-se à hipótese de fiagrante prc rio, isto é, quando alguém, no interior de uma casa, esta cometendo a infração penal. Contudo, não podia o legislador constituinte ignorar o amplo conceito de flagrante, tal como se vê nos incs. 1, 11

III e IV do art. 302 do CPP.

Além daqueles casos previstos expressamente na Lei Maior, é óbvio ser possível a entrada em casa alheia (sem que se cometa o crime de violação de domicílio) nos casos de legítima defesa

(exemplo: entrar na casa para interromper uma agressão a tiros por parte do dominus contra um transeunte), de estado de necessidade (exemplo: ingressar na casa alheia para ajudar na extinção de um incêndio ali manifestado,

ou para livrar-se da perseguição de um malfeitor) - exemplos de Hungria nos comentários ao art. 150 do CR

Durante o dia, além das hipóteses enumeradas, podemos acrescentar não constituir crime quando o agente agir:

a) no cumprimento do dever legal (visita do mata-mosquito); b) no exercício regular de um direito (a hipótese do art. 587 do CC - cf.

Hungria, Comentários, cit., v. 6, p. 208);

c) com a autorização do Juiz.

Assim, se a Autoridade Policial desejar empreender uma busca domiciliar,

mesmo que pretenda fazê-lo pessoalmente, haverá indeclinável necessidade de ordem judicial. Se o Juiz não autorizar, não será possível, e, se mesmo assim vier a acontecer, responderá a Autoridade criminalmente, pois a "entrada" se deu sem as formalidades legais.

0 art. 13 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha dispõe ser o domicílio inviolável. Buscas apenas podem ser ordenadas pelo Juiz e, caso a demora implique perigo, também pelos demais órgãos previstos pela lei e somente na forma nela preceituada.

Se de um lado a restrição imposta pelo novo texto constitucional merece encômios, para resguardar a casa de invasões desnecessárias e, às vezes, com manifesto propósito de perseguição, de outro lado criou problemas para a Polícia, quando realmente há necessidade de se empreender uma busca domiciliar. De qualquer sorte, nos termos da Constituição, sempre que a Autoridade Policial desejar empreender busca domiciliar, deverá solicitar ao Juiz a devida autorização. Essa solicitação poderá ser feita nos mesmos moldes em que a Autoridade Policial pede a prisão preventiva, isto é, demonstrando as razões da sua necessidade e conveniência. Tal pedido deve ser encaminhado ao Fórum e devidamente distribuído. Concluído o inquérito, é manifesta a prevenÇão do Juiz que concedeu a autorização, nos precisos termos do art.

75, Parágrafo único, do CPP.

Por conseguinte, a Constituição manteve a distinção que sempre houve no nosso Direito quanto à proteção domiciliar durante a noite e durante o dia. No primeiro

caso, a garantia é mais ampla.

8. Noção de domicílio

Muito embora o art. 240 do CPP fale em busca domiciliar, é de ressaltar que a palavra domicílio não tem, nem aí nem na lei penal, o sentido civilístico, mas o de residência, a casa onde alguém viva ou trabalhe e exerça a sua

atividade a qualquer título, ou, como diz Hungria, domicílio aí é o

"home, o chez-soi, a habitação particular, o local reservado à vida íntima do indivíduo ou à sua

atividade privada, seja ou não coincidente com o domicílio civil".

Excetuam-se, apenas, aquelas restrições a que se refere o § 5.' do art.

150 do CP.

A Constituição diz ser possível a franqueabilidade domiciliar durante o dia se houver determinação judicial. Melhor seria houvesse acrescentado: nos casos

previstos em lei. De ponderar, contudo, que na Constituição anterior o art. 153, § 12, dizia que ninguém poderia ser preso senão em flagrante delito ou por ordem

escrita de autoridade competente, e, não obstante, nunca se admitiu a prisão de quem quer que fosse fora das hipóteses previstas em lei. Tanto é verdade que os

Delegados de Polícia pretendiam prender suspeitos para averiguações e não lograram êxito.

Assim, quer-nos parecer que a franqueabilidade domiciliar durante o dia por determinação judicial somente será possível nos casos determinados em lei. Mesmo

porque o que inspirou o legislador constituinte nessa restrição foram os abusos cometidos por maus Delegados, por maus policiais.

Desse modo as buscas e apreensões domiciliares continuam sendo as mesmas previstas no nosso ordenamento jurídico, com esta particularidade: somente com

autorização judicial.

Ademais, não se deve deslembrar que, em face do princípio do due process of law, o juiz não pode agir em desconformidade com o direito preestabelecido...

9. Finalidade

As buscas domiciliares têm por objetivo:

a) prender criminosos;

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meio criminoso; 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 defesa do réu; J) 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;

g) apreender pessoas vítimas de crime;

h) colher qualquer elemento de convicção.

10. Apreensão de cartas

i

0 CPP permite, no art. 240, § UJ a busca domiciliar ou pessoal, para

"apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja

suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato".

A Constituição de 1988, de acordo com a tradição do nosso Direito público, consagra, entre os "Direitos e Garantias Individuais", a inviolabilidade da

correspondência, e, por isso mesmo, o CP, sancionando a garantia constitucional, estabelece, no art. 15 1, constituir crime "devassar indevidamente o conteúdo de

correspondência fechada dirigida a outrem".

A inviolabilidade da correspondência é, também, um dos postulados políticos da Revolução Francesa, e, quando, à época daAssembléia Nacional, se pretendeu

agir, como agiam os Gabinetes negros de Luiz XIV e Luiz XV, ouviu-se a voz de Camus:

"A Assembléia Nacional não pode dar o exemplo de uma violação manifesta do segredo do correio. Eu considero uma carta fechada como uma propriedade, e

não se pode, sem atacar abertamente os mais sagrados direitos, romper os segredos das cartas".

Entre nós, desde o Código de 1830, vinha sendo resguardado o sigilo da correspondência. 0 CP de 1890, no art. 189, estabelecia pena de 1 a 6 meses àquele que violasse o sigilo da correspondência, sancionando, assim, o princípio inserto na Lei Maior.

A Constituição de 1937 assegurava, também, a inviolabilidade da correspondência, ressalvando, entretanto, as exceções legais, deixando margem ao legislador

ordinário para regular certos casos em que era possível a violação.

Sob a égide da Constituição Estadonovista, surgiram os atuais Códigos Penal e Processual Penal: o primeiro, tutelando o sigilo da correspondência, proclama ser

crime "devassar, indevidamente, o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem".

Com o emprego do advérbio "indevidamente", o legislador concedeu um certo arbítrio ao Magistrado, para, em alguns casos, excluir a responsabilidade criminal.

E o CPP, por sua vez, permitiu, inclusive, a busca domiciliar ou pessoal, visando à apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder...

A Constituição atual, entretanto, dispôs no art. 5.', XII, "ser inviolável o sigilo da correspondência". Como se vê, o princípio é imperativo, absoluto, e não deixou

campo ao legislador ordinário para traçar normas quanto à possibilidade de ser violado o sigilo da correspondência.

Por outro lado, se a carta é destinada ao acusado, sua apreensão nada mais representa que verdadeira interceptação, e, nos termos do art. 233

do CPP, tais cartas

não podem ser admitidas em juízo. Se estava em seu poder, a apreensão não deixa de representar, também, violência à intimidade, que a Constituição assegura e tutela.

De uma forma ou de outra, a linguagem imperativa do art. 5.', XII, da CF

não permite outra exegese. A vingar o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, no sentido

de que a garantia constitucional não pode proteger abusos nem acobertar violações (cf. Liberdades públicas, cit., p. 306), o legislador não precisaria ser tão explícito

ao traçar normas sobre a garantia da inviolabilidade do domicílio.

Desse modo, pensamos, em que pesem às opiniões contrárias, que o art.

240, § 1.', f do CPP conflita com o texto da Constituição.

11. A enumeração feita pelo § 1.0 do art. 240 do CPP é taxativa?

Como bem adverte Manzini, as buscas são permitidas como exceções às normais garantias da liberdade individual, e, assim, é evidente que tais exceções devem

estar previstas em lei.

1

Por conseguinte, não se pode, ainda que por analogia, aplicá-la a outros casos, salvo "se expressamente facultados por leis especiais, pois a medida, por ser

restritiva da liberdade individual, não é suscetível de interpretação ampliativa ou analógica".

Não se admite, pois, interpretação extensiva ou analógica. Outros casos poderão

ser incluídos, dês que haja permissão legal. Assim, por exemplo, o art. 240 não

cuida de apreensão de coisas adquiridas com os proventos da infração, mesmo que essas coisas representem o próprio corpus criminis ou um dos objetos relacionados

no art. 240. Entretanto tais objetos são apreensíveis. Não por força do art. 240, mas do art. 121 do estatuto processual penal.

12. Condição de legitimidade

A realização da busca domiciliar não fica à vontade da Autoridade, seja ela Policial, seja Judiciária. É preciso haja, nos termos do art. 240,

"fundadas razões".

Certo que a Constituição diz apenas que durante o dia será possível a entrada em casa alheia por determinação do Juiz. À primeira vista poderia parecer que, dês que o

Juiz determine, está satisfeita a condição de legitimidade. Não nos parece. A razão que levou o constituinte àquela restrição foi outra. Já vimos. Nem teria sentido,

numa Constituição que procurou cercar o cidadão de reais garantias, estendendo-as até à segurança do domicílio, pudesse o Juiz, fora dos casos previstos em lei, violar

aquilo que a própria Constituição diz ser "asilo inviolável".

Fundadas razões exige a lei. Se não as houver, não pode ser realizada a diligência. A expressão, entretanto, implica, naturalmente, como adverte Manzini, uma

apreciação discricionária de quem é competente para determinar a busca; mas, como também é possível o abuso ou excesso de poder a respeito do que seja

"discricionário", se o motivo da busca foi manifestamente infundado com referência ao momento em que se determinou a diligência (e não apenas quanto

ao seu êxito

negativo), quem a executou, abusivamente, responderá penal e disciplinarmente.

13. Necessidade de mandado

Já vimos quais as pessoas que podem empreender a busca e apreensão. É de ponderar, entretanto, que, se a diligência for realizada, pessoalmente, pela Autoridade Judiciária, não haverá necessidade de mandado. De fato.

Quando a diligência for realizada pela própria Autoridade Judiciária, não haverá, obviamente, necessidade de mandado. Não o sendo, a ordem judicial é

indeclinável, nos precisos termos do art. 5.', XI, da Constituição de 1988.

0 art. 241 do CPP deve ser lido assim: "Quando a própria autoridade judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida de

determinação judicial".

0 mandado deverá:

a) conter a indicação - com a maior precisão possível - da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador;

b) mencionar os motivos e os fins da diligência; c) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela Autoridade que o fizer expedir.

A ausência do mandado, em caso de busca domiciliar, poderá, conforme o caso concreto, sujeitar o agente às penas do art. 150 do CP, uma vez que a diligência

não se fez "com observância das formalidades legais" (CP, art. 150, § 1%

1).

14. Quando se procede às buscas e apreensões domiciliares?

0 art. 245 do CPP assim dispõe:

"As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir

que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e

lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta".

Temos, pois, que as buscas dorniciliares só poderão realizar-se durante o dia. À noite não é possível. Trata-se de garantia constitucional. Mas quando é noite?

Liszt entende por noite o tempo de repouso noturno. Para Chauveau et Hélie:

"la nuit commence quand le crepuscule expire; elle expire quand il commence à renaître".

0 CPP português de 1929 preferiu esclarecer o sentido da palavra noite, e, assim, no art. 202, estabeleceu que o Juiz não poderá proceder à busca e apreensão em

casa habitada ou suas dependências fechadas antes do nascer nem depois do pôr-do-sol.

0 Código atual, aprovado pelo Decreto-lei n. 78/87, e que entrou em vigor em janeiro de 1988, dispõe no art. 177, § 1.', que "A busca em casa habitada ou numa

sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as sete e as vinte e uma horas, sob pena de nulidade".

Note-se que o art. 34 da atual Constituição da República portuguesa estabelece a inviolabilidade do domicílio; que a entrada neste contra a vontade dos cidadãos

só pode ser ordenada pela Autoridade Judiciária competente nos casos e segundo as formas previstas na lei; e ainda que "ninguém pode entrar no domicílio de alguém

durante a noite, sem o seu consentimento .....

De observar, entretanto, que a Lei n. 43/86 determinou, no art. V, 11, alínea 29, que o CPP concretizasse o horário em que são admitidas as buscas domiciliares...

Não há, pois, antinomia entre a Constituição e o CPP. Desse modo, para efeito de busca domiciliar no Direito portugues, noite é aquele período que se estende das 21

às 7 horas.

Entre nós, a Lei de 14-10-1822 usava, também, da expressão "depois do sol posto e antes de nascer".

Era a reprodução do princípio romano: solis occasus suprema tempestas esto.

A despeito do silêncio do nosso CPP, aplicava-se, por analogia, a regra do art. 172 do CPC, que dizia que os atos processuais podiam ser realizados entre as seis

e as dezoito horas. E tal entendimento era razoável. Mas a Lei îî. 8.952, de 13-12-1994, deu ao art, 172 do CPC nova redação, de molde a permitir a prática de atos

processuais, nos dias úteis, entre as seis e as vinte horas. Evidente que esse espaço de tempo não pode ser considerado dia. Pelo menos entre nós.

No norte e nordeste,

às dezenove horas já é noite, e os trabalhadores braçais já se põem a dormir. 0 mesmo ocorre no sul. Assim, à míngua de disciplinamento a respeito, devemos manter o

conceito tradicional de dia como sendo o espaço de tempo que medeia entre as seis e as dezoito horas. Ademais, o art. 172 do CPC não deu a definição de dia.

Limitouse a permitir a prática de atos processuais entre as seis e as vinte horas... o que é diferente.

qAl

~1

Ante o exposto, as buscas e apreensões domiciliares só poderão ser realizadas

entre as 6 e as 18 horas, salvo se o morador ou a pessoa que o representar der-lhes

o assentimento.

Vale adiantar que, iniciada a busca domiciliar durante o dia, sua execução não se interromperá pelo advento da noite. Nem de outra maneira poderia ser; se os

executores fossem obrigados a interrompê-la pela chegada da noite, muitas vezes a diligência estaria fadada a fracassar, pois os moradores, interessados em ocultar a

coisa procurada, poderiam, com a saída dos executores, ganhar tempo e providenciar, dentro da casa, um esconderijo melhor.

Por isso é irrepreensível a lição de Garraud:

"malgré la determination de l'heure légale ou commencement du temps de nuit, une perquisition, commencée pendant le jour, ne doit pas cesser à l'instant même ou

cette heure légale vient à sonner: elle peut continuer la nuit, même, en cas d'opposition du proprietaire de la maison".

No mesmo sentido, a lição de Manzini:

"pero si se ha iniciado en otras horas, puede proseguir también de noche

.....

15. Como se procede às buscas domiciliares?

Havendo "fundada razão", a Autoridade Judiciária, de ofício, a requerimento de qualquer das partes ou mesmo em face de uma representação (ou que outro nome

tenha) da Autoridade Policial, determinará se proceda à busca domiciliar, durante o dia, para prender criminosos etc. (CPP, art. 240, § 1.', a usque h).

16. Busca sem mandado

Se a busca for levada a efeito pela própria Autoridade Judiciária, esta, independentemente de mandado, dirigir-se-á, durante o dia, à casa onde se presume esteja a

pessoa ou coisa procurada.

Aí chegando, declarará ao morador, ou a quem o represente, sua qualidade e o objeto da diligência. Se a pessoa ou coisa procurada for determinada, o morador

será notificado a mostrá-la. Exibindo-a, será ela apreendida e posta sob custódia da Autoridade ou de seus agentes.

Se o morador recusar-se a mostrá-la, poderá, conforme o caso concreto, responder pelo delito previsto nos arts. 348 do CP ou 330 do mesmo estatuto.

Solicitada a permissão pela Autoridade para proceder à busca, se o morador ou quem o representar não a permitir, a Autoridade, nos termos do art. 245, § 1% do

CPP, providenciará para ser arrombada a porta e forçada a entrada. E, se por acaso houver resistência por parte do morador ou de qualquer pessoa que o esteja

auxiliando, um ou outro, ou até mesmo ambos poderão ser presos em flagrante (CP, art. 329), tudo dependendo do caso concreto.

Penetrando a casa pelos meios suasórios ou nela adentrando-se à força, a Autoridade procederá à busca, evitando sejam os moradores molestados. A tal respeito

diz o art. 248 que, em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensavel para o bom êxito da diligência.

Qualquer excesso, com desnecessário molestamento aos moradores, implicará exercício arbitrário (CP, art. 350) ou até mesmo abuso de Autoridade -

Lei n.

4.898, de 9-12-1965.

Uma vez obtido o ingresso na casa, quer por bons modos, quer à força, poderá acontecer que o morador procure, de qualquer modo, evitar a busca, não

permitindo, por exemplo, a abertura de gaveta, armário, cofre etc. Nesse caso será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, a fim de

ser facilitada a descoberta do que se procura.

Finda a diligência, logo em seguida será lavrado um auto circunstanciado em que se declarará se o morador permitiu ou não a busca; se houve prisão; se houve ou

não necessidade do emprego de força; a hora do início e do término da diligência; se foi ou não encontrada a pessoa ou coisa procurada. Enfim: no auto que deve ser

lavrado consignara a Autoridade tudo quanto se tenha verificado durante a diligência.

Esse auto, lavrado pelo escrivão ou escrevente que acompanhou a Autoridade, será por ele subscrito e assinado pela Autoridade, pelos Oficiais de Justiça ou

soldados ou investigadores que acOMDanharam a Autoridade na diligência.

e, finalmente, por duas testemunhas presenciais.

As testemunhas devem, também, assistir à diligência, mesmo quando levada a efeito pela Autoridade, pois o § 7.' do art. 245 do CPP não faz qualquer distinção:

"Art. 245 .

.....

.

§ 7.' Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no

§ 4.`.

Com esta última expressão, "seni prejuízo do disposto no § 4."", quis o legislador dizer que, na hipótese de estar ausente o morador e haver qualquer vizinho que

tenha sido notificado a assistir à diligência, o auto será assinado pelo vizinho, que não se computará como testemunha.

17. Busca com mandado

Se a busca não for realizada, pessoalmente, pela Autoridade Judiciária, haverá necessidade indeclinável da expedição do competente mandado, cuja feitura deverá

obedecer ao disposto no art. 243, 1, 11, 111, e § 1.' do CPP. In verbis:

"Art. 243. 0 mandado de busca deverá:

1 - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal,

o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; 11 - mencionar o motivo e os fins da diligência; Ill - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1.' Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca".

De posse do mandado, os executores (em número nunca inferior a dois, pois o art. 245 fala em "executores", e, em executores, no plural, fala também o § 7.' do

art. 245) dirigir-se-ão, durante o dia, à casa onde deva ser realizada a diligência e, lá chegando, deverão mostrar o mandado e proceder à sua leitura ao morador ou a

quem o represente, notificando-o, a seguir, a abrir a porta.

Deverão os executores, pelos meios suasórios, conseguir a permissão para a entrada na casa. Se o morador não o permitir, poderão arrombar a porta e forçar a

entrada, procedendo, em seguida, à busca e

apreensão. Se o morador recalcitrar, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para a descoberta do que se procura. Encontrado

aquilo que se busca, proceder-se-á à apreensão, colocando-o sob custódia da Autoridade ou seus agentes.

Concluída a diligência, deverão os executores lavrar um auto circunstanciado (pormenorizado), descrevendo-a com todas as ocorrências, inclusive prisão, se

houver. 0 auto será por eles assinado, bem como por duas testemunhas presenciais.

0 § 7.' do art. 245, como vimos, exige duas testemunhas presenciais.

Espíriola Filho, com bastante acerto, ensina ser imprescindível haja duas testemunhas

presenciando todo o desenrolar da diligência. Também pensamos assim. A busca domiciliar é uma medida que excepciona a garantia da infranqueabilidade do

domicílio. Assim, deverá ser realizada com toda a cautela. Poderá ocorrer, por parte dos executores, abuso de Autoridade ou exercício arbitrário, e mais: às vezes, sem

embargo do comportamento urbano dos executores, o morador poderá alegar descomedimento na diligência. Por tudo isso, convém seja tal diligência presenciada por

duas testemunhas.

Tão extrema é essa diligência que o legislador ordenou, no art. 247, que, não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão

comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer.

Entende Tornaghi que tal providência só será possível quando a diligência for realizada, pessoalmente, pela Autoridade, uma vez que esta não declara "os

motivos" dela, mas sim o seu "objeto". Torriaglii arremata: "ora, se não é a própria Autoridade quem realiza a diligência, cumprirá aos executores procederem à leitura

do mandado e aí estão os motivos da diligência_" (cf. Instituições, cit., v. 5, p. 203).

Não nos parece exato o entendimento do Mestre. Em qualquer caso, ante a busca infrutífera, poderá o morador ou quem a tiver sofrido requerer a comunicação

por escrito dos motivos da diligência. Com o documento, constatada a leviandade ou ilegalidade da medida, o interessado poderá responsabilizar a Autoridade ou os

executores, ou ambos, por abuso ou excessos na sua efetuação.

E certo que, quando a busca se faz mediante mandado, os executores (segundo a lei ...) procedem à sua leitura. Mas, como verba... volant et scripta manent ....

pareceu prudente ao legislador estabelecer a regra que se contém no art.

247 do CPR Entendemos, até, deva ser entregue ao morador cópia do mandado judicial

autorizando a busca. E isto para

evitar que posteriormente, indignado com a diligência, o morador pretenda denunciar o abuso da Polícia e esta venha a alegar ter havido a indispensável permissão... E,

para maior cautela, entendemos, também, deva a Polícia colher, por escrito, a

autorização do morador, sempre que a busca não for precedida de ordem judicial, e ele

houver dado o seu assentimento. Trata-se de excelente providência que pode evitar uma série de mal-entendidos.

Suponha-se que, da casa onde deva ser realizada a diligência, esteja ausente o morador. Quid inde? Deverão os executores (mesmo que a diligência seja realizada

pela Autoridade) intimar qualquer vizinho, se houver presente, para assistir à diligência. De qualquer sorte, deverão estar presentes duas testemunhas, além do vizinho.

Os executores arrombarão a porta e, se necessidade houver, empregarão a força contra coisas existentes no interior da casa, para a descoberta do que procuram.

E se, na casa, estiver apenas um menor ou um insano? Ainda nessa hipótese, deverão os executores proceder como se não houvesse morador, pois as situações se

equivalem...

18. Busca pessoal

A busca, como vimos, poderá ser domiciliar ou pessoal. Aquela, quando 1 .

realizada em casa; esta, quando levada a efeito na propria pessoa.

A busca pessoal é feita não somente nas vestes ou nos objetos que a pessoa traga consigo (valises, pastas etc.), como, também, diretamente no corpo, quer por

meio de investigações oculares ou manuais, quer por meios mecânicos, radioscópicos (Rosenmayer), sabido como é que os ladrões e, particularmente, as ladras

preferem esconder pequenos objetos, pedras preciosas e outros que tais em qualquer esconso natural.

A busca pessoal é, também, não tanto quanto a domiciliar, medida vexatória. Entretanto, por sê-lo menos, dispõe o § 2.0 do art. 240 que será realizada, quando

houver "fundada suspeita". Pareceu a Tornaghi que as expressões "fundadas razões" e "fundada suspeita" foram empregadas como sinônimas.

A nós parece que o legislador quis emprestar à expressão "fundada razão"

o sainete de maior gravidade, maior seriedade, atentando para a circunstância de que a

busca domiciliar é medida mais drástica e que excepcíona a garantia da infranqueabilidade do domicílio.

19. Finalidade

M

que alguém oculte:

a) arma proibida;

b) coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;

d) armas e munições, instrumentos utilizados na prática do crime ou destinados a fins delituosos;

e) objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; J) cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado (CPP, art. 240, § 1. %

f);

g) qualquer elemento de convicção.

A busca pessoal verifica-se quando houver fundada suspeita de 20. Quem pode realizá-la?

A busca pessoal, tal como ocorre com a domiciliar, poderá ser realizada quer pela própria Autoridade Judiciária, quer pelaAutoridade Policial ou seus agentes.

21. Haverá necessidade de mandado?

Depende. Se a busca for realizada pela própria Autoridade, Policial ou Judiciária, não haverá necessidade daquela ordem escrita. É certo que o Código silencia;

entretanto, é de convir que a lei (e a própria Lei das Leis) autoriza o Juiz a proceder à busca domiciliar sem mandado. Se ele pode fazê-lo, em se tratando de busca

domiciliar, com muito mais razão em se tratando de busca pessoal. Quanto à Autoridade Policial, é de observar ser ela autorizada por lei a fazer expedir os mandados

de busca durante a fase das investigações preliminares (menos em se cuidando de busca domiciliar). Se ela pode fazer expedir mandado, é índuvidoso possa realizar a

diligência sem ele.

Convém assinalar, contudo, que há outros casos em que se permite a busca pessoal sem necessidade de mandado. Quais são eles?

1.") No caso de prisão. Se a pessoa for presa, quer em flagrante, quer em virtude de ordem escrita da Autoridade competente, o agente daAutoridade não

necessitará de mandado ou autorização para revistar 1

1

o preso, isto é, para dar uma busca pessoal, à procura de elementos do corpus delicti ou mesmo de qualquer dos objetos enumerados no § 1.0 do art. 240.

2.') Se houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito, o agente da

Autoridade poderá revistá-la, sem necessidade de mandado, segundo prescreve o art. 244 do CPP.

3.") Finalmente, é autorizada a busca pessoal sem mandado quando a medida for determinada no curso de uma busca domiciliar. Assim, se os agentes da Autoridade, durante a realização de uma busca domiciliar, quiserem revistar as pessoas que se encontrarem no interior do prédio ou compartimento onde se realiza

aquela, não só poderão, mas deverão, fazê-lo, dependendo, é lógico, do objeto que se procura.

Afora esses casos, sob pena de ser violado o disposto no art. 350, IV, do CP ou a Lei n. 4.898, de 9-12-1965, a busca pessoal somente poderá ser realizada

mediante mandado, que deverá conter os seguintes requisitos: a) a indicação do nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

b) o motivo e os fins da diligência;

c) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela Autoridade que o fizer expedir.

22. Busca em mulher

Se o sujeito passivo da busca for mulher, diz o art. 249 que a revista será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Trata-se de cópia do modelo italiano:

"La perquisizione sul corpo di una donna è fatta eseguire da un'altra donna, quando ciò è possibile e non importa ritardo o pregiudizio per le operazioni".

23. A documentação

Concluída a busca pessoal, a despeito do silêncio do Código, dever-se-á lavrar um auto pormenorizado, quando dela resulte a apreensão de objeto integrante do corpus criminis ou do corpus instrumentorum.

Tal providência é útil e aconselhável, para que assim fique tudo documentado (cf. Frederico

Marques, Elementos, cit., v. 2, p. 316).

24. Poderá ser realizada a busca no escritório do Advogado?

0 Tribunal de Toulouse já teve oportunidade de anular um auto de busca em tais condições, sob o fundamento de que o escritório do Advogado é o asilo da

defesa. Faustin Hélie, entretanto, fez a seguinte distinção: se a prevenção é dirigida contra o próprio Advogado, por fatos estranhos ao exercício da sua profissão, a

Autoridade competente tem o direito de proceder a todas as buscas e apreensoes que julgar úteis; mas, se se tratar de buscar, examinar e apreender cartas e outros

papéis confiados ao Advogado, na qualidade de patrono do acusado, o seu escritório deve estar ao abrigo das buscas que tenham por objeto descobrir, aí,

indícios ou

provas dos delitos imputados a seus clientes. Não há justiça sem liberdade de defesa. E esta plenitude da defesa é um direito garantido pela Constituição (apud João

Mendes Júnior, Processo, cit., 1959, v. 2, p. 64).

0 CPP, no § 2.' do art. 243, salienta, apenas, não ser permitida a apreensão de documento em poder do defensor do réu, sendo, entretanto, possível a apreensão

desse documento quando constituir elemento de corpo de delito.

Tão plena é essa garantia concedida ao acusado que o legislador usou da expressão "defensor" do acusado, donde se concluir que, se um cidadão, mesmo não

sendo bacharel em Direito (provisionado, p. ex), estiver funcionando num processo como defensor, a ele se estende a regalia do § 2.' do art. 243.

Nada obsta, por conseguinte, respeitadas as garantias da defesa, proceda-se à busca e apreensão no escritório do Advogado: a) em qualquer caso, se o Advogado for partícipe da infração; b) se o Advogado não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a diligência;

c) se o Advogado não possuir os papéis como "secretário", isto é, em razão da sua função, caso em que deverá ser resguardado o sigilo profissional;

d) para apreender documentos ou objetos que constituam elemento do corpo de delito.

de ponderar, até, que o defensor do acusado, dependendo do caso concreto, poderá figurar como sujeito ativo dos crimes previstos nos arts. 180 e 349 do CP

(receptação e favorecimento real).

É séria a ponderação de Garraud:

"o Advogado não poderia conservar um objeto furtado para entregá-lo ao ladrão

depois que este sair da prisão, ou para dele auferir benefício 25. E nas repartições publicas?

0 assunto tem dado margem a dúvidas.

João Mendes Júnior ensinava não ser lícito às Autoridades Policiais, nem mesmo às Judiciárias, procederem a buscas e apreensoes nas repartições públicas. Na

hipótese de necessidade de buscas para exame de quaisquer esclarecimentos necessários aos processos criminais, tais buscas deverão ser feitas à requisição das

Autoridades, porém por empregados da repartição ou peritos nomeados pelo governo (João Mendes Jr., Processo, cit., v. 2, p. 68).

Galdino Siqueira seguiu as pegadas do mestre João Mendes Jr., citando, inclusive, em reforço do seu ponto de vista, o Decreto de 164-1847

(Galdino Siqueira,

Curso, cit., 1939, p. 181-2).

Bento de Faria diz que é possível, mas a Autoridade Judiciária deverá requisitar dos respectivos chefes o que for procurado (Comentários ao Código de Processo

Penal, v. 1, p. 319).

Estamos, também, seja possível tal diligência, quando realmente se fizer necessária, devendo a Autoridade (Policial ou Judiciária) comunicar-se com o respectivo

Ministro ou Secretário, ou até mesmo com o chefe de serviço, requisitando o objeto da busca e apreensão. Se, ainda assim, não for atendida, nada impede se proceda à

diligência. Neste sentido, veja-se Rogério Lauria Tucci, Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro, Saraiva, 1978, p. 264.

De observar que o CPC permite a penhora dos bens do executado, ainda que

estejam em repartições públicas. Ora, se o Processo Civil -onde estão em jogo

interesses disponíveis - permite se faça a penhora em bens do executado ainda que estejam em repartições públicas, não se pode negar possam ser realizadas buscas nas

referidas repartições, dada a natureza eminentemente pública dessa providência cautelar.

26. Apreensão em território sujeito a jurisdição alheia A tal respeito, assim dispõe o art. 250:

"A autoridade ou seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no

seguimento de pessoa ou coisa, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência ou após, conforme a urgência desta".

0 executor deverá, comumente, apresentar-se à competente Autoridade local, antes da diligência, a fim de que tal Autoridade se inteire da legalidade do auto.

Entretanto, se essa providência puder acarretar a frustração da diligência, esta poderá ser realizada, e, em seguida, os executores deverão apresentar-se à competente

Autoridade local para dar-lhe conhecimento do fato e da legalidade da medida.

Por outro lado, como saber se a Autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou da coisa? 0 próprio Código de Processo responde à questão:

"Entender-se-á que a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa, quando:

a) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista;

b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em

determinada direção, forem ao seu encalço" (art. 250, § 1.', a e b).

Por derradeiro, convém consignar a regra contida no § 2.' do art. 250 do CPP:

"Se as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade das pessoas que, nas referidas diligencias, entrarem pelos seus distritos, ou da

legalidade dos mandados que apresentarem, poderão exigir as provas dessa legitimidade, mas de modo que não se frustre a diligência".

capítulo 45

Da Prisao e da Liberdade

ProvisÓria

SUMARIO: 1. Conceito. 2. Prisão-pena e prisão sem pena. 3. A prisão-pena.

4. A pena de reclusão. A pena de detenção. 5. A prisão-pena nas contravenções. 6. Prisão na Lei de Imprensa. 7.

Prisão-albergue. 8. Prisão sem pena. 9. A prisão cautelar de natureza processual. 10. Princípios constitucionais. 11. Disposições gerais. 12. A Autoridade competente. 13. Prisão temporária. 14. A ordem escrita. 15. Duplicata. 16. Prisão realizada por mandado. 17. Prisão solicitada por precatória. 18. Prisão solicitada por telegrama. 19.

Prisão solicitada por telefone. 20. Prisão em outra comarca. 21. Custódia. 22. Perseguição material. 23. Realização da prisão por mandado.

24. Momento para a realização da prisão. 25. Inviolabilidade do domicílio. 26. Uso da força. 27. Prisão especial. 28. Interpretação restritiva.

1. Conceito

Em princípio, prisão é a supressão da liberdade individual, te clausura.

É a privação da liberdade individual de ir e vir; e, te vista a denominada prisão-albergue, podemos definir a prisão privação, mais ou menos intensa, da

liberdade ambulatória.

2. Prisão-pena e prisão sem pena

Esse conceito abrange as duas espécies de prisão: a prisão como pena, ou prisão-sanção, isto é, a decorrente de sentença penal condenatória, utilizada como meio

de repressão aos crimes e contravenções, e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena.

3. A prisão-pena

A prisão-pena (prisão ad poenam) é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal (cf. Cuello Callón, apud

Basileu Garcia, Instituições de direito penal, v. 1, t. 2, p. 405). Ela é imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como

retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada. Sua finalidade é manifestamente preventiva: se o cidadão comete uma infração penal

sujeita à pena privativa de liberdade, proferida sentença condenatória, deverá ele ser segregado, afastado do convívio social, como retribuição pelo mal cometido.

A prisão adpoenam, isto é, resultante de sentença penal condenatória, apresenta-se no nosso Direito sob várias formas: a) pena de reclusão e pena de detenção,

previstas no CP; b) prisão simples, disciplinada na Lei das Contravenções Penais; c) a prisão referida no art. 240 do CPPM; e, finalmente, d) a prisão especialíssima

dos jornalistas, de que cuida o parágrafo único do art. 66 da Lei n.

5.250, de 9-2-1967.

As penas privativas de liberdade, "surtout depuis le début du XIX ème siècle sont devenues la pierre angulaire de tout le système répressif' e, segundo Hugo

Auler, permitem um sistema de gradações que melhor atende aos princípios da individualização das penas e aos fins de readaptação social (cf. Da suspensão

condicional da pena, Forense, 1957, p. 152).

Com a reforma penal, introduzida pela Lei n. 7.209/84, embora fossem mantidas as penas de reclusão, detenção e prisão simples, o certo é que as penas de

reclusão e detenção, que eram as mais severas, sofreram um abrandamento sensível. Tal como se frisou na Exposição de Motivos do citado diploma legislativo, uma

política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz

de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Essa filosofia importa, obviamente, na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou

crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se

encontra no amago dos sistemas penais de todo o mundo. 0 que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

4. A pena de reclusão. A pena de detenção

Na Justiça Comum, a pena de reclusão é a mais severa e, por isso 1

mesmo, cominada aos delitos mais graves. Contudo a reforma penal abrandou-a sensivelmente. Ela deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto.

Regime fechado é aquele em que a execução da pena se faz em estabelecimento de segurança máxima ou média. Quando a execução se faz em colônia agrícola,

industrial ou estabelecimento similar, diz-se semiaberto o regime.

Aberto, quando se faz a execuçao em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Quando a

pena de reclusão imposta na sentença for superior a 8 anos, o condenado deverá começar a cumpri-Ia em regime fechado (Penitenciária, Casa de Detenção, Cadeia

Pública). Dependendo do seu comportamento, da sua maior ou menor periculosidade, poderá ele passar para o regime serni-aberto e, por último, para o regime aberto.

Tudo dependerá do mérito do próprio condenado.

Quando a pena de reclusão imposta for superior a 4 anos e não exceder a 8, não sendo reincidente o condenado, dependendo da maior ou menor reprovabilidade

da sua conduta, da sua vida pregressa, da sua personalidade, conseqüências do crime, motivos e circunstâncias do crime, poderá o cumprimento da pena começar pelo

regime semi-aberto e terminar no aberto, tudo dependendo do comportamento do preso. Sendo reincidente, não obstante a pena não exceda a 8 anos, esta será iniciada

no regime fechado e, progressivamente, poderá terminar no aberto. Quando a pena imposta for igual ou inferior a 4 anos, não sendo reincidente, será cumprida

integralmente no regime aberto. Sendo-o, o cumprimento será iniciado no regime fechado, passa para o senii-aberto e termina no aberto, tudo dependendo, como é

óbvio, de sua conduta. E se a pena não exceder a 4 anos, poderá até ser beneficiado com simples pena restritiva de direitos, conforme o disposto no art. 44, 11, do CP,

com a redação dada pela Lei n. 9.714/98.

No regimefechado, o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. 0 trabalho será em comum, dentro no

estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado. Será possível o trabalho externo em serviços ou obras

públicas.

No regime semi-aberto, o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. É

admissível o trabalho externo, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

No regime aberto, o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada,

permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Em se tratando de detenção, os condenados devem cumprir a pena em regime semi-aberto em duas hipóteses: a) qualquer que seja a quantidade da pena, se

reincidentes; b) se primários, desde que a pena seja superior a 4 anos (CP, art. 33, caput, e § 2.', b).

Ao lado das penas de reclusão, detenção e prisão simples, criaram-se, as penas restritivas de direitos, (cf. a Lei n. 9.714, de 25-111998, que deu nova redação

aos arts. 43 a 47, 55 e 77 do CP), a saber: 1) prestação pecuniária; 2) perda de bens e valores; 3) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; 4)

interdição temporária de direitos; e 5) limitação de fim de semana.

Tais penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: "I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro

anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente

em crime doloso; 111 - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a

personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indica~ rem que

essa substituição seja suficiente".

Se a condenação for igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena

privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Sendo o condenado reincidente, o juiz poderá aplicar a substituí-

ção, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja social-mente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Consiste a prestação pecuniária no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinaçao social, de importância

fixada pelo Juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. 0 valor pago sera deduzido do montante de eventual

condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-a, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá

como teto, o que for maior, o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em conseqüência da prática do crime.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade e consiste na atribuição

de tarefas gratuitas ao condenado. Essa prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos

congêneres, em programas comunitários ou estatais. Tais tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de

tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado

cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. Quanto à interdição temporária de direitos, as

penas são: a) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; b) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício

que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; c) suspensão de autorizaçao ou de habilitação para dirigir veículo; d) proibição de

freqüentar determinados lugares.

Outro traço diferencial entre a reclusão e a detenção é assinalado pelo CPP: as infrações apenadas com reclusão, quando o mínimo cominado for superior a 2

anos, não admitem fiança (art. 323, 1, com a redação dada pela Lei n.

6.416, de 24-5-1977). Entretanto as apenadas com detençao comportam-na.

Os crimes apenados com reclusão sujeitam-se a um procedimento mais solene (CPP, arts. 394/405 e 4981502, parágrafo único) e até mesmo soleníssimo (CPP,

arts. 3941497). Já os crimes apenados com detenção, de regra, a um procedimento sumário (CPP, art. 539).

Atente-se para a circunstância de que, quando o CP cuida da reincidência, para não permitir abrandamento ou substituição de regime, refere-se à circunstância de

o réu ter sido, anteriormente, condenado por sentença transitada em julgado por um crime, ainda que no estrangeiro. Assim, se houve trânsito em julgado e, depois, é

que ele vem a cometer novo crime, estamos em face de reincidência.

Evidente, por outro lado, que a condenação anterior será irrelevante para a caracterização da

reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido tempo superior a 5 anos. Mesmo que o réu estivesse em regime

de sursis ou de livramento, se não houve revogação, computa-se, também, esse tempo.

Se o réu, entretanto, einjunho de 1983 cometeu um furto, em agosto do mesmo ano, lesão corporal e, em setembro de 1984, por exemplo, um estupro, é de

indagar: anteriormente havia sido ele condenado irrecorrivelmente? Não.

Quando cometeu a lesão corporal já havia transitado em julgado sua condenação pelo furto?

Obviamente não. Quando da prática do estupro, aquelas eventuais condenações por furto ou lesão transitaram em julgado? Também não. Logo, não é reincidente. Para

que se cuide de reincidência em termos de CP é preciso que, ao praticar um crime, o agente já tenha sido definitivamente condenado anteriormente, por outro crime,

respeitadas aquelas ressalvas previstas nos incs. 1 e 11 do art. 64 do CP, isto é, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da

pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5

anos, computado o período de prova da suspensão ou livramento condicional, se

não ocorrer

revogação, e, finalmente, não se consideram os crimes núlitares próprios e os políticos. Os crimes políticos são os que ofendem a organização política do Estado ou

um interesse político do cidadão. Esses crimes, hoje, estão disseminados no Código Eleitoral e na Lei de Segurança Nacional. Os crimes militares próprios são aqueles

definidos apenas no CPM (arts. 9.', 1, e 10, 1). Já os militares impróprios são aqueles previstos no CPM e também, com igual definição, no CP comum, e que se

tornam militares em face de qualquer das circunstâncias do art. V, 11, do CPM.

Já no campo das contravenções, a matéria vem disciplinada de modo diverso no art. 7.0 da Lei das Contravenções: "Vérifica-se a reincidência quando o agente

pratica uma contravenção depois de passar emjulgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de

contravenção".

5. A prisão-pena nas contravenções

Tratando-se de contravenção, a única pena restritiva de liberdade é denominada "prisão simples", que, nos termos do art. 6." da LCP, deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão

comum, em regime semi-aberto ou aberto.

Evidente, pela quase nenhuma gravidade que apresenta a contravenção, que regra geral o Juiz convola a prisão simples em multa, ou simplesmente em pena

restritiva de direitos.

Cumpre assinalar que, de acordo com a Lei de Execução Penal, somente poderá

ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a

possibilidade de fazê-lo imediatamente e apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se,

com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Bem poderá o Juiz estabelecer determinadas condições para a concessão do regime aberto, sem prejuízo destas, que são obrigatórias: 1) permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; 2) sair para o

trabalho e retornar, nos horários fixados; 3) não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial; 4) comparecer a juízo, para informar e justificar suas

atividades, quando for determinado.

Às vezes, a lei permite que o regime aberto seja cumprido na própria residência. Dá-se quando: 1) o condenado for maior de 70 anos; 2) o condenado for

acometido de doença grave; 3) tiver a condenada filho menor ou deficiente físico ou mental; 4) for a condenada gestante (cf. Lei de Execução Penal, art. 117).

E perguntamos nós: e se na cidade não houver Casa de Albergado ou estabelecimento adequado? Por evidente que o condenado não tem nenhuma culpa em face

da inércia do Governo em não diligenciar a construção de Casa de Albergado. Logo, é lícito, também, que nessa hipótese ocorra o recolhimento na própria residência.

6. Prisão na Lei de Imprensa

Finalmente, a prisão especialissima dos jornalistas, que deve ser cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados a réus de crimes comuns e sem

sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário, consoante a regra do parágrafo único do art. 66 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9-2-1967). óbvio

que tal

prisão só terá lugar, apenas, se imposta por crimes de imprensa.

7. Prisão-albergue

Cumpre assinalar que o Estado de São Paulo, graças aos ingentes esforços do Prof. Alípio Silveira, e à maneira do que ocorre em vários países do mundo, foi

pioneiro na "prisão-albergue", muito antes da sua adoção pelo legislador federal, por meio da Lei n. 6.416/77 e da reforma penal.

A prisão-albergue consiste em poder o condenado trabalhar fora do estabelecimento penal, em qualquer serviço, ainda que por conta própria, dês que a atividade

seja lícita e adequada. À noite, ou nos dias em que não houver trabalho (domingo, p. ex.), o albergado é recolhido à seção especial da cadeia, onde não haja casa do

albergado. Excepcionalmente, se não houver, nos presídios, seção especial nem, nas cornarcas, casa do albergado, o albergamento, durante o período noturno e nos

dias em que não houver trabalho, dar-se-á em seu próprio domicílio.

Idêntica providência pode ser tomada no caso de estar o albergado acometido de moléstia grave.

Quando da ida para o trabalho, ou mesmo durante este, não há escolta nem vigilância.

8. Prisão sem pena

Ao lado da prisão-pena, isto é, prisão decorrente de sentença penal condenatória, temos ainda a prisão sem pena, que, como o próprio nome está a indicar, não

deflui de condenação. Essa modalidade de prisão, entre nós, é de imensa variedade, cuja classificação não apresenta uniformidade. Temos, por exemplo, a

prisão civil,

assim denominada não só porque decretada pelo Juiz do cível, como também pelo fim a que visa, nas hipóteses previstas nos arts. 35, 37, 60, § 1.', e 69, §§ 5.' e 7.', da

Lei de Falências; quando ocorrer a hipótese do art. 733 e § 1.0 do CPC; a prisão do depositário infiel, prevista no art. 1.287 do CC e no art. 904, parágrafo único, do CPC; a prisão do retentor de título prevista no art. 885, parágrafo

único, do CPC; a prisão cautelar de natureza administrativa tratada nos arts. 69 e 81 da Lei n. 6.815, de 19-8-1980 (Estatuto dos Estrangeiros), pertinentes à expulsão e

extradição; a prisão cautelar de natureza constitucional prevista no art.

139, li, b, da CF, admitida durante o estado de sítio; a prisão cautelar de natureza processual que

se apresenta sob cinco modalidades: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva stricto sensu; c) prisão temporária; d) prisão resultante de pronúncia; e e) prisão

decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

Há, todavia, quem prefira denominar prisão compulsiva as previstas nos arts. 35, 37, 60, § 1.% e 69, §§ 5.' e 7.', da Lei de Falências, e as referidas nos arts. 733, §

1.% 885, parágrafo único, 904, parágrafo unico, do CPC. Compulsiva seria, também, a prevista no art. 50 do CCom. E a denominação compulsiva deriva da

circunstância de ser ela cominada à abstenção de determinado ato.

9. A prisão cautelar de natureza processual

Para o nosso estudo, entretanto, só nos interessa a prisão cautelar, de naturezaprocessual, ou cárcere ad custodiam, como a chamavam os canonistas. E aquela

prisão anterior à condenação e que, segundo Manzini, "consiste en una

limitación más o menos intensa de Ia libertad física de una persona, por una finalidad procesal

penal".

A prisão sem pena, de que cuidamos, nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real - como

as buscas e apreensões, seqüestro, arresto etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal. Es una especie de autodefensa del

propio ordenamiento jurídico, ante el peligro de que sea burlado, na justa observação de Vélez Mariconde (cf. Estudios, v. 2, p. 429).

No Direito Processual Penal pátrio, essa execução cautelar de natureza pessoal, ou prisão cautelar de índole processual, apresenta-se sob aquelas cinco

modalidades: prisão preventiva stricto sensu, prisão em flagrante, prisão temporária e as prisões resultantes de pronuncia e de sentença condenatória recorrível. Fala-se

em prisão preventiva stricto sensu, referindo-se àquela prevista no art.

3 11 usque 3 16 do CPP para extremá-la das demais prisoes cautelares, porquanto, a rigor, todas

elas

são preventivas. Se a prisão em flagrante e a prisão resultante da pronúncia têm, por finalidade, de modo geral, evitar o periculum in mora, sua função é cautelar;

sendo-o, elas são preventivas... Todavia, como existe, entre nós, prisão cautelar com o nomen juris de preventiva e se, a rigor, todas são acautelatórias, preventivas,

portanto, será melhor denominarmos aquela prisão cautelar, a que se refere o CPP nos arts. 311/316, prisão preventiva stricto sensu.

Sem embargo do caráter cautelar que essas prisões apresentam, 10. Princípios constitucionais

Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la. Quando da estruturação da Magna Carta, em que se faz a composição do Poder Público, Procura-se delimitar o que podem ou não podem fazer os órgãos que o exercem, e, ao mesmo tempo, estabelecem-se barreiras intransponíveis para a tutela e resguardo dos chamados direitos fundamentais do homem, impedindo

não há, no nosso Direito Processual Penal, um processo cautelar distin-que o mau uso do Poder Público possa causar-lhes qualquer lesão.

Mas,

to do processo principal, tal como existente no Processo Civil. As me-se os homens pautassem os seus atos de acordo com a lei, "se compreen

didas cautelares, no processo penal, sujeitam-se a procedimento distin-dessem sem erros os seus direitos e cumprissem, sem falhas nem d , e

to exclusivamente quando disserem respeito às medidas assecuratórias moras, os seus deveres, o poder público não teria razão substancial de

que visam a resguardar a satisfação do dano emergente da prática de ser". Conclui-se, pois, que o Poder Público existe, precipuamente, para

uma infração penal. No que tange à prisão, não. Elas resultam, então, manter a ordem e assegurar os direitos de todos. Por outro lado, o de mera atividade administrativa. Às vezes, a providência cautelar tem ordenamentojurídíco proíbe determinadas condutas, cominando, como caráter jurisdicional-contencioso; outras vezes, de simples jurisdição sanção, a privação da liberdade. Determinadas condutas anti-sociais sem demanda. Assim, por exemplo, quando se requer a prisão preven-não poderiam ser punidas com outra sanção que não aquela. Assim, na tiva, estamos em face de uma ação cautelar que será apreciada pelo defesa da ordem, que o Estado deve preservar, natural tenha o Poder Juiz. Quando este a decreta, ex officio, outra coisa não faz senão exer-Público o dever de impor limitações mais ou menos intensas à liberda

cer aquilo que se denomina jurisdição sem ação. Diga-se o mesmo em de individual, conquanto o faça dentro nos limites do tolerável.

se tratando de prisão resultante de pronúncia ou, até mesmo, quando Sabe-se que a liberdade não é o direito de alguém fazer o que bem ela decorrer de uma sentença condenatória recorrível. Neste último caso, quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe. Sem os

ela apresenta um caráter misto de cautelar e sanção. As vezes, a provi-freios da lei, a liberdade desenfreada conduziria ao tumulto, à anarquia,

dência é tomada administrativamente, tal como ocorre com a prisão em ao caos, enfim. Daí permitir-se, na Magna Carta, a restrição à liberda

flagrante. Neste caso, à evidência, a Autoridade Policial, ao presidir à de, dês que tal restrição se faça com comedimento, dentro nos limites

lavratura do auto de prisão em flagrante, está exercendo excepcionais do indispensável, do necessário e, assim mesmo, cercada de reais garan

funções próprias do Juiz, porquanto lhe cabe apreciar a lide cautelar, tias para que se evitem extralimitações do Poder Público.

formada entre a vontade do Estado, no sentido de recolher-se à cadeia Proclama a Constituição no art. 5.0, LXI, "que ninguém será preso aquele surpreendido em flagrante, para assegurar o cumprimento da senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da auto pena a ser-lhe imposta, e o direito de liberdade do indiciado. Evidente ridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar

que aAtitoridade Policial, aí, aprecia, como se Juiz fora, a lide cautelar-ou crime propriamente militar, definidos em lei". Embora a Magna

Carta

Se, após a lavratura do auto, concluir pela inexistência de fato típico, silencie, é induvidoso que aAutorídade Judiciária competente só pode

ou mesmo se não houver indícios de ter sido o conduzido o autor da rá fazer

expedir ordem de prisão - que deve ser fundamentada - nos infração, cumprir-lhe-á relaxar a prisão, como se infere pela leitura do casos previstos em lei, mesmo porque, ainda de acordo com o art.

5.',

art. 304, § LO, do CPP, visto pelo avesso. Dúvida não há de que a Auto-LIV, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido

rídade Policial, no caso, exerce excepcionais funções próprias do Juiz.

processo legal", e, como o devido processo legal é garantia que com Precariamente, claro, mesmo porque caberá ao Juiz o exame in continenti preende o direito preestabelecido, evidente que os casos de prisão são

da solução dada à lide cautelar, como prevê o art. 5.', LXI, da Magna aqueles previstos no ordenamento jurídico. Cabe, pois, à lei explicitar

Carta.

as várias hipóteses em que é lícito decretar-se a privação da liberdade

do cidadão. A Carta Maior veda, pois, terminantemente, qualquer prisão ou detenção cuja ordem não provenha da Autoridade Judiciária competente. A única ressalva

que faz, no que respeita à exigência de ordem escrita, diz respeito às transgressões militares ou crimes propriamente militares, quando, então, a ordem poderá provir

da autoridade militar competente. A outra ressalva é o flagrante. Sem que haja flagrante - e o conceito deste é dado pela lei processual -, ninguém poderá ser preso ou

detido sem ordem escrita da Autoridade Judiciária competente.

Cabe, pois, ao legislador ordinário gizar os contornos doflagrante delito, estabelecendo-lhe, inclusive, as formalidades. A lei dispõe sobre o estado de flagrância.

Fora daí, a prisão é manifestamente ilegal. Quando. a Constituição emprega a expressão flagrante delito, ela o faz no sentido tradicional: é o delito que se vê praticar

"ou em circunstâncias tais que justifiquem afirmar-se que o agente estava a praticá-lo". Mesmo no caso de fuga, sempre se entendeu, entre nós, haver flagrância, 44se

quem cometeu o delito não conseguiu afastar de si as circunstâncias imediatas que importem convicção de ter sido o autor". Desta noção não pode afastar-se a lei.

Salvante a hipótese de flagrante delito, em que, por razões óbvias, se dispensa a ordem escrita, em todos os demais casos, esta, emanada da Autoridade Judiciária,

é constitucionalmente indispensável. É preciso, pois, haja uma ordem escrita emanada de Autoridade Judiciária competente. E mais: a hipótese deve estar prevista em

lei. A Lei Maior não diz bem assim, como o fazia a Carta de 1946, mas é evidente não poder uma Autoridade, por mais competente que seja, determinar a prisão de

alguém, se a espécie não for prevista em lei. 0 princípio do due process of law funcionaria como um freio.

Cabe, pois, à lei ordinária dizer quais as hipóteses em que se permite a prisão, quais as formalidades da ordem escrita.

Mesmo adn-útindo a privação da liberdade individual, a Carta Magna, por outro lado, procurou resguardar o cidadão de toda e qualquer extralimitação do Poder

Público. Daí os direitos consagrados no art. 5.', 111, XLIX, LIV, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI. Verbis:

"Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

moral."

"É assegurado aos presos o respeito à integridade física e

"Ninguem sera privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

"A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à failia do preso ou à pessoa por ele indicada."

mi,

"0 preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."

"0 preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial."

"A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária."

"Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança."

A comunicação ao Juiz Competente de toda e qualquer prisão, ainda que por ele ordenada, deve ser feita à Autoridade Judiciária, precisamente para que haja um

rigoroso controle quanto à sua legalidade, e para que ele possa, sem tardança, observar se foram, ou não, cumpridas as formalidades legais. Se a prisão não for legal, o

Juiz deverá tomar duas providências: a) determinar a soltura do preso, relaxando, assim, a prisão; b) encaminhar ao órgão do Ministério Público as peças

comprobatórias da ilegalidade, a fim de que se promova a responsabilidade do funcionário atrabiliário, nos termos do art. 4.", a, da Lei ri. 4.898, de 9-12-1965. E esta

lei prescreve ainda: 1.') se não for feita a comunicação, imediatamente, responderá, criminalmente, a Autoridade omissa ou negligente, nos termos da letra c do art. 4.'

da referida lei; 2.') se o Juiz, recebendo a comunicação, não relaxar a prisão, a despeito da sua ilegalidade, responderá, também, criminalmente, nos termos da letra b

do art. 4.' do citado diploma.

• prisão, pois, há de ser conforme à lei.

• Constituição ainda consagrou e erigiu à categoria de dogma o instituto da fiança e o habeas corpus. A primeira, como medida de contracautela, para, em

determinados casos, suavizar os rigores da prisão provisória, e o habeas corpus, como remédio pronto e eficaz para fazer cessar qualquer restrição ou ameaça de

restrição à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

11. Disposições gerais

Antes de focalizar a prisão cautelar de natureza processual e seguindo a sistemática do nosso CPP, analisemos as disposições gerais sobre a prisão, sobre qualquer

prisão, matéria contida nos arts. 2821300 do referido diploma.

A primeira regra a ser observada é a repetição da garantia constitucional: "À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de

pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita de autoridade competente". Melhor seria que o legislador dissesse: "A exceção do flagrante

delito, a prisão somente poderá efetuar-se nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita de Autoridade competente", e isso porque a prisão proveniente de

pronúncia é um dos casos determinados em lei...

A exigência da ordem escrita de Autoridade competente é uma garantia para o cidadão, evitando, desse modo, o arbítrio, os excessos e descomedimentos dos

órgãos agentes do Estado. E, por isso mesmo, para jugular e coibir possíveis abusos, a Constituição determina, no art. 5.', LXII: "a prisão de qualquer pessoa e o local

onde se encontre serão

comunicados imediatamente ao juiz competente

precisamente para

que aAutoridade Judiciária, incontinenti, relaxe a prisão ilegal (CF, art.

5.', LXV).

Falava a Constituição anterior emprisão ou detenção. Aquela sendo a supressão da liberdade ambulatória mediante clausura, e esta, simples privação da liberdade,

sem recolhimento a prisão e por breve tempo (cf. Tornaghi, Manual, v. 1, p. 218). 0 legislador constituinte, entretanto, entendeu que numa hipótese e noutra há

privação da liberdade. Em ambas as hipóteses prisão há, e, por isso, a comunicação deve ser feita imediatamente. Assim, tanto num como noutro caso, deverá haver a

imediata comunicação à Autoridade competente para apreciar a sua legalidade, e a Autoridade, nesse caso, é o Juiz, como diz o dispositivo constitucional supracitado.

Já a Constituição Imperial, no art. 179, X, rezava: "A exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade

legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a lei determinar".

E o Código Criminal de 1830 incluía no rol dos delitos: 1

"Ordenar a prisão de qualquer pessoa sem ter para isso competente Autoridade",

bem como "mandar qualquer Juiz prender alguém fora dos casos permitidos

nas leis".

Esses princípios foram mantidos no Direito atual.

12. A Autoridade competente

Dizendo o art. 282 do CPP que a ordem escrita deve emanar de Autoridade competente, pergunta-se: quem é essa Autoridade competente?Até a Constituição de

1988, a ordem escrita podia emanar, inclusive, de autoridade administrativa, como nas hipóteses tratadas no art. 319 do CPP e nos Estatutos dos Funcionários

Públicos. Após a promulgação daquele diploma maior, à exceção de transgressões militares e crimes militares próprios (quando, então, a ordem pode partir de autoridade militar), a única autoridade competente para fazer expedir ordem de prisão, e assim mesmo fundamentada, é a autoridade judiciária. Ninguém mais.

Em edições anteriores, entendíamos que as hipóteses de prisões administrativas ainda estavam em vigor, mesmo após o advento da Carta Magna de 1988, apenas

com uma diferença: a competência para decretáIas passara para a autoridade judiciária. Evidente o equívoco. Não faz sentido um Prefeito Municipal, pretendendo prender, administrativamente, um funcionário municipal, remisso ou omisso em entrar para os cofres municipais com os

dinheiros a seu cargo, impossibilitado de fazêlo pela nova ordem constitucional, pudesse dirigir-se ao Juiz para que o fizesse...

Assim, as prisões administrativas não são toleradas. E verdade que quando se trata de extradição ou expulsão de estrangeiro, e cuja prisão administrativa era

decretada pelo Ministro da Justiça, poderá ser decretada pelo respectivo Ministro Relator do STE Aqui, a nosso juízo, a prisão administrativa (assim considerada porque decretada pelo Ministro da Justiça), embora mantida, perdeu esse caráter. Quando se cuida de extradição ou expulsão, o respectivo processo tramita pelo

Supremo Tribunal Federal, não

mais podendo o Ministro da Justiça decretar a prisão do extraditando ou expulsando, e como o Ministro Relator é o competente para a prática dos atos instrutórios

desse processo, a necessidade do ato coativo deslocou-se para ele. Daí essa v. decisão do STF: "... tendo em vista que o processo e julgamento da extradição compe

tem ao STF, caberá, einface do texto constitucional vigente, ao relator da extradição, que é a autoridade judiciária a quem cabe a prática dos atos da instrução desse processo, a decretação da prisão do extraditando nos casos previstos na Lei n. 6.815180". E, mais adiante, esclareceu: "Por outro lado, no caso de urgência, disciplinado pelo art.

81 da Lei n. 6.815/80, o pedido de prisão preventiva do extraditando deverá ser encaminhado a esta Corte pelo titular do Ministério da Justiça, e ao relator sorteado - que ficará prevento para o processo judicial da extradição que vier a ser formalizado no prazo de 90 dias - competirá decidi-lo" (RT, 6381335).

Toda e qualquer prisão, pois, só poderá efetuar-se mediante ordem escrita daAutoridade competente. A ausência de ordem implica exercício arbitrário ou abuso de autoridade, definido como crime na letra a do art. 4.' da Lei n. 4.898, de 9-12-1965. Excetuam-se: a) Os casos de prisão em flagrante. Na verdade - e isto salta aos olhos -

não se poderia exigir ordem escrita de Autoridade competente a fim de efetuar-se a prisão em flagrante, sob pena de, quando conseguida a ordem, não se pudesse lavrar o auto de prisão em flagrante, em face do desaparecimento do estado de flagrância...

b) As detenções de ébrios e insanos mentais autorizadas nos regulamentos policiais e que "por si mesmo se justificam como providência ditada por um estado de necessidade". As detenções dos primeiros, até passar a carraspana, e as dos segundos, até que se providencie seu intemamento em casa de tratamento, tornam-se medida profilática que, a despeito da ilegalidade (a lei não prevê expressamente tais modalidades de detenção), é fartamente usada com o apoio

silente de Juízes e membros do Ministério Público, por razões que dispensam quaisquer comentários.

c) Também a recaptura de réu evadido não depende de prévia ordem judicial, e poderá ser efetivada por qualquer do povo. Na verdade, se o réu estava preso, das duas uma: ou o foi em virtude de flagrante ou de ordem escrita de Autoridade competente. Fugindo, poderá ser recapturado por qualquer pessoa. Exigir-se, nesse caso, nova ordem seria render imoderada vassalagem à lei. E se estivesse ele preso em virtude de flagrante? Como poderia ser expedida ordem de prisão?

d) Na hipótese prevista no art. 139, 11, da Magna Carta (prisão cautelar de natureza constitucional), também não se exige ordem escrita. E seria esdruxularia se a lei o fizesse...

e) Finalmente, outra hipótese singular é aquela prevista no art. 287 do CPP, em que, a rigor, será possível a prisão do cidadão, sem que, no ato da captura, a ordem esteja em mãos do captor.

Salvante essas hipóteses, haverá sempre indeclinável necessidade da ordem escrita da Autoridade Judiciária competente para efetuar-se a prisão, seja em virtude de pronúncia, seja em qualquer outro caso determinado em lei. Di-lo o art. 282 do CPR

Quais são os casos determinados em lei?

1 .) a prisão resultante de sentença penal condenatória (CPP, art. 393, 1);

2.") a prisão preventiva stricto sensu, prevista nos arts. 311 a 316 do CPP;

3.') a prisão resultante de pronúncia (CPP, art. 408, § L') já prevista expressamente no art. 282;

4.') a prisão compulsória decretada pelo juízo cível (e por isso denominada prisão civil), prevista no art. 1.287 do CC, combinado com o art. 904 e parágrafo único do CPC - é a prisão civil do depositário infiel;

5.') a prisão compulsória decretada pelo juízo cível na hipótese prevista no art. 885, parágrafo único, do CPC (é a prisão civil de retentor de título);

e

6.') a prisão do alimentante - também de natureza com pulsória - decretada pelo juízo cível, nos termos do art. 733,

§ 1.0, do CPQ

7.') a prisão compulsória decretada pelo juízo cível contra o falido ou síndico, nos termos dos arts. 60, § L% 69, §§ 5.'

7.', e 37 da Lei de Falências;

V) a prisão cautelar prevista nos arts. 69 e 81 da Lei n.

6.815/80 (até então decretável pelo Ministro da Justiça); 9.') a prisão compulsória tratada no art. 50 do vetusto Código Comercial;

10.") as prisões disciplinares previstas no art. 35 da Lei de Falências e no parágrafo único do art. 656 do CPP; neste último caso, sendo a desobediência apenada

com detenção, e não comportando esta prisão preventiva, salvo nas hipóteses previstas nos incisos 11 e 111 do art. 313 do CPP, é induvidoso que a prisão de que trata

o parágrafo único do art. 656 do estatuto processual se reveste de indisfarçável caráter disciplinar;

11.0) a prisão temporária, prevista na Lei n. 7.960, de 2 1 -12-1989.

13. Prisão temporária

Ao lado da prisão em flagrante, da prisão preventiva, da prisão resultante de pronúncia e da prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível,

instituiu-se, após o advento da liberal Constituição de 1988, outra modalidade de prisão: a "prisão temporária".

Como se trata de prisão decretada antes da sentença condenatória, ela se inscreve

na modalidade de "prisão cautelar", mesmo sem ofumus bonijuris e até mesmo

o periculum in mora... Toda e qualquer prisão somente poderá ser decretada pelo Juiz. E esta o é. Logo, não se pode dizer, sob esse aspecto, seja ela inconstitucional.

Mas, em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal conderiatória, elevado a dogma

constitucional, não faz sentido restringir-se a liberdade ambulatória do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. Sob esse aspecto, ela é supinamente

inconstitucional. No Governo Costa e Silva e no Governo Geisel (períodos de exceção) houve várias tentativas visando à criação daprisão para averiguações, coisa,

aliás, que na prática existia e continua existindo. Contudo, aqueles que por ela propugnavam não lograram êxito... Passado o período da ditadura, o governo democrático a instituiu com o nome de "prisão temporária".

Inicialmente foi encaminhada ao Congresso "medida provisória" instituindo essa espécie de prisão cautelar. Naquele diploma permitiase, inclusive, a decretação

da incomunicabilidade. 0 legislador, entretanto, afastou tal providência extrema, mesmo porque, se no Estado de Defesa, de que tratam os arts. 136

e s. da CF, onde se

tomam medidas enérgicas, o Poder Constituinte vedou a incomunicabilidade (CF, art. 136, § 1% IV), não teria sentido fosse adotá-la numa simples investigação

policial.

De qualquer sorte, mesmo sem a incomunicabilidade, a prisão temporária é medida odiosa e arbitrária, porque decretada sem real necessidade.

Na França, nos idos de 1970, o legislador indagava se o cidadão deveria permanecer em liberdade, ou, ao contrário, se deveria ser preso durante a fase da

investigação até a solução do processo. Se de um lado havia interesse geral da repressão, no combate à criminalidade, do outro lado havia o interesse em se respeitar a

liberdade individual e somente admitir-se a detenção depois de provada sua responsabilidade.

Havia dois interesses. Como conciliá-los? A Lei francesa de 17-71970

soube conciliá-los, com a instituição do chamado "contrôle judiciaire".

Com tal controle

não se suprime a liberdade individual com a intensidade da prisão, apenas se estabelecem limitações que variam de acordo com a gravidade da infração e a

personalidade do delinqüente. 0 contrôle judiciaire, como o nome está a dizer, é uma providência do Juiz Instrutor, restringindo a liberdade ambulatória do acusado e

impondo-lhe certas obrigações visando não só ao seu comparecimento a todos os atos do processo, como também a fazer surgir e fortalecer seus esforços com vista à

reintegração social.

A pessoa sujeita ao contrôle judiciaire podem ser impostas uma ou varias obrigações. Dentre elas se destacam: a) não sair dos limites territoriais estabelecidos

pelo Juiz; b) não freqüentar determinados lugares; c) atender às intimações para os atos do processo; d) abster-se de se encontrar com determinadas pessoas etc. 0

descumprimento dessas obrigações pode implicar sua prisão temporária...

(cf. arts. 137 a 143 do Code de Procédure Pénale).

E por que razão preferiu o legislador francês o contrôlejudiciaire à

"prisão temporária"? Explica G. Brière de LÌsle:

',... sur le plan individuel, la détention contredit implicitement la présomption d'innocence dont bénéficie l'inculpé et crée à son encontre, dans le public, un soupçon de

culpabilité; elle consacre d'autre part une rupture, grave de conséquences, avec le milieu familial (dissociation temporaire du foyer) et professionnel (risque de perte

d'emploi)" (Procédure pénale, Ed. Armand Colin, 1972, t. 2, p. 127).

Entre nós o problema é o mesmo. Ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Embora seja certo que a prisão provisória não é dirigida aos considerados culpados, não é menos certo que ela só se justifica em casos de real necessidade, como é a

hipótese da preventiva. Que necessidade terá o Poder Público de decretar a prisão temporária? Qual a utilidade? Evitar que as provas se esfumem? E

o preso não pode

comunicar-se com o mundo exterior?...

Quando cabe a prisão temporária? Quem pode decretá-la? Em que momento pode ser decretada? Qual o prazo de sua duração? Poderá ser prorrogada?

Somente o Juiz, mediante representação daAutoridade Policial ou requerimento do Ministério Público, poderá decretá-la. Seu prazo máximo de duração é de 5

dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Em se tratando de crimes hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins, e de terrorismo, o prazo da prisão temporária é de

30 dias, prorrogável de mais 30, nos termos do § 3.' do art. 2.' da Lei n. 8.072190.

Os presos temporários, consoante o art. 3." do citado diploma, deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos. A mesma regra é

encontrada no art. 300 do CPP. Só que no diploma processual penal, o legislador foi mais sincero: sempre que possível... E, como todos sabemos, nunca é possível.

Em que hipóteses se admite a prisão temporária? Di-lo o art. 1.' da Lei n. 7.960189:

"Art. 1.' Caberá prisão temporária:

1 - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; 11 - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; 111 - 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.'); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1.' e 2.'); c) roubo (art.

157, caput, e seus §§

L', 2.' e 3.'); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ U' e 2."); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1.', 2.' e 3.');f) estupro (art. 213,

caput, e sua

i

Iw IM

combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo

único); h) rapto violento (art. 219 e sua combinação com o art. 223, caput, e

parágrafo único); i) epidemia com resultado morte (art. 267, §

U); j) envenenamento

de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285); 1) quadrilha ou bando (art. 288), todos

do Código Penal; m) genocídio (arts. 1.', 2.' e 3.' da Lei n. 2.889, de U'-101956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei ri. 6.368, de

21-10-1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei ri. 7.492, de 16-6-1986)".

Pela redação, percebe-se, com clareza, que os incisos 1 e 11 referem-se a toda e qualquer infração, e o 111, inclusive, àquelas ali enumeradas. A lei é clara,

embora possa conduzir ao absurdo. Não tanto absurdo para o legislador, uma vez que o art. 313, 11 e 111, do CPP permite prisão preventiva para simples infração

punida com detenção, pouco importando o mínimo ou máximo da pena cominada...

Parece que a doutrina e o direito pretoriano deixaram de lado a interpretação gramatical do texto legal, visando a restringir a medida odiosa apenas àqueles crimes

graves. Na verdade, a redação defeituosa leva o intérprete a conclusões aberrantes, mesmo que se faça a interpretação "lógica

Tanto é verdade que está em tramitação, no

Congres-

so, Projeto de Lei dando à Lei n. 7.960/89 outra redação, deixando bem claro que a prisão temporária somente poderá ser decretada naqueles crimes graves. Certo que a Exposição de Motivos restringe a medida apenas àquelas infrações elencadas no inc. 111 do art. U. Não é menos certo, também, que a Exposição de

Motivos não é lei, não tem força obrigatória e, às vezes, cria uma certa antinomia com o próprio texto.

Se se adotar outro tipo de interpretação, como parte da doutrina tem feito, louvavelmente até, embora com ginástica de inteligência, procurando delimitar as

hipóteses da prisão temporária àquelas infrações elencadas no inc. 111 do art. 1.' do referido diploma, apegando~se à Exposição de Motivos, teremos: 1) a prisão

temporária deverá ficar contida no círculo restrito daquelas infrações enumeradas no inc. 111 do art. 1.' do citado diploma; 2) o Juiz somente poderá decretá-la, mercê

de uma representação daAutoridade Policial ou de um requerimento do Ministério Público, quando houverfundadas razões pertinentes à auto ria ou participação; 3) é preciso se demonstre seja a medida imprescindível às investigações policiais, ou 4) não tenha o indiciado residência fixa ou, ainda que possua

domicílio certo, não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; 5) a medida odiosa poderá ser decretada no máximo até 5

dias, prazo esse

prorrogável por mais 5, a não ser que se trate de crime hediondo, quando, então, o prazo será de 30 com prorrogação por igual prazo, nos termos do art. 2.0, § 1% da

Lei ri. 8.072/90.

A exigência de fundadas razões é necessariamente imprescindível, posto não existir cautelaridade sem esse requisito. 0 periculum in mora, ou libertatis,

consistirá na circunstância de ser a medida "imprescindível às investigações policiais", tenha ou não o indiciado residência fixa, crie ou não crie embaraços à colheita

de dados para esclarecer sua identidade, ou, finalmente, ainda que não

imprescindível às investigações, "se o indiciado não tiver residência fixa" ou "não fornecer

elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade".

Essa modalidade de prisão tem sido batizada com o nomen juris de cautelar. Aliás, toda prisão de natureza processual que antecede a uma sentença condenatória

definitiva, tem esse mesmo nomen juris. Não se deve olvidar que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, nos termos dos arts. 393, 1, c/c o art.

594, todos do CPP, sempre foi considerada, mesmo pela própria lei (art.

669, 1, do CPP), como provisória execução da pena. Mas, como o art. 105

da Lei das

Exe,~-uções Penais, em vigor desde 1984, aboliu a denominada provisória execução da pena, em vez de se extinguir tal modalidade de prisão, doutrina e

jurisprudência, mesmo ausente qualquer disposição legal, passaram a enxergar naquela modalidade de segregação, providência cautelar...

Sabe-se que toda prisão cautelar exige, indefectivelmente, dois requisitos:fumus bonijuris e periculum in mora ou periculum libertatis.

A fumaça do bom direito é, pois, necessariamente indispensável. Na hipótese em exame, onde estará o fumus boni juris? Responda-se COM o próprio texto legal:

"nasfundadas razões baseadas em qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado- na prática de um daqueles crimes elencados

no inc. 111 do art. 1 .' da citada lei.

Na prisão preventiva, que é a pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, ex vi dos arts. 312, 324, V, do CPP, art. 31 da Lei ri.

7.492, de 16-6-1986, e parágrafo único do art. 3 10 do CPP, o fumus boni juris está assente na prova da materialidade do crime e em indícios suficientes de autoria. Já

na prisão temporária não se exige nem a prova da existência do crime nem os indícios suficientes de autoria (aqueles indícios capazes de tranqüilizar a consciência do

Juiz, na magistral definição do saudoso Borges da Rosa). Bastam, apenas, fundadas razões com base em qualquer prova...

Ora, fundadas razões são razões sérias, importantes, que denotam gravidade. E, ao que parece, nenhuma autoridade, por mais perspicaz que seja, poderá

vislumbrar "fundadas razões" em face de um testemunho infantil, de uma declaração da suposta vítima, de um simples indício. Se se entender diferentemente, que se

altere o nome dofumus boni juris, exigido para essa modalidade de prisão

"cautelar", para fumus mali juris...

A lei, sobre ser mal feita, conduz a abusos, e abusos que afetam o status dignitatis e o status libertatis. É de supor que a materialidade do fato esteja provada... Do

contrário, a medida, já violenta, nem teria mais qualificação... Aliás, essa prisão temporária outra coisa não é senão a antiga "prisão para averiguações", agora com

roupagem legal...

Analisado esse primeiro requisito da cautelar, resta o segundo: o periculum in mora, que, no Processo Penal, se conhece comopericulum libertatis. Não obstante

se diga ser possível a decretação da prisão temporária havendo fundadas razões para se supor seja o indiciado autor ou partícipe, com base em qualquer prova admitida

na legislação processual penal, desde que ele não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários para o esclarecimento da sua identidade, indagase: se a

prisão não é imprescindível às investigações, por que o encarceramento por 5 dias do indiciado sem residência fixa? Se a prisão não é imprescindível às investigações

policiais, por que a prisão por 5 dias daquele que "não forneceu elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade"? Simples notificação a comparecer à

Delegacia para a sua identificação dactiloscópica é bastante...

A não ser que, nesses dois últimos casos, a prisão temporária esteja atuando como fase preparatória para a decretação da prisão preventiva...

As investigações

continuam, pois, nesses casos, a prisão não é imprescindível. Depois de 5, ou 10 dias, se houver prorrogação, a Autoridade já deverá ter colhido a prova da

materialidade do fato, a prova quanto à autoria já deve estar mais ou menos séria e, aí... é só

2,1

1

pedir a decretação da prisão preventiva, "para assegurar a aplicação da lei penal .....

Aí o absurdo: prende-se o "indiciado" por um espaço de tempo julgado suficiente, para, em seguida, poder prendê-lo preventivamente...

Ademais, a medida é tão estúpida que, se realmente não houver necessidade para a sua decretação, nem haverá tempo para jugulá-la, mercê de um habeas corpus:

primeiro em face da exigüidade do tempo e, em segundo lugar, porque em sede

de habeas corpus, normalmente, não se faz um exame analítico das provas...

Esses, enfim, os casos de prisão determinados em lei. Pelo menos, os principais. Em leis extravagantes e mesmo no CCom existem outros, notadamente de

caráter compulsório.

14. A ordem escrita

Vimos que, salvante algumas exceções, a prisão só poderá efetuarse mediante ordem escrita de Autoridade Judiciária competente. Essa ordem escrita se

consubstancia no instrumento denominado "mandado de prisão".

São formalidades do mandado de prisão, nos termos do art. 285 do CPP: a) ser lavrado pelo escrivão e assinado pela Autoridade; b) conter a designação da pessoa que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;

c) mencionar a infração penal (razão legal) que motivar a prisão; d) se afiançável a infração, declarar o valor da fiança arbitrada; e, finalmente,

e) ser dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

Tais formalidades são necessárias a fim de resguardar abusos contra o direito à liberdade individual. E esses abusos surgiriam se a ordem escrita a elas não ficasse

sujeita. Algumas dessas formalidades, como aquelas enumeradas nas letras a, b e c, são tão importantes que, sem elas, como bem diz Tornaglii, haverá arremedo de

mandado, não haverá mandado. A falta de qualquer delas carreta-lhe a inexistência (cf. Manual, cit., p. 302). As outras formalidades, embora

"não impedindo que o

mandado exista", viciam-no, acarretando-lhe a nulidade. o Prof. Basileu Garcia, com acerto, faz restrições às formalidades indicadas sob as letras a e e. De fato, não

poderá deixar de ser conforme à lei,

nem ferirá o imperativo constitucional se o mandado não for lavrado pelo escrivão e sim por um escrevente de cartório, tanto mais quanto um escrevente é, a rigor, um

serventuário da Justiça. Quanto à letra c, melhor ficaria a expressão

"razão legal", pois, às vezes, a prisão não é decorrente de infração penal. Vejam-se, a propósito, as

modalidades de prisão previstas nos arts. 733, § 1.% e 885, parágrafo único, do CPC.

A letra b cuida da individualização da pessoa que deva ser presa. Essa individualização deverá ser feita tanto quanto possível, a fim de evitar situações

embaraçosas e não causar vexames e sobressaltos aos cidadãos, vexames que poderão ocorrer em face dos freqüentes casos de homonímia. Assim, prudente será a

Autoridade que, na ordem, além de designar a pessoa que deva ser presa pelo nome, acrescentar, se possível, a alcunha, profissão, estado civil, residência e filiação.

A Magna Carta no art. 5.', LXVI, dispõe que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisoria, com ou sem fiança".

"A lei disporá sobre a prestação de fiança."

E o legislador, no CPP, deixou entrever que ninguem será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir.

Assim, se a infração que motivar a prisão for afiançável, cumpre à Autoridade fazer consignar no mandado o valor da fiança arbitrada. Por isso mesmo prescreve

o § 3.' do art. 408 do CPP:

"Art. 408 . .....

.

.

§ 3.' Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitr do o valor da fiança, que constará do mandado de prisão".

Se assim não fosse, não estaria cumprida a garantia estabelecida na Lei Maior.

Lavrado e assinado o mandado, será ele dirigido ao Oficial de Justiça ou às Autoridades Policiais - funcionários incumbidos de cumprir tais ordens.

Por outro lado, recebendo o mandado do Juiz, para cumpri-lo, a Autoridade Policial, nos termos do art. 297 do CPP, poderá expedir tantos outros quantos

necessários às diligências, devendo neles ser fielmente reproduzido o teor do original. Muito embora o art. 297 fale em Autoridade Policial, é evidente que o próprio

Juiz possa expedir

dois ou mais mandados, encaminhando-os a diversas autoridades competentes para executá-los. Aliás, é muito comum àquele fazer expedir três mandados de prisão,

todos por ele assinados, fazendo-os entregar ao Oficial de Justiça, ao Delegado de Polícia, e outro encarninhando-o à Delegacia de Vigilância e Capturas.

Torná-lo-á nulo a inobservância de algumas das formalidades fixadas na lei, para o contexto do mandado? Vimos que as formalidades previstas nas letras a, b e c

são tão essenciais que a sua ausência o torna inexistente. Ressalva se faz apenas ao fato de poder, também, o escrevente lavrá-lo. As demais formalidades, embora

exigíveis, não chegam ao ponto de, uma vez ausentes, o tornarem inexistente, mas, como ensina o Prof. Tornaglii, sua ausência acarreta a nulidade. No mesmo

sentido

a lição de Basileu Garcia.

Por outro lado, é interessante sejam obedecidas aquelas formalidades, não só para que se respeitem os direitos do cidadão, como também porque sua omissão

poderá ter conseqüências relevantes. Assim, por exemplo, o funcionário incumbido de executar a ordem poderá recusar-se a fazê-lo, e não existirá o crime de

desobediência, porque, para a caracterização do delito previsto no art.

330 do CP, a ordem desobedecida deve ser legal, e, como diz Hungria, a legalidade da ordem

deve ser apreciada tanto sob o ponto de vista da competência de quem a expede como de sua forma e substância (cf. Comentários, cit., v. 9, p.

416). Não é legal,

pois,.uma ordem de prisão que desatenda às prescrições do art. 285 do CPP.

Por outro lado, o cumprimento de uma ordem de prisão onde ausentes estejam as formalidades há pouco citadas poderá sujeitar a Autoridade que a fez expedir e

o próprio executor às sanções do art. 4.', a, da Lei ri. 4.898, de 9-12-1965. In verbis:

"Art. 4.0 Constitui também abuso de Autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder".

Mas não é só: a pessoa que deva ser presa poderá resistir à prisão sem violar o disposto no art. 329 do CP, pois não se estaria . insurgindo contra a execução de

um ato legal, mas sim contra o cumprimento de uma ordem falto das formalidades legais. Hungria ensina que a ilegalidade do ato para autorizar a resistência pode

apresentar-se sob o ponto de vista material ou formal (cf. Comentários, cit., p. 414). No mesmo sentido, a lição de Puglia (Manuale di procedura penale, p. 150).

15. Duplicata

1

1

_M

i I

Determina o art. 286 que o mandado deverá ser passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares, com declaração

do dia, hora e lugar da diligência. Por outro lado, da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar e, se.se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato

será mencionado na declaração assinada por duas testemunhas.

Trata-se de excelente garantia. Garantia para o cidadão, não só a fim de ficar documentado, para, numa eventualidade, responsabilizar o executor ou quem

expediu a ordem, como também para, tendo em mãos um documento fixando o dia, hora e lugar da diligência, procurar evitar sua permanência na prisão por mais

tempo (CP, art. 42).

Por outro lado, exige a lei seja passado recibo, que será feito no outro exemplar do mandado, inclusive no anverso, se houver espaço. A declaração assinada por

duas testemunhas, a que se refere o art. 286, comumente é feita no verso do próprio mandado. Esse exemplar é importantíssimo, possibilitando às Autoridades o

conhecimento de que foi cumprida a exigência legal, isto é, de que foi entregue cópia ao preso. Mais ainda: dependendo da espécie da prisão, tal cópia ficará nos autos

e constitui elemento seguro para a contagem do tempo em que o cidadão vem permanecendo preso (CP, art. 42).

Tão importante é a exigência dessa ordem escrita e de tal modo o legislador exerce vigilância sobre o cumprimento dessa garantia individual, que ninguém será

recolhido à prisão sem que seja exigido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue copia assinada pelo executor, ou, então, a carta de guia a

que se referem os arts. 107 e s. da LEP. Ao diretor ou carcereiro deve ser apresentado o respectivo mandado ou carta de guia, nos termos do art.

288 do CPP. 0

proceder do diretor da Penitenciária ou Casa de Detenção ou dos carcereiros, com flagrante violação do disposto no art. 288, implicaria abuso de poder.

16. Prisão realizada por mandado

Vimos que, se a pessoa que deva ser presa estiver dentro no território jurisdicional da Autoridade expedidora da ordem, a prisão se realizará por mandado.

17. Prisão solicitada por precatória

Pode acontecer, entretanto, que a pessoa que deva ser presa se encontre em qualquer lugar do território nacional, exceto naquele da Autoridade que expedir a

ordem. Nesse caso, fará esta expedir carta precatória, dirigida à Autoridade do lugar onde se presuma esteja o capturando. Nessa precatória, que deverá conter, no que

lhe for aplicável, o disposto no art. 354 do CPP, constará, conforme prescreve o art. 289, o inteiro teor do mandado.

18. Prisão solicitada por telegrama

Se urgência houver na realização da coerção pessoal, poderá o Juiz requisitar a prisão por telegrama, dirigido ao Juiz da comarca onde estiver o capturando. 0

telegrama, como é óbvio, não exige aquelas formalidades necessárias às precatórias, bastando frisar que o parágrafo único do art. 289 dispensa a transcrição do

mandado. Todavia haverá indeclinável necessidade de constar o motivo da prisão. Se, porventura, a infração for afiançável, deverá constar o valor da fiança, pois

ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir. Entretanto pode acontecer que, no telegrama, haja omissão

do quantum da medida. Se isso acontecer, ou o Juiz que receber o telegrama procurará informar-se com o Juiz expedidor da ordem de prisão a respeito do valor desta,

ou, então, ele próprio a arbitrará, como, aliás, prescreve o art. 332 em sua parte final.

Para maior garantia do cidadão, determina o parágrafo único do art. 289

que a firma do Juiz, na requisição, deve ser autenticada, e tal circunstância, mencionada

no telegrama.

Quando se diz que a prisão pode ser requisitada por telegrama, à evidência se pressupõe uma ordem já formalizada. A Autoridade apenas a transmite por

telegrama.

19. Prisão solicitada por telefone

De acordo com o prescrito no art. 299, se a infração for inafiançável, a captura poderá ser requisitada à vista do mandado judicial, por via telefônica, tomadas

pela Autoridade a quem se fizer a requisição as precauções necessárias para averiguar-lhe a autenticidade.

Essa requisição telefônica tanto poderá ser feita pela Autoridade Policial como pelo próprio Juiz. É certo que o parágrafo único do art.

1

289 dá a entender que o Juiz só poderá requisitar a prisão, nessas circunstâncias, por telegrama. E esse entendimento, como, aliás, esclarece proficientemente o Prof.

Basileu Garcia, é devido à má colocação dos arts. 289, 297 e 299 do CPP.

É de atentar que, se o Delegado pode requisitar a captura por via telefônica, com maior

razão poderá fazê-lo a Autoridade Judiciária, pois foi esta quem expediu a ordem para que aquele cumprisse. Nesse sentido também o ensinamento de Tornaglii (cf.

Manual, cit., v. 1, p. 309).

De qualquer sorte, quer tenha sido feita a requisiçao telefônica pela Autoridade Policial, quer pela Judiciária, deverá a Autoridade a quem se requisitou a prisão

tomar as medidas cabíveis para constatarlhe a autenticidade. Além da medida a que se refere o § 1.' do art. 207 do CPC, poderíamos lembrar que a propria Autoridade,

após receber o telefonema, poderá comunicar-se com a Autoridade requisitante, e, confirmada por esta a requisição, far-se-á a captura.

20. Prisão em outra comarca

i

Às vezes, é possível que o executor, de posse do mandado de prisão, venha a efetuá-la em lugar estranho ao dajurisdição onde expedida for a ordem, sem

necessidade deprecatória, telegrama ou telefonema da Autoridade competente. Tal ocorre se o capturando, perseguido, passar ao território de outro municipio

ou

comarca. Nesse caso, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à Autoridade local. Pouco importa que a comarca

onde venha a ser realizada a prisão pertença ao mesmo Estado ou a Estado diferente, uma vez que o nosso Direito desconhece a extradição interestadual. Por outro

lado, a Autoridade a quem o executor deverá apresentar o preso tanto pode ser a Policial como a Judiciária, pois o art. 290 não faz a menor distinção. As vezes, trata-se

de flagrante delito, e o criminoso ingressa em outra comarca. A solução é a mesma. 0 executor que o estiver perseguindo poderá prendê-lo onde o alcançar, fazendo-o

apresentar-se à Autoridade. Di-lo o art. 290. Essa Autoridade, neste caso, deverá ser a Policial, pois somente esta é que costuma lavrar o auto de prisão em flagrante.

Nem teria cabimento fosse o preso apresentado ao Juiz, para que este o lavrasse. Em casos excepcionais, será possível, como veremos oportunamente. Apresentado o

preso à Autoridade Policial, esta, se entender configurado o flagrante, lavrará o respectivo auto e, se afiançável a infração, poderá concederlhe fian

ça, nos termos do art. 322 do CPP, combinado com o art. 332 do mesmo Código, com a redação dada pela Lei n. 6.416, de 24-5-1977. Caso contrário, providenciará a

remoção do preso.

21. Custódia

Poderá acontecer que aAtitoridade a quem foi apresentado o preso tenha fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da

legalidade do

mandado que apresentar. Neste caso, deverá, ad cautelam, pôr o réu em custódia (ligeira privação da liberdade, com o fim de exercer sobre ela vigilância maior),

tomando, em seguida, as necessárias medidas, visando ao esclarecimento da dúvida. Dentre essas medidas, podemos adiantar que a Autoridade poderá fazer uso do

telégrafo, do telefone ou via postal, colhendo da Autoridade do lugar onde teria ocorrido o crime, ou de onde se expediu a ordem, os necessários esclarecimentos.

22. Perseguição material

Mas quando se poderá dizer que o executor vai em perseguição do réu? A propósito, o § 1.' do art. 290 é de uma clareza meridiana: quando:

"Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;

b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu

encalço".

23. Realização da prisão por mandado

Quando se tem por realizada a prisão por mandado? A esse respeito, assim dispõe o art. 291 do CPP:

1

"A prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, lhe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo".

Poderá parecer, à primeira vista, ser de nenhuma ou pouca impor tância o fixar-se o momento da realização da prisão por mandado. Não

* é, entretanto. Trata-se de salutar medida. Se o capturando, ao receber

* intimação, põe-se à disposição do executor, neste momento tem-se por efetuada a prisão por

mandado.

Qual será o interesse prático desse dispositivo? Não passou despercebido à argúcia de Basileu Garcia realçá-lo. Realmente há. Na hipótese da prisão ter sido

realizada fora da comarca, às vezes medeia um tempo mais ou menos longo entre a efetivação da prisão e o encarceramento do réu. Pois bem, aplicando-se a regra do

art. 291, segue-se que tal tempo será computado no cumprimento da pena (CP, art. 42).

Além desse, há outros interesses práticos. Assim, no momento em que o capturando se dispõe a acompanhar o executor, considera-se efetivada a prisão por

mandado. 0 cidadão está preso para todos os efeitos legais, segundo a regra do art. 291. Por isso, a partir desse instante, se o preso for vítima de qualquer crime, o

sujeito ativo desse delito terá sua pena agravada, em face do disposto no art. 61, 11, i, do CR

Mas não é só:

"Ern nosso atual direito penal, a indagação do momento em que se consuma a captura reveste-se de particular importância na distinção entre os delitos de

resistência e desobediência, de um lado, e, de outro, os delitos de fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança, evasão mediante violência contra pessoa e

arrebatamento de preso para maltratálo (arts. 329, 330, 351, 352 e 353 do Código Penal). Nestes três últimos casos pressupõe-se a prisão consumada, ao

contrário das

demais hipóteses" (cf. Basileu Garcia, Comentários, cit., v. 3, p. 55).

24. Momento para a realização da prisão

Em que momento poderá ser realizada a prisão? Como se infere do disposto no art. 283, poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as

restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. Esse o principio geral.

Quer dizer, assim, que a prisão poderá ser realizada inclusive aos domingos e feriados e a qualquer hora. Nem teria cabimento uma disposição vedando a prisão

aos domingos e a desoras, porque se não poderia haver burla à lei. 0 art.

283 ressalva, apenas, as restrições quanto à infranqueabilidade do domicílio.

ir

1

25. Inviolabilidade do domicilio

Quais as restrições à infranqueabilidade do domicílio?

Embora os ingleses, muito antes daquele movimento que abalou a França em fins do século XVIII, conhecessem o princípio social da inviolabilidade domiciliar

pela fórmula my house is my castle, foram os franceses, logo após a maior revolução de que se tem memória, que erígiram o princípio à categoria de direito

fundamental do homem. 0 postulado la maison de chaque citoyen est un asile inviolable, para significar e traduzir o direito à liberdade física espacial, projetou-se

sobre as demais nações, inclusive sobre a nossa, que a partir da Lei de 14-101822, passou a adotá-lo. E, desde então, as nossas Constituições, quer a

Imperial, quer as

Republicanas, sempre inseriram no rol dos nossos direitos fundamentais o princípio da infranqueabilidade do domicílio, proclamando que "a casa é o asilo inviolável

do indivíduo".

Muito embora, como ensina Pontes de Miranda, a expressão "domicílio", em Direito Constitucional, tenha outro significado que em Direito Privado (cf.

Comentários à Constituição de 1967, t. 5, p. 10), as nossas Constituições, com exceção da de 1937, sempre usaram a expressão 'tcasa", que "diz mais que domicílio".

A atual, no seu art. 5.', XI, proclama:

"A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para

prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Por primeiro, convém assinalar, aqui, que a palavra "domicílio", empregada no art. 283 do CPP e tomada do § 6.' do art. 122 da Constituição de 1937, não tem o

sentido que lhe empresta o Direito Privado. Domicílio, aí, tem o sentido de casa, e é de "casa" que a Constituição fala, e, no texto da Lei Maior, a casa nada mais é do

que a "porção espacial, delimitada, autônoma, que alguém ocupa"; é "onde se habita e onde se ocupa espaço próprio para uso pessoal, ou para negócios, oficina,

escritório, e abrange o pátio, o quintal, a garagem, os quartos de empregadas etc. 0 simples quarto de pensão é domicílio" (cf. Pontes de Miranda, Comentários à

Constituição, cit., p. 185), mesmo porque a inviolabilidade do domicílio nada mais é do que a consagração da "liberdade física espacializada". A casa do indivíduo

continua sendo a dOmum tutissimum cuique refugiam atque receptaculum, de que falava

Gaio, pouco importando que ela coincida ou não com o domicílio. o que se protege é a liberdade física espacial. Sendo assim, casa é o lugar onde alguém viva ou

trabalhe ou exerça a sua atividade a qualquer título, ou, como diz Hungria, é o "home", o "chez soi", a habitação particular, o local reservado à vida íntima do

indivíduo ou à sua atividade privada, seja ou não coincidente com o domicílio civil. Este local é inviolável. "Tutelando a casa de habitação, está a lei penal defendendo

um dos redutos da liberdade individual. Estaria esta frustrada, em uma de suas relevantes manifestações, se não fosse garantido ao indivíduo o direito de agir, segundo

sua própria vontade, e a coberto da interferência de outrem, no âmbito espacial de sua vida doméstica" (cf. Hungria, Comentários, cit., v. 6, p.

198).

A inviolabilidade domiciliar estende-se a qualquer lugar em que alguém habite, ou em que se instale (cabana, choça, choupana, ou barraco), acrescenta Pontes de

Miranda, falando por toda a doutrina (cf. Comentários à Constituição, cit., p. 185).

Contudo, como se infere do texto constitucional, o princípio da infranqueabilidade do domicílio não é tão absoluto quanto se cuida. Há certas restrições. Poucas,

mas há. Permitem-se-lhe incursões durante a noite e durante o dia.

Durante a noite, autoriza a Constituição a entrada na casa do indivíduo: a) se o morador der o seu

assentimento; b) em caso de desastre; c) para prestar socorro; d) em caso de

flagrante delito. Poderá parecer que, autorizando a Lei Maior a entrada à noite em casa na

hipótese de flagrante, se uma pessoa cometer um crime e, sendo perseguida, adentrar uma residência, o perseguidor poderá continuar com a perseguição, adentrando a

residência. Poderá parecer, mesmo porque não era lícito ao constituinte ignorar a noção de flagrante. Contudo, é de ponderar que o constituinte procurou tornar a casa

mais inviolável ainda, não permitindo que, durante o dia, outra autoridade que não o Juiz possa fazer expedir mandado de busca domiciliar, revogando, assim,

parcialmente, a regra do art. 241 do CPR Nessa ordem de idéias, é de supor quisesse ele autorizar a entrada à noite, na hipótese de flagrante propriamente dito (CPP,

art. 302, 1 e 11).

Contudo o entendimento predominante, inclusive nos Tribunais, é no sentido de se permitir a entrada à noite, em caso de flagrante, pouco importando se próprio

ou impróprio, como no exemplo dado.

Durante o dia, nesses mesmos casos (quem pode o mais, pode o menos) e, também, se houver mandado judicial.

Assim, a prisão, que poderá efetuar-se a qualquer dia e a qualquer hora, tal como diz o art. 283 do CPP, encontra sério obstáculo se dever realizar-se à noite, em

alguma "casa". Nessa hipótese, o cumprimento do mandado de prisão somente será possível se o morador der permissão. Se não, não. A Lei das Leis permite a entrada

à noite, no caso de flagrante, com ou sem permissão do morador. Assim, se alguém, após ter notícia de que foi condenado e de que contra si foi expedido mandado de

prisão, se homizia em sua própria casa, ou na de outrem, não poderá ser preso à noite, salvo se o morador der permissão. Do contrário a infranqueabilidade domiciliar

seria reduzida a uma nonada.

Nenhuma dúvida pode, pois, suscitar o texto constitucional: à noite, somente naquelas hipóteses previstas no art. 5.', XI, da Lei Maior. Se, à noite, a Autoridade

Policial sabe que no interior de uma residência está depositada certa quantidade de entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

regulamentar, um crime está se consumando nessa casa. Não há, propriamente, vítimas a ser acudidas, tal como exigiam as Constituições anteriores. Mas a Constituição atual diz apenas: "ern caso de flagrante". Ora, como está se consumando um crime, a Autoridade poderá entrar. Preciso é, contudo, haja certeza de que o crime

está se consumando. Do contrário, a expressão "flagrante" servirá para que agentes da Polícia adentrem uma residência e... quebrada a infranqueabilidade domiciliar,

dêem a desculpa esfarrapada de que pensaram que havia, no interior da casa, armazenada, substância entorpecente...

Tratando-se de prisão que deva efetuar-se por ordem escrita, nos termos do art. 293 do CPP, se o executor do mandado verificar, com segurança, que o

capturando entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será notificado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for atendido, fará guardar todas as saídas,

tomando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombar-lhe-á as portas e efetuará a prisão.

Contudo, se o mandado de prisão não vier acompanhado de uma autorização para a entrada no domicílio e autorização judicial, os executores nada poderão

fazer. Restar-lhesã, apenas, cercar a casa e providenciar a autorização judicial.

E durante o dia? Segundo a Constituição, a incursão no domicílio, durante o dia, somente se fará nos casos em que a Lei Maior permite a entrada à noite e,

também, no caso de determinação judicial. Se a Constituição permitiu a entrada à noite, não há razão lógica que a impeça durante o dia. Quem pode o mais, pode o menos. Além das hipóteses em que se permite a entrada à noite, há, também, o caso de determinaçãojudicial.

0 CPP dispõe no art. 293 o que segue:

"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 .....

Se se tratar de flagrante, a norma contida no art. 294 do CPP deve, também, ajustar-se à Constituição. Nas hipóteses dos arts. 287 e 684 do CPP, cujas prisões

poderão ser realizadas sine mandado ad capiendum, não poderão ser efetuadas se o capturando se homiziar em alguma casa. Neste caso, sendo dia, poderão os

executores efetivar a prisão munidos de uma autorização judicial.

As exceções ao princípio inserto no art. 283 não são apenas relativas à infranqueabilidade domiciliar. Há, também, as de ordem eleitoral. 0

Código Eleitoral

estabelece, no art. 236, que "nenhuma Autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter

qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou ainda por desrespeito a salvo-conduto". Seguese

que, naquele espaço de tempo, não se permitem prisões preventivas, em virtude de pronúncia, disciplinar, administrativa, compulsória, nem quando se tratar de prisão

decorrente de sentença condenatória por contravenção, uma vez que o texto fala em crime, e, em casos que tais, a interpretação há de ser sempre restritiva, e não

ampliativa, mesmo porque, quando se trata de norma pertinente à restrição da liberdade ambulatória, a interpretação deve sempre ser restritiva, uma vez que a prisão é

sempre uma medida excepcional. Nesse sentido Tornaghi (Manual, cit., v.

1, p. 285).

26. Uso da força

Quando da efetivação da prisão, o princípio geral é de que não será permitido o emprego da força. E o art. 284 estabelece as exceções a este principio:

a) poderá ser usada a força indispensável no caso de resistência, e b) no caso de tentativa de fuga do preso.

Apenas nesses dois casos se admite. Fora daí, toda e qualquer violência contra o capturando poderá configurar o crime previsto na Lei n. 4.898, de 9-12-1965.

A resistência distingue-se em passiva e ativa. Na primeira hipótese, há, como diz Hungria, tão-somente uma oposição ghândica, uma oposição branca, simples

manifestação oral de um propósito de recalcitrância. Até mesmo o fato de quem, vacuis manibus, afasta de si o executor do ato, ou seu assistente, traduzindo, apenas,

um gesto instintivo de autodefesa, sem intenção positiva de ofender, não constitui a vis característica da resistência (cf. Comentários, cit., v.

9, p. 408). Outro não é o

pensamento de Maggiore:

"Oposición denota siempre un acto positivo; no la hay en la conducta puramente pasiva, en la inactividad no violenta, como asirse un árbol o encharse

en tierra para no dejar se llevar preso" (cf. Derecho, cit., v. 3, p.

248).

É, também, a lição de Soler:

"... Por lo tanto, no será resistencia el hecho dél que se tome de un árbol o se ate a él o se haga arrastar" (cf. Derecho, cit., v. 5, p.

123).

Resistência ativa é aquela na qual existe um manifesto animus oppugnandi.

Em qualquer dessas hipóteses, admite-se o emprego da força, dentro nos limites indispensáveis para vencer a oposição. Não se concebe, por exemplo, que, em

caso de resistência passiva, o soldado faça uso do casse-tête. 0 que passar do indispensável sujeitará o executor às penas da lei. Na hipótese de resistência passiva, pode

o executor carregar o capturando. Já no caso de resistência ativa, o executor pode, inclusive, usar da força. Não se pode estabelecer a pri .

ori qual a força a ser usada.

Tudo depende do caso concreto.

Outra hipótese em que poderá ser usada a força se verifica quando ocorre a fuga do preso. Não se trata, como poderá parecer, apenas da hipótese da fuga de

alguém que estava legalmente preso. Assim, se a Polícia vai prender alguém e este corre, para evitar a prisão, pode o executor, inclusive, usar da força necessária para

evitar a fuga, dispa-

rando-lhe, por exemplo, um tiro na perna. Com razão, o ensinamento de

Tornaghi:

"Conquanto a lei fale em tentativa de fuga do preso, parece-me que ela minus dixit quam voluit. A palavra preso não está a designar apenas o já capturado, mas

também o que se ve na iminência de o ser" (cf. Instituições, cit., v. 1, p. 125-6, e Manual, cit., p. 328).

Em qualquer desses casos, pouco importa que a resistência parta do preso ou de quem deva ser preso ou de terceiros. 0 executor poderá usar da força necessária

para quebrar aquela resistência, aquele obstáculo, aquela dificuldade oposta. Se particulares o estiverem auxiliando, poderão, também, legalmente, fazer uso da força

necessária, não só para se defender, como também para vencer a resistência. É a regra contida no art. 292. Na hipótese de flagrante, a solução é a mesma. Entretanto

convém ponderar a observação de que, na hipótese de prisão em flagrante, se esta for efetuada por particular, e a pessoa que deva ser presa resistir, não poderá ser

processada também por resistência, pois, de acordo com o art. 329 do CP, só se configura o crime de resistência quando alguém se opõe "à execução de ato legal,

mediante violência ou ameaça afuncionário competentepara executá-lo ou aquem lhe estejaprestando auxílio" (grifos nossos).

27. Prisão especial

Antes da sentença condenatória definitiva, a prisão, seja na hipótese de flagrante, seja na hipótese de preventiva stricto sensu, traduz, apenas, uma cautela do

Estado, em virtude do periculum in mora, isto é, do perigo da insatisfação da pena ou da satisfação tardia, ou, então, como garantia da ordem pública ou por

conveniência da instrução criminal. Enquanto não houver uma sentença

condenatória irrecorrível, não se pode falar em condenação. Sendo medida de exceção, que

pode acarretar grave e imerecido dano àquele que a sofre, deve ser aplicada com a maior benignidade possível, e a concessão do art. 295 é consentânea com essa

"aconselhável benignidade". Não há qualquer lesão ao princípio da isonomia. Não se trata de concessão a pessoas, não se trata de privilégio para certas pessoas, mas de

uma atenção a certas pessoas, levando-se em conta, exclusivamente, a relevância, a majestade e a importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa

desempenhe

no cenário jurídico-político da Nação. Nesse sentido, a lição de Tornaghi (Manual, cit., p. 272). Irrepreensível o ensinamento de Basileu. Garcia:

"Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos os acusados, ainda não condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiça,

imanentes ao caráter preventivo da medida privativa de liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados.

Dentre eles os que,

pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, merecem maior consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o

sofrimento do cárcere" (Comentários, cit., p. 74).

Quais as pessoas que têm direito a essa prisão especial?

0 art. 295, nos incs. 1 a XI, enumera-as. Assim, fazem jus a ela os Ministros de Estado, os Governadores, ou Interventores de Estados ou Territórios, o Prefeito

do Distrito Federal, seus respectivos secretários e Chefes de Polícia, os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias

Legislativas dos Estados; os cidadãos inscritos no Livro de Mérito, os Oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros; os Magistrados; os diplomados por

qualquer das Faculdades Superiores da República; os Ministros de Confissão Religiosa; os Ministros dos Tribunais de Contas; 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; e, finalmente, os Delegados de Polícia e

os guardas civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

Insta esclarecer que o bacharel em Direito faz jus à prisão espe-1

Cód. Proc. Penal, porquanto, como bem salientou a decisão que a denegou, ele não chegou a exercer, efetivamente, a função de jurado, nunca tomou parte num

conselho de jurados e há 13 anos deixou de fazer parte da lista de jurados".

Para obtenção da regalia, a lei impõe, enfaticamente, redundante-mente, a condição do exercício efetivo da função de jurado.

Já se entendeu que, para se verificar o exercício efetivo, não é necessário que o jurado participe do Conselho, fato esse independente de sua vontade. Assim, com o simples ato de comparecer, propiciando a instalação dos trabalhos, está ele exercendo, efetivamente, parte das funções que lhe cabem; tem o jurado direito à prisão especial se porventura apenas contribui com a sua presença, dando quorum à instalação dos trabalhos.

Espínola Filho entende, também, que exerce, efetivamente, a fun-

ção de jurado o cidadão que, sorteado para formar o corpo de jurados de uma sessão periódica, não se isenta de servir, comparece regularmente às sessões de julgamento, embora não tenha funcionado no Conselho de Sentença, ou por não

ser sorteado, ou porque as partes o recusem (cf. Código, cit., v. 4, p. 374).

Com todo o respeito, discordamos desses entendimentos.

0 inc. X do art. 295 realça um privilégio embasado em considera-

ção de índole social, pela relevância dos serviços prestados pelo cidadão. Que serviço relevante será esse? Di-lo o próprio inciso: o exercer efetivamente a função de jurado. Qual a função de jurado? Cumpre-lhe, precipuamente, decidir, nos casos previstos em lei, sobre o crime e a autoria e também sobre as causas de aumento ou diminuição de pena e a existência de atenuantes e agravantes. Essa a sua função.

Quando é

cial, nos termos do ine. VII do art. 295, por ser diplomado por escola que o cidadão, efetivamente, a exerce? Quando for aceito para integrar,

superior. Mas, se inscrito na OAB, nos termos do art. 7., V, da Lei n.

com outros seis cidadãos, o Conselho de Sentença e decidir de uma 8.906, de 4-7-1994 (Estatuto da Advocacia), não pode ser recolhido causa penal, respondendo aos quesitos que lhe forem propostos.

preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Esta do Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconheci das pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Cumpre observar, por se tratar de caso mais freqüente, que, para o jurado obter a prisão especial, precisa exercer, efetivamente, essa fun ção. Nesse sentido, o magnífico acórdão inserto na RF, v. 149:

"De ser denegada é a ordem pleiteada para o fim de obter o paciente prisão especial, sob o amparo do art. 295, n.' X, do Logo, para que o jurado possa gozar da regalia do art. 295, é necessário tenha, efetivamente, realmente, exercido tal função.

0 próprio art. 437 do CPP assim dispõe:

"0 exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecera presunçao de idoneidade 1

moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, bem como preferência, em igualdade de condições, nas concorrências

públicas".

Então, pelo fato de o cidadão dirigir-se ao Fórum e aguardar o sorteio para formação do Conselho, exerceu, só por isso, serviço público relevante? Tal

circunstância, só por si, estabelece presunção de idoneidade moral? Tal circunstância lhe assegura o direito de preferência, em igualdade de condições nas

concorrências públicas? Conceder-lhe-á direito à prisão especial? Nunca.

De acordo com a lei, para o gozo daquele privilégio, é necessário que o jurado tome parte no

Conselho, decida de uma causa penal. Diz o venerando acórdão que, "com o simples ato de comparecer, propiciando a instalação dos trabalhos, o jurado está exercendo efetivamente parte das funções que lhe cabem".

E se os trabalhos não fossem instalados, ainda assim, o cidadão que compareceu seria beneficiado com o privilégio do art. 295? Pelo que se infere do venerando

acórdão, não, e, entretanto, as situações são análogas. 0 absurdo de tal entendimento, data venia, é flagrante, manifesto, mesmo porque a lei não concede tal regalia

àquele que exerce parte de suas funções. Exige o efetivo exercício dessa função (CPP, arts. 295, X, e 437) ou, como bem disse o Tribunal mineiro: para a obtenção da

regalia, a lei impõe enfaticamente a condição do exercício efetivo da função de jurado.

Por último: o simples fato de comparecer não implica exercício parcial da

função. 0 comparecimento à reunião do Júri é um dos deveres do jurado, e dever cujo

desatendimento é sancionado com multa, nos termos do art. 443 do CPP.

Quem esposar entendimento diverso há de chegar, também, à conclusão de que o cidadão incluído na lista geral (art. 439), e não sorteado para o perfazimento dos

21 jurados (art. 433), terá direito ao benefício, pois não exerceu a função por circunstância alheia à sua vontade.

Durante quanto tempo o cidadão que exerceu efetivamente a função de jurado fica desfrutando dessa garantia? A lei não diz. Razoável, pois, se entenda que, se

ele não for excluído por desmerecimento, a regalia continua, como homenagem pelo serviço que prestou. Tanto é verdade que o art. 295, X, do CPP fala dos cidadãos

que já tiverem exercido efetivamente afunção dejurado, isto é, o cidadão que já exerceu... Quando? Pouco importa quando. A lei silencia.

Por outro lado, a regalia não é válida, apenas, para a comarca onde o cidadão exerceu a função de jurado, nem apenas para o Estado respectivo, mas para todo o

Brasil, uma vez que o Tribunal do Júri é urna instituição nacional. Neste sentido, veja-se, também, Espínola Filho, Código, cit., v. 4, p. 375.

i

Em que consiste essa prisão especial? Ela é devidamente regulamentada pelo Decreto n. 38.016, de 5-10-1955, e se cumpre em unidades militares, em salas do

Estado Maior, em estabelecimento civil apropriado ou em seção especial de presídio comum. Se o preso tiver mau comportamento ou for insubordinado, será punido

com isolamento e suspensão do recreio e de certas regalias (visitas), tudo nos termos do art. 4.' do Decreto n. 38.016/55 já citado.

Atentando para a circunstância de que em muitas localidades não havia, como não há, estabelecimento adequado para o recolhimento de presos que façam jus à

prisão especial, surgiu, no Governo Costa e Silva, a Lei n. 5.256, de 6-4-1967, suavizando-a ainda mais.

Atualmente, nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito à prisão especial, o Juiz, considerando a

gravidade e as circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde ele

não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial (Lei n. 5.256, de 6-41967, art. U).

Tal prisão domiciliar não exonera o réu ou indiciado da obrigação de comparecer aos atos policiais ou judiciais para os quais for convocado, ficando ainda sujeito

a outras limitações que o Juiz considerar indispensáveis à investigação policial e à instrução criminal (art. 2.0).

Por ato de ofício do Juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Autoridade Policial, o beneficiário da prisão domiciliar poderá ser submetido à vigilância

policial, exercida sempre com discrição e sem constrangimento para o réu ou indiciado e sua família (art. 3.').

Dispõe, por último, o art. 4.' da citada lei que a violação de qualquer das condições impostas implicará a perda do benefício da prisão domiciliar, devendo o réu

ou indiciado ser recolhido a estabelecimento penal, onde permanecerá separado dos demais presos, e, neste caso, o Diretor do estabelecimento poderá aproveitá-lo nas

tarefas administrativas da prisão.

28. Interpretação restritiva

Admite o art. 295 do CPP interpretação extensiva? Espínola Filho (Comentários, cit., 1955, v. 3, p. 317, n. 594) entende que a enumeraÇão ali feita não é

limitativa, e, por isso, possível a equiparação de pessoas outras, por paridade de motivo. Basileu pensa diferentemente.

1

Na verdade, não é possível, no caso, admitir-se a interpretação extensiva, porquanto o art. 295 estadeia urrijus singulare, uma norma de caráter excepcional, e, segundo Manzini, "Ias normas de derecho procesal penal que no restrinjan derechos subjetivos ni tengan carácter excepcional deben, por tanto, interpretarse extensivamente siempre que conste la voluntad conforme de la ley" (cf. Derecho, cit., v. 1, p. 154). Logo, como a referida norma tem caráter excepcional, não se concebe a interpretação extensiva. E tanto não admite que, todas as vezes que o legislador pretende estender a regalia a outras pessoas, fá-lo de forma expressa. Realmente, após a entrada em vigor do atual CPP, novos diplomas legislativos surgiram ampliando o rol das pessoas com direito à prisão especial. Assim é que, segundo o Decreto-lei n. 8.209, de 23-11 -1945, os vigilantes municipais do antigo Distrito Federal passaram a gozar da prerrogativa; em L"-9-1949, a Lei n.

799 estendeu aos Oficiais da Marinha Mercante Nacional, que já tiverem exercido efetivamente a função de comando, a regalia do art. 295. Posteriormente, a Lei n. 5.606, de 9-9-1970, ampliou o privilégio dizendo: "é extensiva aos Oficiais da Marinha Mercante a regalia concedida pelo art. 295 do C. P. Pertal". Com tal ampliação, parece-nos claro que pouco importa seja o Oficial nacional ou estrangeiro e que haja ou não exercido funções de comando. A Lei n.

2.860, de 31-8-1956, dispôs que terão direito à prisão especial os dirigentes de entidades sindicais de todos os graus e representativas de empregados, empregadores, profissionais liberais, agentes e trabalhadores autônomos. Ainda dispôs a referida lei que o empregado eleito para a função de representação profissional ou para cargo de administração sindical, quando sujeito à prisão antes de condenação definitiva., será recolhido à prisão especial. A Lei n. 3.313, de 14-11-1957, assegurou aos Servidores do Departamento de Segurança Pública, com exercício em atividade estritamente policial, o direito à prisão

especial no quartel da corporação ou repartição em que servirem; a Lei n. 3.988, de 24-11-1961, estendeu, também, aos pilotos de aeronaves mercantes nacionais, que já tiverem exercido efetivamente as funções de comando, idênticas regalias; a Lei n. 5.350, de 6-111967, estendeu aos funcionários da Polícia Civil dos Estados e Territórios, ocupantes de cargos de atividade policial, o regime de prisão especial, estabelecido pela Lei n. 4.878, de 3-12-1965, para os funcionários da Polícia Civil da União e do Distrito Federal; e, finalmente, o art. 295 teve acrescentado mais um inciso (o XI) pelo art. L" da Lei n. 4.760, de 23-8-1965, alterada pela de n.

5.126, de 29-9-1966. De acor-

i

1

do com o inc. XI do art. 295, terão direito à prisão especial, antes de condenação definitiva, "os delegados de polícia e os guardas civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos"*.

Quanto aos jornalistas profissionais, e como tais se entendem aqueles que fazem do jornalismo sua profissão (Lei n. 5.250, de 9-2-1967, art. 51

parágrafo único), sua prisão especial vem prevista no art. 66 da

referida lei: "

em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades"

0 art. 295 alude aos cidadãos inscritos no "Livro de Mérito". Este livro foi criado pelo Decreto-leí n. 1.706, de 27-10-1939, "para receber a inscrição dos nomes das pessoas que, por doações valiosas ou pela prestação desinteressada de serviços relevantes, hajam notoriamente cooperado para o enriquecimento do património material ou espiritual da Nação e merecido o testemunho público do seu reconhecimento". Tal inscrição é determinada por decreto do Presidente da República, após parecer de uma comissão nomeada pelo Chefe da Nação.

0 art. 295 não faz referencia, no seu elenco, ao Presidente da República.

Explica-se: o CPP foi elaborado sob a égide da Constitui-

ção de 1937, que não admitia a responsabilidade do Presidente da República por atos estranhos à sua função. Somente por crimes de responsabilidade. E, como para tais crimes a pena consistia, corno consiste, na perda do cargo e na inabilitação para o exercício de qualquer função pública, não se justificava a prisão provisória. Posteriormente, as Constituições de 1946 e 1967, e mesmo a Emenda n. 1, de 1969, admitiram a responsabilidade do Chefe da Nação, quer nos crimes de responsabilidade, quer nos crimes comuns, cabendo o julgamento daqueles ao Senado e ao Supremo, no outro caso. Mesmo assim, o art. 295 do CPP não sofreu nenhuma alteração.

A Magna Carta dispõe no § 3.' do art. 86:

§ 3.' Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão"...

*É Possível, em face da pletora de leis que nos avassala, existam outros casos em que se permita a prisão especial.

Vê-se, pois, que a única restrição que se lhe pode impor consiste na suspensão das funções. Se vier a ser absolvido, retornará às mesmas funções. Seria sumamente vexatório pudesse o Supremo Mandatário da Nação passar pelo dissabor de uma prisão provisória. Em homenagem ao alto cargo que ocupa, não se concebe restrição à sua liberdade física, a menos que decorrente de sentença penal condenatória. Com tal proceder não se fere o princípio da isonomia, pois aí não se leva em consideração o homem em si, mas a elevada função que exerce. Esta a razão pela qual nenhuma lei ou decreto, após o advento da Constituição de 1946, cuidou da prisão especial para o Presidente da República. Se vier a ser processado, simplesmente será afastado das funções até o desate da questão.

0 inc. V do art. 295 faz referência aos Oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros. Compreendem-se, também, os Oficiais da Polícia Militar, mesmo porque as polícias militares e os corpos de bombeiros são considerados forças auxiliares, reserva do Exército (Magna Carta, art. 13, § 4.'). Ademais, se os inferiores (sargentos e cabos) e os soldados (praças de pré) gozam da regalia de que trata o art. 296 do CPP, não teria sentido que os Oficiais da Força Pública não fizessem jus à prisão especial, permitida aos Oficiais dos Corpos de

Bombeiros. Nesse sentido, Magalhães Noronha e Ary Franco.

0 inc. VI fala em "Magistrados", e o VII, em "diplornados por qualquer das faculdades superiores da República". Com argúcia observou Basileu Garcia: a referência aos Magistrados não é inútil, apesar de se acharem em geral abrangidos na que é feita aos diplomados por qualquer das faculdades superiores da República. As funções de Magistrado podem ser exercidas por cidadão não diplomado por faculdade superior, como é freqüente acontecer com o Juiz de Paz (ef.

Comentários, cit., p. 76).

Convém acentuar que as regalias a que se refere o inc. V do art. 295

dizem respeito à prisão por crime comum. Tratando-se de infração da competência da Justiça Militar, a matéria é tratada no CPPM.

Também fazem jus à prisão especial os Professores do Ensino de L" e 2.0

graus, em face da Lei ri. 7.172, de 14-12-1983.

Por outro lado, seja ou não caso de prisão especial, a pessoa presa provisoriamente deverá ficar separada, na medida do possível, daquelas já definitivamente condenadas. É como dispõe o art. 300 do CPP-Na verdade, já se disse que toda e qualquer prisão que anteceda a um decreto condenatório é medida odiosa e que se admite como uni

"rnal necessário". Sendo assim, é evidente que a prisão provisória somente poderá ser admitida dentro nos limites do inevitável, do indispensável, do necessário.

Se o homem ainda não foi definitivamente condenado, por que permitir a promiscuidade com delinqüentes perigosos, às vezes multirreincidentes?

Nos carceres, os criminosos, sob a influência daqueles cujas folhas de antecedentes indicam velha atuação na esfera do crime, tornam-se mais perigosos ainda... E, assim, essa mistura desordenada teria ou poderia ter conseqüências desagradáveis. Se até mesmo os reclusos devem ficar separados dos detentos, justo e muito justo se tomem as medidas indispensáveis no sentido

de não se permitir

que o cidadão preso provisoriamente se embaralhe e se una àqueles já condenados. Entre nós, nem sempre é possível dar-se cumprimento a tão salutar providência. Mesmo no Estado de São Paulo, o mais prós-pero da República Federativa brasileira, não há condições para a efetivação daquela medida. Com as penitenciárias lotadas, numerosos presos cumprem suas penas nas próprias cadeias locais. Estas, por seu turno, ficam repletas de pessoas já condenadas, e, por infelicidade, a elas se juntam cidadãos presos provisoriamente. Esta uma das razoes que levaram o Egrégio Conselho Superior da Magistratura paulista, nos idos

de 67, a criar a prisão-albergue: desafogar as prisões e permitir um tratamento mais humano ao condenado.

capítulo 46

1

Da Prisao em Flagrante

SUMÁRIO: 1. Origem da palavra flagrante. 2. Fundamento. 3. 0 flagrante no Direito anterior. 4. Natureza jurídica. 5. Sujeito ativo. 6. Sujeito passivo. 7. Flagrante nos crimes de ação penal pública condicionada e nas hipóteses de ação privada. 8. Flagrante nas contravenções. 9. Espécies de flagrante. 10. Diferenças entre as modalidades de flagrante. 11. Infrações permanentes e habituais. 12. 0

auto de

prisão em flagrante: formalidades, importância das formalidades, prazo para a lavratura do auto. 13. A nota de culpa. 14. Comunicação da prisão.

15. Infração praticada em presença da Autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções. 16. Prisão efetuada fora do locus delicti. 17. Concessão da liberdade provisória. 18. Poderá a Autoridade Policial relaxar a prisão? 19. Flagrante preparado. 20.

Flagrante protelado. 21. Flagrante forjado.

1. Origem da palavra "flagrante"

Flagrante, do latim flagrans, flagrantis (do verboflagrare, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão flagrante

delito, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração, o delito que está sendo cometido, que ainda está ardendo... o "delito surpreendido em plena

crepitação". É essencialmente o delito, diz Basileu Garcia, que se vê praticar e que assim suscita, no próprio instante, a necessidade de conservar ou resta

belecer a ordem jurídica ameaçada de violação ou violada pelo acontecimento (cf. Comentários, cit., p. 87).

Prisão em flagrante delito é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal.

A nossa Lei Básica exige ordem escrita para a efetivação da prisão, de qualquer prisão. Ressalva, entretanto, a hipótese de flagrante. E o faz por razões óbvias. Não teria sentido permitisse a lei a prisão de alguém no instante da perpetração da infração e, ao mesmo tempo, exigisse a exibição da ordem escrita da autoridade competente...

Seria uma contradictio in adjectu. Quem é que pode saber quem vai cometer a infração, onde e quando vai cometê-la? A desnecessidade, pois, da ordem escrita é tão evidente que dispensa qualquer comentário. 0 evidente não se prova nem se demonstra.

2. Fundamento

Na doutrina, e até mesmo nas legislações, não existe qualquer discordância quanto à salutar medida de prender alguém no instante mesmo em que estiver praticando uma infração penal. É certo, como pondera Zavaleta, que, se a liberdade individual é um direito funda~

mental, como que inerente ao ser humano, reconhecido e amparado por todas as legislações democráticas do mundo, e se não se pode afirmar legalmente que um indivíduo é culpado de um delito, senão quando uma sentença, passada com

autoridade de coisa julgada, assim o tenha determinado, o lógico seria que se aguardasse esse momento para proceder-se ao encarceramento do imputado, sendo, portanto, uma eloqüente violação dessa liberdade todo constrangimento corporal imposto antecipadamente àquele ato (cf. Arturo J.

Zavaleta, La prisión preventiva y Ia libertadprovisoria, Buenos Aires, 1954, p. 108).

Explica-se: é uma necessidade. Ou, como dizia Flamand, é um mal necessário. Não se trata de medida arbitrária, mas "que atende ao impulso natural do homem de bem, em prol da segurança e da ordem". Basileu Garcia preleciona que, permitindo a lei se detenha o criminoso no momento em que delinqüe ou acaba de fazê-lo, o Direito sanciona e legitima um impulso natural e necessário de defesa da coletividade, determinado pelo sentimento de repulsa ao procedimento violador das normas de coexistência social.

Contudo há um risco muito grande, mesmo nas hipóteses de flagrante, em se manter preso aquele que não foi definitivamente julgado.

prisão provis

a segrega

A~ Í9

ória não é pena. Não o sendo, é natural que

ção so possa ser admitida nos casos estritamente necessários, tal como dispõe o art. 3 10 e seu parágrafo único do CPP. Por que manter preso aquele que foi surpreendido em estado de fiagrância? E se na instruçao criminal as provas se esvaecerem, ou se se provar que faltou a ilicitude a parte subjecti ou a parte objecti? Não será ele absolvido?

Não teria ele, nessa hipótese, sofrido um mal injustamente? E, ainda nessa mesma hipótese, quem indenizaria os prejuízos morais e materiais suportados? Quem cuidaria da sua família? Errou, é certo deva ser castigado. 0 castigo, entretanto, deve ser imposto após a apuração da sua responsabilidade. InfligMo, com antecipação, é medida odiosa, desumana, cruel e atentatória do princípio da presunção de inocência.

Diz-se que a prisão em flagrante se justifica ante o temor de fuga do culpado. Mas, sendo assim, por que permitir fiança? Por que permitir que, em certos casos, o infrator se livre solto? Alega-se que a prisão em flagrante se justifica para evitar represálias ao preso. Ora, se fosse d d , 1 gislador não teria ampliado, como ampliou, o campo de incidência da fiança. Este mesmo argumento é suficiente para neutralizar o entendimento de parte da doutrina que procura justificar a prisão em flagrante como providência ditada para evitar sucessivas desordens, ver a e o e

Ou como necessidade de defesa social.

Por outro lado, parte da doutrina procura justificar a prisão em ue evita ou di

flagrante, aduzindo que ela satisfaz a opinião pública, q o

minui a comoção social, que tranqüiliza a comunidade, restaurando prestígio da lei e a confiança nas autoridades responsáveis pela manutenção da ordem e, finalmente, que ela exerce uma função acautelatória da prova, seja para o próprio inquérito, seja para o julgamento

final.

Temos para nós que a prisão em flagrante sejustifica como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria, pois, como diz Brichetti, "una de Ias formas más claras de evidencia probatoría cri el proceso penal está dada por Ia denominada fiagrancia del delito..." (Giovanni Brichetti, La evidencia en el derecho procesal penal, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1973, p. 162).

Se, na flagrância, há manifesta evidência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justifica-se a detenção daquele que é surpreendido cometendo a infração penal, a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo, sem tardança, prova da infração, seja a parte objecti, seja a parte subjecti.

Se o cidadão capturado em flagrante devesse continuar preso até final sentença, poder-se-ia justificar a prisão em flagrante salientando que ela satisfaz a opinião

pública, tranqüiliza a comunidade abalada com a infração e, por último, restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade. Mas, como sabemos, não é isso

o que ocorre comumente. Naqueles casos previstos no art. 321 do CPP, preso em flagrante, o cidadão é posto incontinenti em liberdade, após a lavratura do auto. Em

outros, prestada a fiança, logra-se a liberdade...

Sabemos que a soltura do criminoso mediante fiança não amaina nem serena a exasperação popular e tampouco tranqüiliza a comunidade. Por outro lado, longe

de restaurar a confiança na lei e na autoridade, gera e provoca um sentimento de desconfiança, de suspeita... Por que, então, prende-se alguém quando surpreendido em

estado de flagrância? Há, no consenso popular, o mal vezo de se entender que a prisão daquele que é surpreendido em estado de flagrância é providência que se impõe

como represália pelo mal que fez. Esse entendimento está tão profundamente arraigado no sentimento popular que até mesmo Juízes e Promotores se esquecem da

natureza jurídica da prisão em flagrante... Esta é, com efeito, medida cautelar, e não antecipação da pena... E como medida cautelar deve ser encarada...

Assim, preso o cidadão em flagrante, e lavrado o competente auto, onde se recolhem as provas a respeito da materialidade e autoria, se o seu encarceramento não

for necessário, deverá ele ser posto em liberdade. E quando o será? Se estiver presente qualquer das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva, pedra de toque

de toda prisão de natureza processual, nos termos do parágrafo único do art. 3 10 e do art. 324, IV, do CPP. Repita-se: a prisão em flagrante não é pena; é medida de

cautela.

Mas quando pode haver flagrante delito? Apenas no instante da sua perpetração?

3. 0 flagrante no Direito anterior

De acordo com o nosso Direito anterior, considerava-se em fiagrante delito:

a) aquele que fosse encontrado cometendo o delito ou logo que acabasse de cometê-lo;

é

1

b) após o crime, o cidadão que fosse perseguido pelo clamor público, exatamente porque, como dizia Galdino Siqueira, nestas circunstâncias o ato ainda está aceso aos sentidos da Autoridade e à maioria dos membros da sociedade.

Para a configuração dessa modalidade de flagrante, era preciso que o criminoso fosse apontado pelos gritos da multidão, indicando-o como autor de um crime.

Era o "pega o ladrão", o "Aqui del Rei" do Direito colonial...

Essa a acanhada noção de flagrante existente ao tempo do Brasil Colônia.

Já o Código de Instrução Criminal francês reputava, também, como flagrante delito,

quando o imputado fosse encontrado com armas, instrumentos ou papeis que fizessem presumir ser ele o autor da infração, conquanto sua prisão ocorresse em tempo

proximo ao do fato.

0 legislador do Brasil Império, entretanto, não seguiu o ensinarnento da legislação francesa, conservando apenas aqueles três primeiros casos.

0 nosso CPP ampliou consideravelmente a noção de flagrante, e essa ampliação consistiu, como veremos no momento oportuno, na supressão do clamor público,

por entendê-lo desnecessario, e, também, pela inclusão daquela outra modalidade de flagrante a que se referia o art. 41 do Code d'Instruction Criminelle.

4. Natureza jurídica

A prisão em flagrante inclui-se entre as prisões cautelares de natureza processual. Para os que entendem que o processo cautelar é uma labiríntica transfusão

civilistica no campo processual penal, a prisão em flagrante e outras prisões provisórias não passam de simples coerção pessoal. Não passam de espécie de autodefesa

do próprio ordenamento jurídico. A prisão em flagrante, além de ser, então, uma natural e necessária defesa da coletividade, ante a visível e palpável perturbação da

ordem jurídica, é, ainda, uma demonstração da força que emana da soberania do Estado para assegurar o império da lei penal. Preso o cidadão em flagrante, torna-se

mais fácil a colheita das provas a respeito da materialidade e autoria, e, de conseguinte, não haverá maiores dificuldades em se atingir a verdade material. Além dessa

vantagem, traduzindo verdadeira cautela, há outra: se o encarceramento do cidadão for necessário (e ele o será se presente uma das condições para a decretação da

prisão preventiva), continuará preso, em face do periculum libertatis.

Para os que admitem, no Processo Penal, ao lado do processo de conhecimento e de execução, o processo cautelar, não se pode negar seja a prisão em flagrante

providência nitidamente cautelar, e, assim, como toda medida cautelar, sujeita-se aos dois pressupostos: fumus boni juris e periculum in mora, isto é, a aparência

jurídica da possibilidade de êxito contra o indiciado, na ação a ser instaurada, e a necessidade.

Não obstante se trate de medida cautelar, o ato de prender em fiagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, grosso modo, pela Polícia

Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa. Se for

o particular, ainda assim continua sendo um ato administrativo, e o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política. É por isso que Altavilla

vislumbrou, nessa faculdade que tem qualquer cidadão de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, um caso interessante de função pública exercida

por particular.

Mesmo que a prisão - o ato inicial da prisão em flagrante, ou seja, a prisão-captura - se efetive pelo Juiz, tal ato não perde o colorido de administrativo, pois o

Magistrado estaria, então, exercendo uma função administrativa e não jurisdicional. Se a prisão-captura é um ato emanado do poder de polícia do Estado, manifesto é

o seu caráter administrativo. Entretanto, depois de efetivada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar numa

verdadeira medida cautelar. Analisa-se, então, afumaça do bom Direito, ou probabilidade de condenação, bem como a existência do periculum in mora.

Quanto ao

primeiro requisito, o exame não oferece maior dificuldade, pois a flagrância, como cediço, é a mais eloqüente prova da autoria de um crime.

Quanto ao segundo,

bastante claro o parágrafo único do art. 310 do CPP ao fazer alusão às hipóteses que autorizam a prisão preventiva, isto é, garantia da ordem pública, conveniência da

instrução criminal e asseguramento da aplicação da lei penal.

Bem explícito Frederico Marques: a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão por pronúncia são os exemplos clássicos de prisão cautelar (cf. Elementos,

cit., v. 4, p. 24).

Tratando-se, como se trata, de providência cautelar, indispensável a coexistência dos dois pressupostos: fumus boní jurís e periculum in mora, mesmo porque

medida cautelar não há que dispense sua conglomeração.

i

Nenhuma dúvida, portanto, quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante. Da mesma forma que a prisão preventiva é medida cautelar, também o e a prisão

em flagrante. Aliás, se a doutrina considerava a prisão em flagrante como medida cautelar, antes da Lei ri. 6.416, de 245-1977, com muito mais razão deverá

considerá-la agora, em face do paragrafo único do art. 3 10 do CPP, pondo em realce o requisito necessidade.

Assim, efetivada a prisão em flagrante, só se justifica a permanência do indiciado no carcere para assegurar o resultado final do processo, para garantir o

desenrolar normal do processo, ou, então, para tutelar a ordem pública, evitando prováveis danos que o indiciado, solto, possa causar à ordem pública.

Dir-se-á que na hipótese de prisão em flagrante, quando não couber fiança, haverá uma presunção absoluta do periculum in mora. Ora, essa presunção

absoluta

do periculum in mora havia ao tempo da prisão preventiva compulsória...

Se a lei culminou por aboli-Ia, por se tratar de medida odiosa, vexatoria, por que mantê-la

em relação ao flagrante? De todo injustificável.

Ademais, preso o cidadão em flagrante, não importa saber a natureza da infração para que lhe seja concedida a imediata liberdade. 0 que importa é indagar se há

indícios de que ele, em liberdade, vai perturbar a ordem pública, vai prejudicar a instrução criminal, ou, temeroso do resultado final do processo, procurará subtrair-se

à aplicação da lei penal.

Contudo, há algumas exceções: a Lei ri. 8.072, de 25-7-1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, não permite a liberdade provisória nem a fiança. A

proibição é extensiva, também, à prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. Mais ainda: em se tratando de crime de sonegação fiscal

e crime contra a economia popular, não se permite a liberdade provisoria de que trata o parágrafo único do art. 310 do CPP (Lei ri. 8.035, de 27-4-1990).

S. Sujeito ativo

Sujeito ativo da prisão em flagrante é aquele que a efetua, e, no nosso Direito, tem essa qualidade qualquer cidadão, quer como particular, ut civis, quer como

Autoridade. Assim dispõe o art. 301 do CPP:

"Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

Entretanto é preciso distinguir: quando se tratar de qualquer do povo, a lei lhe

concede apenas a faculdade de efetuar a prisão, isto é, a faculdade de colaborar

com o Estado. Não se lhe exige nenhum dever.

Tanto é assim que o art. 301 diz: "qualquer do povo poderã exprimindo, destarte, umafacultas agendi, cujo uso não acarretará a menor sanção.

Se o sujeito ativo for a Autoridade Policial ou um de seus agentes, aí sim a lei lhe impõe um dever jurídico. Daí a expressão do art. 30 1:

"

e as autoridades policiais e seus agentes deverão exprimindo,

de maneira bastante clara, o dever jurídico que têm eles de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

0 não-cumprimento desse dever, dependendo do caso concreto, poderá sujeitar aAutoridade omissa às sanções de natureza administrativa e, às vezes, às sanções

de natureza penal, pois poderá configurarse o crime de prevaricação.

Entende Ari Franco que o conceito de autoridade, aí, é amplo, abrangendo qualquer Autoridade. Não o entendemos assim, porquanto, em se tratando de dever

jurídico imposto por lei, toda interpretação que dela se faça há de ser necessariamente restritiva.

A própria vítima, vale dizer, o próprio sujeito passivo da infração pode ser sujeito ativo da prisão em flagrante? 0 art. 301 não estabeleceu distinção, e nada

impede que o próprio ofendido prenda em flagrante o sujeito ativo do crime. Aliás, o inc. 111 do art. 302 refere-se expressamente ao ofendido, e, por outro lado, o art.

307 cuida do flagrante levado a efeito pelo próprio ofendido, quando este for Autoridade, e o crime cometido no exercício de suas funções.

6. Sujeito passivo

Quem pode ser sujeito passivo da prisão em flagrante? A pergunta parece destituída de interesse, porquanto o art. 301 fala em prisão de quem quer que seja

encontrado em flagrante delito. Daí se infere que o sujeito passivo da prisão em flagrante é qualquer pessoa. Esta, na verdade, é a regra. Há, entretanto, exceções.

Assim, nos termos do inc. 1 do art. 1.' do CPP, em virtude de tratado ou convenção, podem representantes diplomáticos gozar do privilégio de não ser presos grante.

Observem-se, ainda, as imunidades parlamentares. A pr(art. 53 da CF de 1988:

"Art. 53. Os deputados e senadores são invioláveis, por suas opiniões, palavras e votos.

§ U' Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados

criminalmente, sem prévia licença de sua Casa".

E os deputados estaduais?Até antes da CF de 1988, havia o entendimento do STF no sentido de que "a imunidade dos deputados federais não e automaticamente

deferida aos deputados estaduais" (cf. RV, 95/96), deixando entrever, por outro lado, que os Estados-Membros, em suas Constituições, podiam conter dispositivo

análogo àquele da Lei Maior.

Hoje, contudo, a matéria perdeu maior interesse, em face do § 1.0 do art.

27 da CF de 1988. Verbis:

"Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades_"

(grifo nosso).

Assim, por expressa disposição constitucional, estendem-se aos deputados estaduais as mesmas imunidades conferidas aos membros do Congresso Nacional.

Cumpre adiantar, por outro lado, que, apesar de a Súmula 4 deixar claro que "não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado", o

Excelso Pretório contestou o preceito sumular, num processo que envolvia o nome do Sr. Jair Soares, deputado federal, no cargo de Ministro da Previdência Social. E,

no caso Anísio de Souza, do PDS-GO, deputado federal exercendo as funções de Secretário de Estado em Goiás, o Excelso Pretório, por um dos seus membros, já deu

a entender que a imunidade só prevalece enquanto o congressista estiver no exercício do mandato.

Data venia, se o congressista, no momento da expedição do diploma, passa a gozar das imunidades de que trata o art. 53 da CE razão não há para perdê-las, enquanto afastado, exercendo o cargo de Secretário de Estado, tanto mais quanto o art. 56 da CF dispõe que o Deputado Federal ou Senador não

perderá o mandato, se "investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de

Capital ou chefe de missão diplomática temporária". Também não perderá, se 1icenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração,

de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa".

Ora, se não perde o mandato, obviamente conservam- se-lhe as prerrogativas e imunidades.

No que tange às imunidades dos deputados estaduais, o STF enfocou o problema sob dois aspectos: a) a imunidade concedida a deputados estaduais não

ultrapassa as divisas do Estado que as concedeu; b) a imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado (cf. Súmula 3).

Agora, em face da nova Constituição, desapareceram tais restrições. Um deputado pernambucano que venha a cometer uma infração no território paulista não

poderá ser preso em flagrante, salvo em se tratando de crime inafiançável. Nem processado, sem prévia licença do Plenário da Assembléia perriambucaria. E o

processo tramitará pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, aplicando-selhe, por analogia, a regra do art. 108, 1, a, primeira parte, da CE

Quanto aos vereadores, o entendimento pacífico era no sentido de não se lhes atribuir qualquer imunidade, seja material, seja formal.Vejase, a propósito, na RDA,

57/336, a corporificação do entendimento jurisprudencial: "Os Vereadores às Câmaras Municipais não gozam de imunidades na órbita penal; o texto da Constituição

estadual que dispuser em contrário é inoperante". Contudo a Constituição de 1988 lhes estendeu as imunidades materiais. Apenas as materiais.

0 art. 33, 11, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional prescreve que o Magistrado não pode ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão Especial

competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do Magistrado ao

Presidente do Tribunal a que esteja vinculado.

Assim, também, o inc. 111 do art. 40 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: "Constituem prerrogativas dos membros do Minis-1

tério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: ... 111 - ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante por crime inafiançável, caso em que a

autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça".

0 Estatuto da Advocacia dispõe, por seu turno, no § 3.' do art. 7.': "o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em

caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo". Estabelece o ine. IV que em se tratando de prisão em flagrante de Advogado por motivo

ligado ao exercício da Advocacia, exige-se a presença de representante da OAB, sob pena de nulidade.

Convém salientar que em se cuidando de infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes com pena máxima em abstrato não superior a um

ano, não sujeitos a procedimento especial), surpreendido o agente em situação de flagrância, não haverá necessidade de ser lavrado o auto respectivo, dês que o autor

do fato se comprometa a comparecer perante o Juizado, nos termos do parágrafo único do art. 69 da Lei ri. 9.099195. Parece-nos que essa regra deve ser observada

onde houver Juizado Especial, e, mesmo assim, a Autoridade Policial deverá encaminhá-lo ao Juizado. Onde não houver, melhor será a lavratura do auto, mesmo

porque não tem sentido o Juiz desta ou daquela Vara Criminal suspender a audiência para atender àquele caso.

7. Flagrante nos crimes de ação penal pública condicionada e nas hipóteses de ação privada

0 art. 301 do CPP não faz qualquer distinção entre crime de ação penal pública incondicionada, condicionada ou de alçada privada. Fala, tão-somente, em

"flagrante delito". Assim, parecerá ser possível prender-se alguém surpreendido praticando um crime de ação penal pública dependente de representação ou de

requisição do Ministro da Justiça e até mesmo nos casos de alçada privada.

0 assunto, entretanto, não é tão fácil quanto se cuida. Nos crimes de ação pública, dependente de requisição do Ministro da Justiça, a instância penal só se instaura

apos a requisição do Ministro da Justiça - ato político por excelência -, haja vista que o Estado lhe concedeu o direito de julgar da conveniência ou não da propositura

da ação penal, nos casos que a lei especifica. Se assim é, parece claro que, naqueles casos, não pode haver prisão em flagrante, pois, sendo esta, acima de tudo, um ato

cautelar visando ao não-prejuízo da execução ulterior de uma sentença, não se pode efetuá-la, porquanto não se sabe ainda se o Ministro da Justiça vai ou não julgar

conveniente a propositura da ação penal. A polícia, cremos, poderá intervir para evitar escândalo ou outras consequencias mais danosas, fazendo atuar o seu poder.

Todavia, se o Ministro da Justiça estiver presente, poderá autorizar a prisão em flagrante.

E nos crimes de ação pública, dependente de representação? A solução é a mesma. Se o Estado, nesses casos, outorgou ao ofendido, ou a quem legalmente o

represente, o direito de julgar da conveniência ou não da propositura da ação penal, é evidente que, nessas hipóteses, não se pode prender alguém em flagrante delito.

De fato. Sendo flagrante delito uma notitia criminis de natureza coercitiva, e se nesses casos a notitia criminis só pode ser dada pelo ofendido ou seu representante

legal, não se concebe possam as Autoridades Policiais, ou seus agentes, ou qualquer do povo, efetuar a prisão em flagrante. 0 mais que a Polícia poderá fazer é evitar a

continuação do fato delituoso ou mesmo o escândalo dele resultante. Se, entretanto, o titular do direito de representação - ofendido ou seu representante legal - solicitar

a prisão, esta deverá ser efetuada. No Direito argentino, há, até, disposição expressa. É o art. 329, in verbis:

"Cuando se trata de delicto cuya acción depienda de instancia privada, la aprehensión procederá si el que pueda promover la acción declara ante el oficial o

agente, presente en el lugar, su voluntad de denunciar" (CP argentino, art. 329).

A mesma regra se encontra no art. 380 do atual CPP italiano:

"Se si tratta di delitto perseguibile a querela, l'arresto in fiagranza è eseguito se la querela viene proposta, anche con dichiarazione resa oralmente all'ufficiale o

all'agente di polizia giudiziaria presente nel luogo".

Com maior razão não se pode conceber a prisão em flagrante nos casos de exclusiva ação penal privada. Todavia, se o titular da ação penal -

ofendido ou quem

legalmente o represente - solicitar a qualquer do povo ou a algum agente policial a prisão do sujeito ativo do crime, esta será válida. Válida será, também, se a prisão

for efetuada pelo próprio ofendido ou pelo seu representante legal.

Pergunta-se: nesses dois casos, para a lavratura do auto de prisão em flagrante e demais diligências

do inquérito, haverá, ainda, necessidade da representação ou daquele requerimento a que se refere o § 5.0 do art. 5.' do CPP? Tais peças, à evidência,

seriam supérfluas. Contudo, quando da lavratura do auto, deverá a Autoridade Policial consignar a presença do titular do direito de queixa ou de representação e o seu

desejo no sentido de que se efetuasse a prisão.

Lavrado o auto de prisào, nesses casos, dentro de que prazo deverá ser ofértada a queixa? 0 Código silencia. Na verdade, o art. 38 faz referência ao prazo de 6

meses para o oferecimento da queixa, na suposição, é claro, de estar o querelado solto. Se preso estiver, quer-nos parecer deva ser oferecida dentro do prazo de 5 dias,

aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 46, que estabelece tal prazo para oferecimento da denúncia, quando preso estiver o indiciado.

Tratando-se de crime

contra a propriedade imaterial, há preceito expresso: o art. 530 do CPP

estabelece o prazo de 8 dias.

8. Flagrante nas contravenções

~'I

1 11

E possível o flagrante nas contravenções? Claro que sim. E certo que o art. 301 fala em "flagrante delito", parecendo, assim, estar excluída a hipótese de

"flagrante contravenção", pois contravenção não é delito. Todavia, no artigo imediato, o legislador, ao estabelecer os casos de fiagrância, usa da expressão

"infração

penal", que, realmente, compreende o delito e a contravenção. Ademais, devemos adiantar que era pelo auto de prisão em flagrante que, grosso modo, se iniciavam os

procedimentos contravencionais, como se ve pelos arts. 26 e 531 do CPP, representando ele, nesses casos, o mesmo papel que a denúncia ou queixa para os crimes. 0

art. 129, 1, da CF não mais permitiu devesse o ato de iniciativa nos processos contravencionais ficar a cargo da Autoridade Policial ou Juiz.

Hoje, normalmente,

quando alguém é surpreendido cometendo uma contravenção, ou crime cuja pena máxima não supere um ano (dês que não sujeito a procedimento especial), é levado

obviamente à Delegacia de Polícia. Não se lavrará, entretanto, auto de prisão em flagrante, mas sim um termo circunstanciado, encaminhando-se, em seguida, o autor

do fato ao Juizado Especial Criminal. Ainda que não seja encaminhado incontinenti, se ele assumir o compromisso de comparecer ao Juizado, também não se lavrará o

auto, nos termos do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099195. Sem embargo, as nossas Autoridades Policiais costumam lavrar o auto de prisão...

9. Espécies de flagrante

De acordo com o nosso Direito atual, distinguimos três modalidades ou espécies de flagrantes:

a) flagrante em sentido próprio;

b) flagrante em sentido impróprio, também conhecido por "quaseflagrante"; c) flagrante presumido.

Diz-se flagrante em sentido próprio, quando o agente é surpreendido praticando a infração penal, isto é, surpreendido no instante mesmo da prática da infração,

ou, então, quando acaba de cometê-la.

É a noção que nos veio do art. 41 do Code d'Instruction Criminelle:

"Un délict qui se commet actuellement, ou qui vient de commetre".

Pouco importa esteja o agente em legítima defesa, estado de necessidade ou qualquer outra excludente de criminosidade; para a configuração do estado de

flagrância em sentido próprio basta esteja ele praticando, ou tenha acabado de praticar, um fato típico. Não há necessidade de serem examinados, naquele instante,

todos os elementos integralizadores da infração. Deverá apenas ser examinado se o agente estava matando, se estava agredindo, se estava danificando... Saber se agiu

em legítima defesa, em estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de um direito é problema para ulterior estudo.

Mas quando se pode dizer, para efeito da prisão em flagrante, que a infração acaba de ser cometida? Temos para nós deva haver uma quase absoluta relação de

imediatidade. Aliás, não há quem discrepe desse entendimento. Note-se que a doutrina chega a equiparar a situação de quem é surpreendido praticando uma infração

penal à daquele que acaba de cometê-la. Isso demonstra que, quando o inc.

11 do art. 302 do CPP fala em "acaba de cometê~la", quer significar, com tal dizer, a infração que ainda está crepitando, havendo entre a sua prática e a prisão uma relação de quase absoluta imediatidade.

Não é só: há certas situações que a lei assemelha à do flagrante delito propriamente dito, e, por isto, são equiparadas, para os efeitos legais, ao

flagrante próprio.

Como bem diz a Exposição de Motivos que acompanhou o anteprojeto que se converteu no atual CPP, o interesse da Administração da Justiça não pode continuar a

ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos que redundam em assegurar, coni prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos

surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este.

Que situações são estas? Apenas duas:

a) quando o indivíduo é perseguido logo após a prática do fato típico, pela Autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser

ele o autor da infração;

b) quando o indivíduo é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos, ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

A primeira hipótese não é, realmente, flagrância. A lei é que assim a considera, e, por isso, na doutrina, tal situação é conhecida como

"flagrante impróprio" ou

"quase-flagrância".

0 nosso Direito anterior (colonial, imperial e até mesmo republicano) conheceu o "quase-flagrante", mas, para a sua caracterização, não bastava, logo após o

crime, fosse o indigitado autor da infração perseguido pela Autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa em situação que fizesse presumir fosse ele o autor da

infração. Era preciso o "clamor público", e este clamor público, exigido também

pela legislação francesa, consistia, no dizer de Hélie, em "uma espécie de

exclamação, ao mesmo tempo precisa e enérgica". Era preciso, pois, que o criminoso, fugindo após a prática da infração, "fôsse mostrado e designado pelos gritos do

povo que, em alta voz, o indicasse como autor ou cúmplice".

A propósito, dispunha o art. 131 do Código de Processo Criminal do Império:

"Qualquer pessoa do povo pode e os oficiais de justiça são obrigados a prender e levar à presença do Juiz de Paz do distrito a qualquer que for encontrado

cometendo algum delito, ou enquanto foge perseguido pelo clamor público"

(grifos nossos).

Hoje, entretanto, é indiferente haja ou não clamor público para a caracterização do estado de flagrância. Com ele ou sem ele, havendo a perseguição, logo após a

infração, nos termos cuidados pelo inc. III do art. 302 do CPP, haverá flagrância. Flagrância imprópria, mas flagrância.

A lei, contudo, não expungiu do seu texto a expressão clamorpúblico.

Assim e que o nic. V do art. 323 do estatuto processual penal, com a redação dada pela Lei

n. 6.416n7, diz que não será concedida fiança "nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra

a pessoa ou grave ameaça".

A expressão, aí, tem, entretanto, sentido diverso. No Direito imperial, usavam-na na acepção de rogos ou reclamações proferidas em altas vozes, conforme

vimos. Atualmente, a expressão é empregada com outro significado. Quer o legislador dizer que, em qualquer modalidade de flagrância, desde que o crime

seja apenado com reclusão, não se concederá fiança se a infração

provocou uma índignação, causou repulsa, revoltou o meio social, comocionou a comunidade onde foi perpetrada.

Ao lado do quase-flagrante, há, também, o "flagrante presumido", o reputéflagrant do Direito francês.

Diz-se presumido o flagrante, nos termos do inc. IV do art. 302, quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos, ou papéis que

façam presumir ser ele o autor da infração.

Essa modalidade de flagrante não era conhecida nem na legislação do Brasil Império. Não se trata, por outro lado, de inovação. Adnútiamna, por exemplo, a

legislação francesa e a legislação italiana, e, entre nós, o CPP do Rio Grande do Sul teve a primazia de consigná-la.

Entende Basileu Garcia que essas duas modalidades de flagrante, dos incs.

I e II do art, 302, ainda são flagrante propriamente dito. Nos dois casos seguintes (incs.

III e IV) já se presume, pelas circunstâncias, que aquele que é perseguido é o autor da infração e, por isso mesmo, não se trata de flagrante propriamente, mas de

quase-flagrante. É uma situação quase semelhante à do flagrante propriamente dito, e daí a expressão "quase-flagrante". Tornaghi, entretanto, entende que flagrante

propriamente dito ou verdadeiro é aquele a que se refere o inc. 1 do art-302. Nos demais casos, há uma presunção de autoria e uma ficção de flagrante.

Não obstante h aja essa distinção na doutrina, o certo é que o Código reduz todas as hipóteses ao mesmo denominador comum, ao dizer:

"Considera-se em

flagrante delito quem: .....

Mais técnico, no nosso entendimento, o legislador italiano, ao prescrever, no art. 237 do CPP de 1930:

il reato.

l~

í

"Eflagrante il reato che si commette attualmente.

EP in stato di fiagranza chi viene colto nell'atto di commettere Si considera pure in stato di flagranza chi immediatamente dopo il reato è inseguito .....

0 atual CPP italiano, de 1988, no art. 382, disciplinou a matéria de modo diverso, deixando de fazer a distinção:

"Art. 382. Stato di flagranza - t in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia

giudiziaria, dalla persona offesa

o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prirna".

10. Diferenças entre as modalidades de flagrante Na primeira hipótese, isto é, no caso do inc. 1 do art. 302, há verdadeira flagrância. 0 agente está praticando a infração penal. Ele é surpreendido na prática da

infração. Assim, se alguém surpreende Bernardo batendo em Euzébio, há verdadeira flagrância.

No segundo caso, isto é, na hipótese do inc. H do art. 302, quando o legislador diz "acaba de cometê-la", deve haver uma quase absoluta relação de imediatidade.

0 agente deve ser encontrado imediatamente após a prática da infração, ou, como

salienta Torriaghi, entre a prática do crime e o surpreendimento do autor não houve

nenhum acontecimento (relevante). Se Ambrósio, ao chegar à porta do bar, encontrar Filipeu no chão, com o braço ferido, e, ali de pé, com a faca empunhada, José

Camaféu, não há dúvida de que houve um verdadeiro flagrante, porquanto o surpreendimento do agente ocorreu quando o delito ainda estava em chamas, ainda

crepitava.

A maior dificuldade, e dificuldade de ordem prática, costuma surgir para a configuração do chamado quase-flagrante ou do presumido, e dificuldade que surge,

exclusivamente, no interpretar as expressões

"logo após" e "logo depois".

0 inc. 111 do art. 302 fala em "perseguição logo após e o

inc. IV

fala da hipótese em que o agente é "encontrado logo depois, com ins trumentos..." (grifos nossos).

Em ambos os casos, as expressões têm, evidentemente, o mesmo sentido. 0

Direito francês usa de expressão semelhante: dans un temps voisin du délit. 0 Direito

italiano emprega a expressão immediatamente dopo. No Direito argentino, a expressão é a mesma: ffimediatamente después. A mesma expressão é usada no Direito

alemão: unmittelbar nach der Tat.

Tais expressões - logo após e logo depois -, de modo geral, são um tanto vagas, e, assim, há possibilidade de se interpretar com "maior flexibilidade o elemento

cronológico".

Temos para nós, entretanto, que o legislador, com tais expressões, quis estabelecer entre a prática da infração e a perseguição, ou entre a prática da infração e a

circunstância de ser o agente encontrado com instrumentos, armas ou papéis, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração, uma relação de imediatidade.

Não de absoluta imediatidade, porque se não a hipótese seria a do ine.

11.

No caso do inc. III, é preciso que a perseguição ocorra dentro de um tempo bem próximo da infração. Cremos que, se a perseguição ocorrer quatro ou cinco horas

após a infração, já não se pode dizer tenha sido feita logo após a infração, e, assim, não há cuidar-se do flagrante. Mas, se a perseguição iniciar-se imediatamente após

a infração, pouco importa que a prisão se realize dentro de cinco ou vinte horas. 0 que se exige é a perseguição logo após a prática da infração. Por outro lado, como

se infere do próprio iric. 111, não basta uma perseguição desordenada, sem saber qual pessoa está sendo perseguida. É preciso "que as circunstâncias que cercam a

perseguição o coloquem em situação que faça presumir ser ele o autor da infração". Se alguém furta uma bicicleta e, logo após o furto, seu proprietário passa a

procurar o veículo, dando uma verdadeira busca incessante, desconhecendo, entretanto, quem teria sido o autor do furto, mesmo que venha a descobri-lo oito horas

depois, não se pode dizer tenha havido flagrante, porque não houve a perseguição ao autor do furto, mas uma perseguição - investigação -

quando nem se sabia quem

fora o autor.

Diga-se o mesmo quanto à expressão logo depois, inserta no inc. IV do art. 302. É preciso, pois, que se interpretem tais expressões restritivamente, sob pena de

grave perturbação da noção de flagrante. Razão assiste a Manzini quando preleciona, a propósito do sentido da expressão inímediatamente dopo, equivalente às nossas

expressões "logo após" e "logo depois":

"No se exige, ciertamente, que el presunto delincuente no haya pasado a otros actos, pero se exige que no haya transcurrido tanto tiempo que exceda de lo que

comunmente se entiende por 'inmediatamentè (Derecho, cit., v. 4, p.

130).

Assim, também, Brichetti: "... para poderse considerar cuasifiagrante el delito, es necesario que no haya transcurrido desde la consumación del delito un tiempo

que sobrepase lo que comunmente se entiende por 'inmediatamente' o por

'poco antes'" (cf. G. Brichetti, La evidencia, cit., p. 164).

Estes ensinamentos foram acolhidos pela Corte de Cassação: '11 codice usando nell'art. 237, terzo comma, le espressioni 'immediatamente dopo'e

'poco

prima'non fissa limiti precisi di tempo. Per la sussistenza della quasi flagranza non se richiede, perciò, che il presunto reo non sia passato ad altri atti, ma si esige solo

che non sia trascorso tanto tempo da superare ciò che comunemente s'intende

con l'espressione 1 immediatamentè (cf. Cass., Sez. 111, 3

marzo 1950, Buda, Giur.

compl. Cass. pen., 1950,1, 2713, apud I Codici Penali annotati a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, 1974, p. 1414).

11. Infrações permanentes e habituais

Tratando-se de infração permanente, e como tal se entende aquela cuja ação se protrai no tempo, e. g., cárcere privado, redução à condição análoga à de escravo,

enquanto não cessar a permanência, haverá flagrância. Assim, se A seqüestra B em Bauru, no dia 1.' de fevereiro, e o mantém seqüestrado até o dia 20 do mesmo mês,

desde o dia L" até o dia 20 entende-se o agente em flagrante delito. É a regra contida no art. 303.

E nos crimes habituais? Crime habitual é aquele que exige, para sua configuração, pluralidade de ações. É crime plurissubsístente. Consiste, como diz Hungria, na

reiteração da mesma ação de modo a constituir um hábito de vida que incide sob a reprovação penal (Comentários, cit., v. 1, p. 43). 0 crime habitual exige, pois,

diversas ações. Uma só considerada insuladamente não incide no juízo de reprovação, mas sim o conjunto, a pluralidade. Exemplo: curandeirismo (CP, art. 284).

Como diz Noronha, um ato apenas não o constituirá; é mister uma série deles, a prática reiterada, para sua caracterização (Direito, cit., v. 4, p. 119). Respeitante ao

flagrante de infrações dessa natureza, a jurisprudência não e pacífica e remansosa. Haja vista os seguintes acórdãos:

"Não se coaduna o flagrante com a natureza da contravenção de vadiagem, uma

vez que esta se caracteriza pela habitualidade, e o auto de flagrante pela sua

própria definição não pode retratar uma infração de hábito" (cf. RT, 199/

440).

"Não se coaduna o flagrante com a natureza da contravenção de vadiagem. A habitualidade, requisito essencial para a configuração da vadiagem, somente pode

ser apurada, para dar lugar ao procedimento contravencional, por meio de sindicância regular" (cf. RT, 205/368).

"Lavratura em delito de casa de prostituição. Relaxamento, por não comprovar a habitualidade, requisito essencial da infração".

Inadmissibilidade. Decisão que

concede habeas corpus reformada (cf. RT, 265194, 283/70, 250/72, 271172, 242/56, 331/78).

Sem embargo dessa flutuação jurisprudencial, não concebemos o flagrante no crime habitual. Este ocorre quando a conduta típica se integra com a prática de várias ações que, insuladamente, são indiferentes legais. Ora, quando a Polícia efetua a prisão em flagrante, na hipótese de crime habitual, está

surpreendendo o agente na prática de um só ato. 0 auto de prisão vai apenas e tão-somente retratar aquele ato insulado. Não os demais. Ora, aquele ato isolado

constitui um indiferente legal. o conjunto, a integralidade, não. Se a corrente é formada de dezenas de

elos, não se pode dizer que um elo seja uma corrente. Assim, também, no crime habitual.

0 tipo integra-se com a prática de várias ações. Surpreendido alguém cometendo apenas uma das ações, evidente que o auto da prisão não vai retratar o tipo... mas

uma das ações que o integram.

Vale citar, aqui, o ensinamento de Leone: "no delito habitual ocorre o fenômeno característico do elemento físico composto de várias ações que, consideradas

isoladamente, no hanno rilevanza penale" (cf. Del reato abituale, 1933, p. 78). Ora, se as ações, isoladamente consideradas, não têm relevância penal, na chamada

"flagrância" dos crimes habituais, surpreende-se, apenas, um trecho da realidade delitiva, vale dizer, ninguém é surpreendido cometendo a infração, mas... uma ação

que, como já se disse, considerada isoladamente, não tem relevância penal. Mesmo que se faça uma sindicância prévia, não pode ser válido o flagrante em casa de

prostituição. Os fatos constatados na sindicância, ou, se quiserem, as ações constatadas na sindicância, não podem ser tidos como "flagrância", porque pertencem ao

passado, não mais havendo combustão, chama, fogo, crepitação... Se flagrante é o que arde, diz Pompeo Pezzatini, não poderá arder mais depois de terminada a ação

delituosa, já que se acabou a labareda... (cf. La custodia preventiva, Giuffrè, 1954, p. 56).

Convém lembrar, com Carnelutti: a expressão flagrante é metafórica e se refere à chama que, com certeza, indica combustão; quando se vê a chama, é

induvidoso que alguma coisa arde... E conclui: "Flagrancia es el delito, en general, mientras se ve, o sea, para quien lo ve cometer; en otras palabras, para quien está

presente a su cumplimiento..." (cf. Lecciones, cit., v. 2, p. 77).

Em suma: se o flagrante é, por assim dizer, um retrato fiel da infração, na hipótese de flagrância em crime habitual, não haveria um retrato do corpo inteiro... mas

de uma parte dele, incapaz de servir de elemento para identificá-lo...

Retrata-se, apenas, a mão, ou o pé, não o corpo na sua integralidade...

12. 0 auto de prisão em flagrante: formalidades, importância das formalidades, prazo para a lavratura do auto Efetuada a prisão em flagrante, o preso, ou, segundo a terminologia do nosso Direito, o conduzido, deverá ser apresentado àAutoridade competente (esta

Autoridade comumente é o Delegado de Polícia) por aquele que efetuou a prisão e que se chama condutor. Deverão também estar presentes testemunhas que

presenciaram a infração. Se não houver testemunhas presenciais, exigem-se, no mínimo, duas testemunhas que tenham presenciado a apresentação do preso à

Autoridade.

Presentes essas pessoas, será lavrado o auto de prisão em flagrante, em que se consignam data, hora e local da lavratura do auto, e, em seguida e na mesma peça,

será qualificado o condutor, passando, então, a Autoridade a inquiri-lo sobre o motivo da prisão ou do encaminhamento do conduzido à sua presença. Depois da

ouvida do condutor, e no mesmo auto, serão as testemunhas, cada uma de per si, qualificadas e inquiridas. Após a audição das testemunhas, será o conduzido qualificado e interrogado. Findo o interrogatório, que se fará de acordo com as regras estabelecidas nos arts. 186 e s. do CPP, que lhe forem aplicáveis, será o auto

encerrado, assinando-o a Autoridade que o presidiu, o escrivão que o lavrou (CPP, art. 305), o conduzido, o condutor e as testemunhas. Se, porventura, o conduzido

não souber, não quiser ou não puder assiná-lo, não se aplicará o disposto no parágrafo único do art. 195, mas sim o disposto no § 3.' do art. 304

do mesmo diploma,

isto é, deverá o auto ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura, na presença do acusado, do condutor e das testemunhas que depuseram. Como

diz Walter Acosta: o auto de flagrante é peça inteiriça, de texto corrido, redigida e ditada pela Autoridade, contendo no preâmbulo o título, a data, o local, o nome e o

cargo da Autoridade que preside o ato, e que prossegue com a qualificação e declaração do condutor, das testemunhas e, por último, com o interrogatório do

conduzido. Em seguida, assinam a Autoridade e todas as pessoas que em qualquer condição participam do ato (0 processo, cit., p. 4 1). Como se vê, na hipótese do §

3.' do art. 304, haverá a necessidade de o auto ser assinado por mais duas testemunhas, e estas deverão fazê-lo após a sua leitura, estando presentes o condutor, o

acusado e as testemunhas que depuseram.

Poderá parecer formalidade secundária. Não o é, entretanto, como veremos dentro em pouco.

Pergunta-se: na hipótese do art. 304, caput, bastará uma testemunha? 0

art. 304 fala em condutor e testemunhas, dando a entender devam ser ouvidas, além

daquele, duas testemunhas, no mínimo. Espínola Filho e Basileu Garcia entendem que o condutor funciona como verdadeira testemunha, e, portanto, bastará uma

testemunha além dele. Não nos parece assim. A lei fala em condutor e testemunhas, distinguindo, perfeitamente, estas daquele. Além disso, a prisão em flagrante,

como toda prisão cautelar de natureza processual, constitui uma exceção, e, por isso mesmo, não se pode interpretar o texto legal que versa sobre as

formalidades de

tal medida extrema com liberalidade. Pelo contrário até. Sem embargo disso, a jurisprudência é pacífica no entendimento de que o condutor é uma testemunha. A

propósito, o venerando acórdão inserto nos Julgados do Tribunal de Alçada, 3. trim. 1967, p. 84:

" ... é tranqüilo, na jurisprudência, o entendimento de que, no auto de flagrante, é o condutor do preso uma autêntica testemunha".

Veja-se, também, RTI, 51/566.

Não obstante as lições da jurisprudência, entendemos que, em consonância com a lição de Frederico Marques, se a "prisão em flagrante possui caráter

excepcional, pois amplia o poder estatal de supremacia, em detrimento do direito de locomoção, sem as formalidades processuais do prévio controle jurisdicional",

evidente que "as normas formais impostas à autoridade administrativa são indeclináveis: tratase de requisitos ad sollemnitatem cuja razão de ser se encontra na

excepcionalidade do poder conferido à referida autoridade" (cf. J.

Frederico Marques, Anotações aos Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, de Pimenta

Bueno, Revista dos Tribunais, 1959, p. 86).

Assim, se o art. 304 do CPP determina à autoridade ouvir o condutor e as testemunhas, evidente que, ouvindo-se o condutor e uma testemunha, o auto se ressente

de uma formalidade...

Por outro lado, é de lembrar que o art. 304 do CPP estabelece uma ordem que

deve ser observada. Sua inversão induz nulidade do auto como peça coercitiva.

Nesse sentido, veja-se o julgado na RT, 4891380.

Poderá ser válido um auto de prisão em flagrante sem a ouvida do conduzido? Normalmente, não, em face do contido no art. 304 do CPP.

Entretanto, em casos

excepcionais, é perfeitamente válido um auto de prisão em flagrante sem a ouvida do conduzido. Suponham-se as seguintes situações: a) Preso em flagrante pela contravenção da embriaguez e conduzido à Delegacia,

não haja condições para se interrogar o contraventor... Nem teria sentido a lavratura do auto no dia seguinte, quando passasse a carraspana. Nesta hipótese, lavra-se o

auto, com a presença do Defensor e, afinal, registra-se a circunstância que levou a Autoridade a não ouvir o conduzido. b) Numa cidade do interior é preso em

flagrante um estrangeiro que desconhece, totalmente, o idioma nacional.

Procura-se um intérprete e não se encontra... Quide inde? Lavra-se o auto de prisão,

registrando-se a circunstância que levou a Autoridade a deixar de ouvir o conduzido... c) Idêntico procedimento deverá ser observado se o conduzido for surdo-mudo

analfabeto e não houver pessoa capaz de interpretar-lhe a mímica. E se o conduzido estiver gravemente ferido, sendo, por isso mesmo, levado à mesa de cirurgia9

Nada impede a lavratura do auto. Nesta hipótese singular, a Autoridade Policial se transporta com o escrivão, condutor e testemunhas a uma das salas do hospital e, ali

mesmo, providencia a lavratura do auto, tendo, antes, o cuidado de nomear um curador para o "inconsciente". É bem verdade que o STF, em julgado de que foi

relator

o eminente ex-Ministro Eloy da Rocha, salientou ser inválido o auto de prisão em flagrante lavrado sem a presença do preso (cf. RTI, 5 3/43 1).

A hipótese ali tratada,

todavia, foi completamente diversa.

Deverá também a Autoridade Policial informar o preso dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e

de advogado, nos precisos termos do art. 5.0, LXIII, da CF. Hoje, o indiciado, esteja preso ou em liberdade, seja na Delegacia, seja perante o Juiz, tem,

constitucionalmente, o direito ao silêncio. Se entender ser melhor permanecer calado, estará ele no exercício sagrado do seu direito.

Instante para a lavratura do auto

0 auto de prisão em flagrante deve ser lavrado no instante mesmo em que o conduzido é apresentado à Autoridade Policial. É certo não existir preceito expresso.

Entretanto, pela redação do art. 304 do CPP, subentende-se tenha sido esta a vontade do legislador. Não teria cabimento que o condutor, acompanhado do conduzido e

das testemunhas, se apresentasse à Autoridade e esta os dispensasse para, no dia imediato, lavrar o flagrante. Manifesto seria o incomedimento da autoridade.

Haveria infringência ao art. 5.', LXVI, da Magna Carta. Mais: absurda seria a providência da autoridade no sentido de, inclusive, "dispensar" o conduzido, para, no dia

seguinte, ouvi-lo também.

Por derradeiro: como se infere do próprio § 1.' do art. 304, quando da ouvida do condutor e das testemunhas, "pode não resultar suspeita contra o conduzido",

não podendo então a Autoridade mantê-lo preso. É até caso de o Delegado relaxar o flagrante. Assim, uma serôdia lavratura do auto de prisão, no exemplo citado,

seria um ilegal constrangimento, não digo abuso, mas excesso de poder.

Suponha-se que o flagrante não tenha obedecido às exigências dos incs.

III e IV do art. 302. 0

cidadão foi preso 32 horas após o crime, sem que houvesse aquela perseguição a que se refere o iric. 111 do art. 302. É óbvio que, nesse caso, não poderia a

Autoridade, legalmente, chancelar a prisão e muito menos determinar o recolhimento do conduzido ao xadrez para, no dia seguinte, ouvir o condutor, testemunhas,

tomando conhecimento, então, de uma ilegalidade sobre a qual já se deveria ter inteirado no dia anterior.

Pode acontecer, ainda, que, a despeito de preso em flagrante, principalmente nas hipóteses de flagrante impróprio e presumido, não seja o conduzido o autor da

infração.

Assim, para evitar inconvenientes dessa ordem e inconvenientes de conseqüências sérias, não teria cabimento pudesse aAutoridade Policial procrastinar a

lavratura do auto de prisão em flagrante.

Por todas essas razões, pensamos, deve aAutoridade Policial, a despeito da ausência de dispositivo expresso, lavrar o auto de prisão em flagrante tão logo lhe seja

apresentado o conduzido. Poderá ocorrer que a Autoridade esteja lavrando outro auto ou esteja realizando alguma diligência. Nesses casos, é natural devam ser

aguardados alguns instantes, sem que haja qualquer restrição ao jus libertatis do

conduzido.

Há quem pense que o auto de flagrante poderá ser lavrado no dia seguinte, desde que, no prazo de 24 horas, a partir da prisão, seja entregue ao conduzido a nota

de culpa, nos termos do art. 306 do CPR Nesse sentido, a lição de Walter Acosta (0 processo, cit., p. 40) e entendimento de alguns acórdãos.

Na verdade, a lei não diz, expressamente, deva o auto ser lavrado logo após a apresentação do conduzido. Limita-se a determinar seja entregue ao preso "nota de

culpa" dentro de 24 horas, e, como a nota de culpa só poderá ser fornecida após a lavratura do auto, alega-se que este poderá ser lavrado até mesmo no dia seguinte ao

da apresentação

do preso, conquanto haja tempo para a entrega da nota de culpa dentro das 24 horas que se seguirem à prisão (RT, 231/59, 238/96; RF, 160/ 356, 199/439).

Sem embargo disso, entendemos, pelas razões já expostas, deva a Autoridade lavrar o auto tão logo lhe seja apresentado o preso. É nesse sentido o magnífico

acórdão inserto na RF, v. 152:

"Ilegal é o auto de flagrante lavrado no dia seguinte ao da prisão, não correndo necessidade invencível para justificar o adiamento de sua lavratura".

Pode acontecer seja o cidadão preso em flagrante às 3 horas da manhã, e, não havendo "plantão", nada obsta seja o auto lavrado às 7, 8 ou 9 horas.

É razoável que

assim se pense. 0 que não se justifica é a tardia lavratura sem a ocorrência de motivo ponderável. Tanto é exato tal entendimento que o art. 308 do CPP, versando

sobre a prisão em lugar onde não hajaAutoridade, determina que o preso

"seja logo apresentado à do lugar mais próximo". Isso demonstra e redemonstra o cuidado do

legislador no sentido de ser evitada maior restrição ao direito de liberdade do cidadão.

A esse respeito, doutrina Tornaghi:

"... na verdade, o fato de a lei não dar prazo à Autoridade para a autuação significa seu desejo (da lei) de que o preceito seja cumprido imediatamente, isto é, logo que

possível, tão pronto quanto seja possível (ad impossibilia nemo tenetur)"

(cf. Manual, cit., p. 531).

Formalidades

Analisando-se os artigos do CPP pertinentes à prisão em flagrante e outros que lhe são aplicáveis, podemos, então, sem a pretensão de não omitir algumas,

enumerar as formalidades do auto de prisão em flagrante.

Atendido, por primeiro, o pressuposto essencial, que é a prisão do indigitado autor dentro daquelas hipóteses do art. 302 e seus incisos, passamos às

formalidades:

a) É preciso tenha aAutoridade atribuições para presidir à lavratura do respectivo auto. Diz a Constituição, no art. 144, o que compete à Polícia Federal (§ L'), e o

que compete à Polícia Civil (estadual) está

contido no § 4.' do citado artigo. Tratando-se de infração militar, o auto será presidido por uma Autoridade Militar.

Pode a Polícia Civil presidir à lavratura de auto de prisão em flagrante em infrações da alçada da Justiça Comum Federal? 0 § 4." do art. 144 da Lei Maior, após

dizer competir à Polícia Civil exercer as funções de Polícia Judiciária (CPP, art. 13) e apurar as infrações penais, ressalva a competência da União já fixada nos §§ 1.0 e

2." do art. 144, e as infrações militares. Dizendo o art. 144, § 1.% 1, da CF que a Polícia Federal destina-se a apurar infrações penais contra a ordem política e social

ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, quer-nos parecer que a Polícia Civil, ou local, não pode

presidir à lavratura de auto de prisão em flagrante em crime da alçada federal, a não ser nos casos de tráfico internacional (e ao que parece somente no Estado de São

Paulo, em face de convênio celebrado entre o Ministério da Justiça e o Governo do Estado de São Paulo). É possível, até, que o auto seja aproveitado, como peça

informativa. Todavia, em face da incompetência da Polícia Civil, o auto, como peça coercitiva, não tem valor, posto que levado a cabo por autoridade incompetente.

Aliás, sob a égide da Constituição anterior, no Recurso Criminal n. 398

(SC), Reg. n. 3434320, em acórdão de que foi relator o eminente Ministro Flaquer Scartezzini,

assim decidiu o extinto TFR: "Correto e pacífico é hoje o entendimento de que o auto de prisão em flagrante está sujeito aos critérios de nulidade formal. Ainda que tal

falha seja imprejudicial à acusação, pode, contudo, o vício tomar nula a fundamentação da custódia processual. A lavratura do auto de prisão em flagrante por

autoridade incompetente importa em nulidade absoluta do ato que permitiria a aplicação da custódia processual" (DJU, 19-9-1985, p.

15894).

Se assim era anteriormente, com melhor razão agora, uma vez que a Magna Carta, como vimos, restringiu a competência da Polícia Civil. Cabe a esta investigar

as infrações penais, ressalvada a competência da União...

0 Juiz pode exercer tal função? Hoje, com a extinção do procedimento penal ex officio, de que cuidavam o art. 5 3 1 do CPP e o art. 1 .' da Lei ri. 4.611, de

2-4-1965, pensamos que o Juiz somente poderá exercê-la na hipótese tratada no art. 307 do CPP.

Também não se deve deslembrar a Súmula 397 do STE Tampouco a Lei Orgânica da Magistratura e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

b) Ouvida do condutor e de duas testemunhas presenciais, ou, então, que tenham assistido à apresentação do conduzido.

c) Ouvida do conduzido, nos termos dos arts. 185 e s. do CPP (se possível).

d) 0 auto deverá ser assinado pela Autoridade, ou defensor (se for o caso), condutor e testemunhas.

escrivão, curador

e) Ocorrendo a hipótese tratada no § 3." do art. 304 do CPR

indispensavel, também, a assinatura daquelas duas testemunhas.

f) Se o conduzido for menor, sera sempre conveniente a observância da regra constante no art. 15 do CPP, isto é, a nomeação de um curador.

g) Quanto à Autoridade competente para presidir à lavratura do auto, além daquelas já indicadas, não se deve deslembrar o que dispõe o art. 33, b, da Lei ri. 4.77

1, de 15-9-1965 (Código Florestal). Tampouco o art. 2." da Lei n. 1.508, de 19-

12-1951, e a Súmula 397.

h) A Autoridade competente para presidir à lavratura do auto de prisão em flagrante é a do local onde ocorrer a prisào-captura e não a do local em que se cometer

a infração, nos termos do art. 290 do CPP (cf. RT, 416/244 e 420/65).

i) Se no local onde ocorrer a captura não houver Autoridade Policial, o auto de prisão em flagrante deverá ser lavrado perante a Autoridade do local mais próximo

(cf. CPP, art. 308, e RT, 420/65).

j) 0 auto deverá conter as assinaturas das pessoas que nele intervieram.

1) 0 auto deve ser lavrado pelo escrivão competente, ou, na hipótese do art. 305 do CPP, a pessoa designada deverá prestar o compromisso (cf. RT, 501/26;

Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, p. 74).

m)As testemunhas e o condutor deverão prestar o compromisso, nos termos do art. 203 do CPP (cf. Basileu Garcia, Comentários, cit., v. 3, p. 119).

n) Na hipótese de ser o indiciado perseguido e preso em outra comarca, urge ficar consignada a observância ao disposto no § 1.0, a e b, do art.

290 do CPR

o) 0 preso tem direito à assi * stência de um Advogado e da família.

Tal direito já estava previsto na 6. Emenda à Constituição americana.

Se ele quiser e a Autoridade não o atender, pensamos que o flagrante, como peça coercitiva, perde o seu valor, porquanto se trata de uma formalidade. Entretanto, o que temos visto na prática é o indíciado

"dizer" não querer que se dê notícia à sua família, "por estar envergonhado" e

que---nãoprecisa de Advogado"...

p) Tem, também, conforme salientamos, o direito de permanecer calado.

Enfim, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, devem ser obedecidas todas as formalidades legais, sob pena de o auto tornarse imprestável como

peça coercitiva, sem prejuízo, entretanto, da propositura da ação penal.

Às vezes, o Juiz percebe não terem sido obedecidas as formalidades da lavratura do flagrante e, conforme a natureza do crime e outras circunstâncias (art. 313),

relaxa a prisão em flagrante e decreta a prisão preventiva, ficando, destarte, legalizado o encarceramento.

É de ponderar que toda prisão deve ser precedida da ordem escrita daAutoridade competente. 0 flagrante, por razões já esclarecidas, constitui uma exceção. 0

legislador, todavia, para evitar abusos e descomedimentos das Autoridades, mormente policiais, que, em regra, lavram os autos de prisão em flagrante, estabeleceu

uma série de formalidades que devem ser observadas, e nessas formalidades reside a garantia do cidadão.

Trata-se de formalidades ad solleninitatem, e, comoforma dat esse rei, a ausência de qualquer desses requisitos pode levar o Magistrado a relaxar a prisão.

As formalidades estabelecidas em lei para o flagrante constituem, inegavelmente, elemento essencial da regularidade do ato, em virtude de ser a prisão,

principalmente aquela de que se cuida, medida excepcional. Daí o acerto das decisões insertas nas RT, 239164, 243/61, 272/ 83, 2661463, 25615 39, 244/359,

283/509, 214/52, 219/40, 2651113, 27 11 105, 270/106, 275/98, 265/119, 2771114,283/60, 272/64,2671106, 2251 76 e 266/123.

13. A nota de culpa

Prescrevia a Constituição, como uma das garantias individuais, que, dentro de 24 horas após a prisão em flagrante, devia a Autoridade entregar ao preso a nota de

culpa. Esta nada mais é senão o meio pelo qual toma ele conhecimento dos motivos que lhe determinaram a prisão. A atual silencia, por entender tratar-se de matéria

exclusivamente processual.

A nota de culpa, segundo dispõe o art. 306 do CPP, além de conter os motivos da prisão, Possibilitando ampla defesa do acusado, tal como quer a Magna Carta, e

constituindo um obstáculo ao abuso das detenções ilegais, deve referir também o nome do condutor e o das testemunhas e ser assinada pela Autoridade que lavrou o

auto.

Como se dessume do parágrafo único do art. 306 do CPP, deve ser extraída em duas vias, sendo o original entregue ao preso, devendo este passar recibo na

cópia, que será anexada aos autos do inquérito. Se o preso não souber, não puder ou não quiser assinar o recibo (cópia), haverá necessidade de o fato ser testemunhado por duas pessoas. Tratase de exigência legal.

Como já vimos, essa nota de culpa deve ser entregue ao preso dentro do prazo de 24 horas, a partir da prisão, sob pena de invalidade do auto e conseqüente relaxamento daquela. Qualquer excesso de prazo, aí, configuraria

constrangimento ilegal.

14. Comunicação da prisão

Maior:

Assim dispõem os incisos LXII, LXIII e LXV do art. 5.' da Lei

"A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serao comunicados imediatamente ao juiz competente e à fainífia do preso ou à pessoa por ele

indicada'"

"0 preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."

"A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autori dade judiciária."

Assim, cumpre à autoridade que lavrar o auto de prisão em flagrante comunicá-la ao Juiz, e esta comunicação é feita enviando-se ao Magistrado cópia do auto

respectivo. Se, porventura, o Juiz entender nao ser caso de flagrante ou se achar terem sido inobservadas as formalidades legais, poderá relaxá-la e, conforme o caso,

providenciar, junto ao órgão da acusação, apuração da responsabilidade daAutofidade coatora.

A Lei ri. 4.898, de 9-12-1965, proclama, no seu art. 4.', letra a, constituir abuso de Autoridade

i

44ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder".

Por outro lado, também constitui abuso de poder, nos termos da letra c do art. 4.` da citada lei,

"deixar de comunicar, imediatamente, ao Juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa".

Não se pense, todavia, que a falta de comunicação ou a comunicação não feita "imediatamente" invalidará o flagrante. Conforme salientou o Excelso Pretório, tal

comunicação não é requisito da legalidade da prisão, mas um meio de se evitarem prisões ilegais. Assim, a conseqüência da ausência ou tardia comunicação consistirá

apenas em se promover a responsabilidade da Autoridade omissa ou retardatária.

Por outro lado, se a prisão ou detenção for ilegal e o Juiz deixar de relaxá-la, incidirá na reprovação que se contém na letra d do art. 4.0 da Lei n. 4.898165. In

verbis:

"Constitui também abuso de autoridade deixar o Juiz de ordenar o relaxamento da prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada".

Malgrado, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em acórdão cuja ementa foi publicada no DJU (20-3-1981, p. 2244), entendeu que a falta de comunicação era

motivo para desconstituir a prisão e deferiu o writ.

15. Infração praticada em presença da Autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções

Assim dispõe o art. 307 do CPP:

"Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto * narração deste fato, a voz de prisão, as

declarações que fizer * preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz

a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto".

Distinguem-se aí duas hipóteses:

a) a infração é praticada em presença da Autoridade, quando no exercício de suas funções;

b) a infração é cometida contra a Autoridade, quando no exercício de suas funções.

Entende Tornaghi (Manual, cit., v. 1, p. 557) que a cláusula "no exercício de suas funções" se refere a ambas as hipóteses. Somos, também, dessa opinião. Há,

na frase "quando ofato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções", uma oração subordinada adverbial temporal (quando

o fato for praticado em presença da Autoridade) e uma falsa coordenada-subordinada adverbial temporal (ou contra esta). É como se o texto dissesse: quando o fato

for praticado em presença da Autoridade, ou quando for contra esta, no exercício de suas funções. Se o legislador quisesse restringir o adjunto adverbial temporal que

se traduz com a expressão "no exercício de suas funções", à segunda oração, teria suprimido a vírgula posta após a falsa coordenada-subordinada adverbial temporal

"ou contra esta". E, então, teríamos: "quando o fato for praticado em presença da Autoridade, ou contra esta no exercício de suas funções".

Aquela vírgula, entretanto, mudou o sentido das orações, dando a entender claramente que a lavratura do auto de prisão em flagrante, nos moldes do art. 307 do

CPP, somente se verificará quando a infração for praticada em presença daAutoridade, quando no exercício de suas funções, ou quando cometida contra ela própria, se

estiver no exercício de suas funções.

Qual a Autoridade a que se refere o texto? Quando comentamos o art. 30 1, vimos que somente a Autoridade Policial e seus agentes é que têm o dever jurídico de

efetuar a prisão em flagrante, em face da redação daquele dispositivo.

Por outro lado, malgrado a revogação dos arts. 26 e 531 do CPP, o certo é que,

salvo a hipótese

de flagrante, ninguém poderá ser preso sem autorização judicial. Sem exceção. Ora, se somente o Juiz é que pode determinar a prisão, evidente poder ele presidir à

lavratura de auto de prisão em flagrante na hipótese do art. 307 do CPP, tanto mais quanto este dispositivo, na sua parte final, acentua que os autos devem ser

remetidos "imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto".

Em face desses argumentos, concluímos que, além da Autoridade Policial, poderá, também, o Juiz presidir à lavratura do auto de prisão em flagrante na hipótese enfocada.

Ensina Tornaghi que o art. 307 faz referência a qualquer Autoridade, mesmo às não judiciárias (cf. Manual, cit., v. 1, p. 553). Cremos que não se lhe pode dar uma interpretação tão extensa. Pode acontecer que um Promotor, mesmo estando no exercício de suas funções, presencie a prática de uma infração e, sem embargo, não poderá presidir à lavratura do auto de prisão em flagrante, uma vez que, no nosso entendimento, somente aAutoridade, com tais poderes, é que poderá fazê-lo. Ademais, o art. 307 não se refere à infração praticada em presença de Autoridade, mas sim em presença da Autoridade, e, com esta expressão, quis o legislador determiná-la. Não é qualquer Autoridade, mas determinada Autoridade. Que Autoridade? Aquela com poderes de presidir à lavratura do auto de prisão: Autoridade Policial, Juiz. Certo que a Súmula 397 ampliou esse número, ao dizer: " 0 poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento" (grifo nosso) "a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito".

Mas, nesse caso, a legitimação da Câmara ou do Senado decorre das regras constantes do seu regimento, vale dizer, do regimento feito pela Casa das Leis.

Quando o Juiz preside o auto de prisão em flagrante, poderá ele mesmo continuar à frente do processo? Como se infere da redação do art. 307, in fine, parece que nada o impede. Contudo é de

ponderar: se o crime for contra ele, é natural não possa continuar à frente do processo, em face da existência de sério impedimento, qual o previsto no inc. IV do art. 252 do CPP, E, se o fizer, o processo não estará apenas radicalmente nulo, mas inexistente, pois o Juiz não pode exercer jurisdição quando for parte ou diretamente interessado no feito. E, na segunda hipótese, se assistiu ele à infração? Ainda assim, cremos deva o Magistrado presidir à lavratura do auto e esquivar-se de ficar à frente do processo, pois, embora não conste do respectivo auto ter sido ele o condutor, o certo é que serviu de testemunha, e, ainda assim, haverá impedimento.

16. Prisão efetuada fora do "locus delicti"

Muitas vezes, praticada a infração num lugar, o infrator é preso em outro. Em casos que tais, a Autoridade competente para a lavratura do fiagrante será aquela do lugar onde se efetivou a prisão, obedecendo-se às regras estabelecidas no art. 290 e seus parágrafos. Assim, se A pratica um homicídio em Bauru e, logo após, é perseguido por um soldado e este vem a alcançá-lo em Agudos, deverá o executor apresentá-lo imediatamente à Autoridade local, que, depois de lavrado o auto de flagrante, providenciará a remoção do preso. Se o crime for afiançável, esta mesma Autoridade tem, nos termos do art. 332 do CPP, atribuições para arbitrar a fiança, conquanto se trate de contravenção ou crime apenado com detenção (cf. CPP, art. 322).

Outras vezes, no local em que se efetua a prisão não há Autoridade. Nesse caso, cumprirá ao executor (rectius: condutor) apresentar o preso (conduzido) à Autoridade do lugar mais próximo, como determina o art. 308 do CPP.

17. Concessão da liberdade provisória

Já vimos que a prisão que antecede àquela resultante de um decreto condenatório do órgão Jurisdicíonal é sempre e sempre uma medida excepcional, uma medida extrema, ditada exclusivamente por um estado de necessidade em prol da própria Administração da Justiça. Por isso mesmo a prisão provisória - e toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual é provisória - deve ser decretada dentro dos limites do indispensável, do necessario, como se fosse uma medida de segurança de natureza processual.

Assim, se houver no auto de prisão em flagrante elemento probatório suficiente,

de molde a convencer o Juiz de que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, 1, 11 ou 111, do CP, isto é, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, cumpre ao Magistrado, nos termos do art. 3 10 do CPP, depois de ouvir o órgão do Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante simples termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

0 dispositivo em análise comporta alguns esclarecimentos: a) Embora o texto fale de concessão de liberdade provisória ao réu, a providência pode e deve ser adotada até mesmo na fase pré-processual.

Note-se que o preceito confere tal poder ao Juiz, pela simples verificação da excludente de antijuridicidade no auto de prisão emflagrante. Se a medida somente pudesse ser tomada em relação aos réus que estivessem naquela situação, o texto falaria emprocesso. Permitin

do, contudo, a providência, com base no auto de prisão em flagrante, é induvidoso ser ela permitida na fase do procedimento informativo.

b) Evidente que a excludente de antijuridicidade deve estar estreme de dúvida. Do contrário, a medida somente poderá ser tomada desde que não mais subsistam os motivos que a vedavam, ou, então, com fulcro no parágrafo único do citado art. 3 10.

c) Embora o texto empregue a expressão poderá, demonstrativa de mera faculdade, estamos hoje convencido de que se trata de um poder que se converte em dever, se satisfeitas as condições legais.

Nem teria sentido ficasse a medida subordinada ao bel-prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola, do Magistrado.

Negada a providência, por simples obstinação do Juiz, nada impede que a sua decisão seja contrastada pela Instância Superior, por meio de habeas corpus. Nesse particular, o ensinamento de Basileu Garcia (cf. Comentários, cit., 1945, v. 3, p. 139, n. 132).

d) 0 órgão do Ministério Público deverá ser ouvido. Caber-lhe-á, tão-somente, apreciar as provas existentes, valorando-as, para, em seguida, opinar pela

concessão ou não da medida. De qualquer sorte, o Juiz, à evidência, não se vincula ao seu parecer.

e) A liberdade provisória poderá ser conferida, mesmo que se tra~ te de crime inafiançável, uma vez que o art. 3 10 se contenta, tão-só com a verificação da causa excludente de antíjuridícídade.

1) Concedida a liberdade provisória, o beneficiário sujeitar-se-á apenas e tão-somente ao ônus de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

g) Uma vez revogada a medida, desde que o não-comparecimento a qualquer ato do processo ocorra sem motivo justo, não poderá o réu, se o crime for afiançável, pretender obter novamente a

liberdade provisória, já agora sob fiança. A revogação aí é semelhante àquela de que trata o art. 350 do CPP. E, como nessa hipótese, descumprindo o ônus referido no art. 327 do CPP, o réu, no mesmo processo, não poderá prestar fiança (art. 324, 1), não o poderá, também, no caso tratado no art. 3 10, uma vez que o ônus ali registrado é o mesmo previsto no art. 327.

h) É indispensável que o termo de comparecimento, citado no art3 10, seja lavrado pelo escrivão, ou por quem suas vezes fizer, e assinado pelo réu e pelo Juiz.

i) Se o Juiz conceder a liberdade provisória, arbitrariamente, o órgão do Ministério Público, ou o querelante, se for o caso, poderá interpor recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, V, do CPR

j) Relaxada a prisão em flagrante, descabe o recurso ex officio, referido no art. 574, 1, do CPP, uma vez que, nessa hipótese, o Juiz não está concedendo habeas corpus de ofício. Remetido o auto de prisão em flagrante a juízo, o preso fica à sua disposição, e, assim, não tem sentido possa o Magistrado conceder habeas corpus contra si próprio.

De assinalar, ainda, que o art. 3 10 do CPP faz referência exclusiva às hipóteses dos incs. 1, 11 e 111 do art. 23 do CR Daí se dessume que, nos casos de coação irresistível, obediência hierárquica, erro de fato e embriaguez fortuita, não

haverá para o Juiz aquele mesmo poder conversível em dever, salvo se a hipótese subsumir-se no modelo do parágrafo único do citado artigo, acrescido pela Lei ri.

6.416, de 24-5-1977.

Com efeito, essa lei introduziu no art. 310 um parágrafo, dando à liberdade provisória, sem fiança, no Direito brasileiro, um colorido todo especial, de cunho eminentemente liberal, numa demonstração de profundo respeito à liberdade individual. Hoje, no Direito pátrio, o índícíado ou réu somente poderá ser preso, provisoriamente, em determinados casos, se satisfeitos os requisitos previstos nos arts. 311 e 312, ou, então, se insatisfeitas ficarem as condições referidas nos arts. 408, § 1% e 594, todos do CPP. Por outro lado, se preso em flagrante, o estado coercitivo não perdurará se não ocorrer nenhuma das hipóteses que legitimam a prisão preventiva. Eis o texto completo:

"Art. 3 10. Quando o Juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, 1, 11 e III, do Código Penal (atual art. 23, 1, 11 e 111), poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)".

Assim~ quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que a segregação do indiciado ou réu é desnecessária para a garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, ou mesmo que não haverá nenhum inconveniente para a instrução criminal permitir-A Clì

lhe ficar solto, determinará a abertura de vista ao órgão do Ministério Público para se pronunciar a respeito e, apos, poderá conceder-lhe liberdade provisória mediante

termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Pouco importa, também, tratar-se de infração afiançável ou inafiançável.

Na primeira hipótese, pode dar-se o caso de o réu já ter prestado fiança.

Pouco importa.

Poderá o Juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado, constatar se estão ausentes as condições que legitimariam a prisão preventiva. Em caso positivo, isto é, não

havendo nenhuma delas (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou asseguramento da aplicação da lei penal), cumprirlhe-á fazer devolver a

caução a quem a prestou, continuando o réu em liberdade, após a formalização do termo de comparecimento já citado.

Como se percebe, em nenhuma fase da história do Brasil o respeito à liberdade individual foi tão profundo. Não deixa de ser um paradoxo termos conseguido

tamanha conquista no campo da liberdade individual num período de exceção... Nunca, nem mesmo nos denominados governos democráticos, o legislador se

conscientizou de que a prisão provisória é profundamente comprometedora da liberdade e, por isso mesmo, deveria, como realmente deve, ser reservada às hipóteses

estritamente necessárias - vale dizer, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e perigo de uma insatisfação da pena.

Agora, estando aprisão provisória sob uirilargo controle jurisdicional, grave responsabilidade pesa sobre os Juízes.

Caber-lhes-á perquirir, quer nos casos de flagrante, quer nas hipóteses de prisão preventiva, se a ordem pública ficará ameaçada, se há perigo de conturbá-la, se o

indiciado ou réu está tentando prejudicar a instrução criminal, com medidas capazes de adulterar os meios de convicção de que se valerá o Juiz para julgar a causa, se,

enfim, em liberdade, frustrará eventual aplicação da lei penal. Não bastará, é

óbvio, a mera suposição do Juiz. Baldaria a lei o Magistrado que negasse a liberdade

provisória, por exemplo, dizendo que assim agia para assegurar a aplicação da lei penal. Caber-lhe-á, indiscutivelmente, apontar os elementos de que dispõe para

chegar àquela conclusão.

Não se deve deslembrar que, quando alguém comete uma infração penal, o jus puniendi sai do plano abstrato para o concreto. Já agora o Estado pode praticar

atos persecutórios, visando à inflição da pena. Todavia, naquele momento surge, também, um direito correlativo a favor

do indigitado autor do fato punível: o direito a que sua responsabilidade seja previamente estabelecida, graduada a sanção e imposta com sujeição aos pressupostos

fixados em lei. Em suma: o Estado não pode punir senão por meio de um regular processo. Neste, evidentemente, tomam-se as cautelas indispensáveis, a fim de que se

faça, com justiça, a subsunção do fato à norma. Assegurar a descoberta da verdade real, possibilitando uma normal instrução criminal; conhecer a personalidade do

réu, a fim de que eventual pena a ser-lhe imposta seja adequada, perfeitamente individualizada; tomar as necessárias cautelas, a fim de garantir a pena a ser aplicada,

são métodos que devem ser empregados para se lograr o fim imediato do processo: a subsunção do fato à norma. Evidentemente, para se conseguirem tais objetivos, a

única maneira é ter o imputado à disposição da Justiça. Então sua prisão provisória repousa na necessidade. E se tudo estiver a mostrar que os objetivos serão

alcançados sem necessidade do encarceramento do réu? Não seria tal medida profundamente injusta e iníqua? Por que mantê-lo preso? Se a prisão provisória não é

pena, mas sim uma medida precautória, é induvidoso que esta somente poderá ser admitida se necessária. Às vezes, estando o réu em liberdade, poderá ele, como

vimos, causar transtornos à ordem pública. Nesta hipótese, também se admite, por razões óbvias, sua segregaçao provisória. 0 que não se pode, sob pena de se resvalar

para o arbítrio e prepotência, é presumir-se que os fins do processo não serão alcançados sem a prisão do réu. Por outro lado, sua maior ou menor periculosidade não

pode exercer qualquer influência no campo da prisão provisória.

Assim, justificar-se a prisão provisória em face da periculosidade do réu seria uma forma de se burlar a lei, que, às expressas, impede a aplicação provisória de

medida de segurança mesmo para as pessoas referidas no art. 26 do CR 0

art. 378 do CPP tacitamente foi revogado com a reforma penal de 1984.

Pouco importa, também, investigar se ele é ou não primario. Só em dois casos a lei se preocupa com a vida anteacta do réu: ' se for pronunciado por crime

inafiançável, ou por este condenado. E o que vemos nos arts. 408, § 2.', e 594 do CPP. Nessas duas hipóteses, em face de disposição legal, a lei ordinária exige a

prisão do réu. Não sendo, não poderá ser julgado pelo Tribunal do Júri, se pronunciado, nem apelar em liberdade. Mesmo nessas hipóteses, não há uma razão séria a

justificar a prisão provisória. 0 autor de homicídio qualificado, se primário, aguarda em liberdade o julgamento... Já o partícipe do aborto, se reincidente (embora a

pena seja bem menor), deverá ser preso...

Como o texto legal usa o verbo poder, à primeira vista tem-se a impressão de que se trata de mera faculdade do Juiz. A concessão da liberdade provisória, na

hipótese do art. 3 10 e do seu respectivo parágrafo único, ficaria na dependência de um favor judicis. Carlos Maximiliano, com justa razão, observa que, às vezes, as

palavras pode e deve nem sempre são entendidas na acepção ordinária. "Se ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico,

atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, pode assume as proporçoes e o efeito de deve" (cf. Hermenêutica e aplicação do direito, Freitas

Bastos, 1961, p. 336). E acrescenta: "... os valores jurídico- sociais conduzem a fazer o poder redundar em dever, sem embargo do elemento gramatical em contrário"

(cf. Hermenêutica, cit., p. 337).

Observe-se, de início, que a expressão " ... o Juiz... poderá..." está contida no corpo do art. 310 do CPP, e,já nos primeiros anos de vigência do CPP, Basileu

Garcia professava: "Se o recusar (o benefício) ao réu que a ele tenha direito, poderá ser sanado o constrangimento pelo recurso ao habeas corpus, que, nos termos do

art. 648, remediará a coação à liberdade corporea que não tiver justa causa" (cf. Comentários, cit., v. 3, p. 139).

Entendia, pois, a doutrina, já àquela época, que a não-concessão da liberdade provisória na hipótese do art. 310 implicava verdadeiro constrangimento ilegal...

Ora, se era constrangimento ilegal, conclui-se que o poderá não revelava nem traduzia mera faculdade do Juiz. Satisfeitos os pressupostos (ter sido o ato praticado em

legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade ou exercício regular de um direito), outra opção não poderia sobrar ao Magistrado senão a

de conceder a liberdade... Logo, a liberdade provisória, no caso enfocado, era e é um verdadeiro direito subjetivo de natureza processual do réu.

Por outro lado, se o parágrafo único do art. 310 determina se observe a regra do caput do artigo, quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a

inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, conclui-se, também, que a não-presença de qualquer das circunstancias que autorizam a

prisão preventiva, i. e., garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou asseguramento da aplicação da lei penal, confere ao indiciado ou réu o direito

subjetivo de natureza processual à liberdade provisória.

A ÇC

Aliás, na Exposição de Motivos do projeto que se converteu na Lei n.

6.416, de 24-5-1977, há duas passagens que revelam e traduzem, de maneira eloqüente, que

a prisão em flagrante ficou tolerada nos casos de extrema necessidade, o que mais lhe realça o caráter de medida cautelar: "... De igual modo, procedeu-se quanto à

prisão provisória, a ser utilizada somente quando e na medida em que for necessária aos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública"... "Quanto à prisão

provisória... principalmente a prisão em flagrante... foi ela reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública

.....

Daí se dessume que o relaxamento da prisão em flagrante, ou, se quiserem, a

concessão da liberdade provisoria vinculada sem fiança, nos termos do art. 3 10 e

seu respectivo parágrafo do CPP, não se constitui num favor judicis. Não se trata de mera faculdade conferida ao Magistrado. Cabe-lhe, sem dúvida, com

circunspecção, analisar a hipótese sub judice, para constatar, apenas, se há, ou não, elementos que o levem a admitir que o preso, em liberdade, perturbará a ordem

pública, causará embaraço à instrução criminal, ou, então, se condenado, se subtrairá à aplicação da lei penal. Inexistindo elementos nesse sentido, a prisão em

flagrante não se justifica.

E preciso, por outro lado, que não se interpretem as expressões garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e asseguramento da aplicação

da lei penal com maior elasticidade, para que não se torne ilusório o direito conferido ao cidadão preso em flagrante. Se o réu, em liberdade, vai cometer outras

infrações, se o crime por ele praticado comocionou a sociedade e há, até, uma revolta geral, periclitaria a ordem pública... Se o réu, em liberdade, vai aliciar testemunhas mendazes, afugentar outras, subornar peritos etc., a instrução criminal ficará seriamente comprometida... Se tudo indica que o reu, em liberdade, vai

desaparecer, já estando, inclusive, se desfazendo dos bens de raiz, temeroso que está do resultado do processo, ou, dependendo do crime, se nada radica o criminoso

ao distrito da culpa, será temeridade conceder-se-lhe a liberdade provisória...

Ademais, ainda que tal interpretação não fosse a melhor, não devem ser olvidados dois brocardos latinos: Inpoenalibus causis benignus interpretandum est (opte

pela interpretação mais benigna quando se tratar de causa penal) e Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit (toda vez que

seja duvidosa a interpretação do texto concernente à liberdade, no sentido da liberdade se resolva ...).

Observe-se, por derradeiro, que, naquela Exposição de Motivos a que nos referimos, Sua Excelência o Sr. Ministro da Justiça justificou a reformulação da

legislação quanto à prisão em flagrante, aduzindo que elafavorece a observância doprincípio da presunção de inocência de quem ainda não foi condenado... E, por

isso mesmo, o parágrafo único foi introduzido junto ao art. 310 do CPP, exatamente para sacrificar ao mínimo a liberdade enquanto o réu não for definitivamente

condenado, pois não deixa de ser uma ignominia prender-se para saber se se deve prender...

As Leis ri. 8.072/90 e 8.035190, a primeira sobre os crimes liedíondos propriamente ditos e, por equiparação, tráfico, tortura e terrorismo, e a última sobre

sonegação fiscal e economia popular, vedam a liberdade provisória. Assim, também, nos crimes praticados por organização criminosa (Lei ri.

9.034/95) e nos atinentes

à "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n. 9.613/98) não será concedida a liberdade provisória, com ou sem fiança.

18. Poderá a Autoridade Policial relaxar a prisão?

Pelo que se infere do § 1.' do art. 304 do CPP, tal será possível. Se, quando da lavratura do auto, não resultar das respostas dadas pelo condutor, pelas

testemunhas e pelo próprio conduzido, fundada suspeita contra este, a

Autoridade não poderá mandar recolhê-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, conclui-se

que a Autoridade Policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5.', LXII, a fim de que se apure possível

responsabilidade da Autoridade coatora, isto é, da Autoridade que efetuou a detenção.

19. Flagrante preparado

É muito comum, nos delitos de concussão, o particular avisar a Polícia de que o funcionário dele exigiu dinheiro e que ficou acertado que o pagamento seria

realizado em tal dia, às tantas horas e em tal lugar. A hora aprazada, quando o particular está efetuando a entrega da quantia exigida indevidamente, chega a Polícia.

Evidente que flagrante não houve. 0 crime já se consumara anteriormente, com o simples pedido da importância indevida. A chegada da Polícia não tornou impossível

a consumação. Impediu, apenas, o exaurimento do crime, o que é diferente.

Válido será o flagrante se, entre o pedido e a efetivação do pa-1

o

gamento, medear pequeno espaço de tempo. Do contrário, de nenhum valor será o auto de prisão em flagrante como peça coercitiva, valendo, todavia, como simples

peça informativa. Veja-se o magnífico acórdão do STF na RTJ, 43/9.

Nesta hipótese não há que se falar em flagrante preparado. Mas, quando este se verificar, inteira aplicação terá a Súmula 145: "Não há crime quando a preparação

do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

Assim, quando o empregador, suspeitando que os furtos em sua empresa vêm sendo realizados por um certo empregado, deixa-o à vontade, numa determinada

seção do estabelecimento, como se nele depositasse inteira confiança e, ao mesmo tempo, monta um esquema de segurança, com policiais disfarçados e

estrategicamente dispostos, e, no exato momento em que o empregado surripia o objeto, é surpreendido pelos guardas...

Evidente que neste caso estarnos em face de um crime putativo. Este, em sentido amplo, como diz Hungria, é reconhecível em três hipóteses: a) quando o agente supõe infringir uma norma penal, e esta realmente não existe (erro de direito para a doutrina tradicional; erro de proibição para a teoria

finalista);

b) quando o agente, embora movido por uma representação criminosa, engana-se sobre o objeto específico do crime, ou sobre a qualidade jurídica necessária ao

objeto para que o crime se configure (erro de fato para a doutrina tradicional e erro de tipo para a teoria finalista); c) quando circunstâncias preordenadas por outrem e ignoradas do agente, ardilosamente induzido ao crime, impossibilitam a seriedade deste (simulacro de crime

por obra de agente provocador) (cf. Comentários, cit., Forense, 1955, v.

1, t. 2, p. 101).

A terceira das hipóteses, ensina Hungria, é a que se verifica quando alguém insidiosamente provoca outrem à prática de um crime e, simultaneamente, toma as

providências necessárias para surpreendê-lo na flagrância da execução, que fica, assim, impossibilitada Cw frustrada... E arremata: nesses casos, chamados crimes de

ensaio ou de experiência ... o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia ... 0 desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, ab

initio, a vigilância da Autoridade Policial ou do suposto paciente toma impraticável a real consumação do crime. Um crime que, ACn

além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas conseqüências frustradas por medidas tomadas de anternão, não passa de um crime imaginário... (cf.

Comentários, cit., v. 1, t. 2, p. 103-4).

Daí a Súmula 145...

Contudo não se deve confundir o flagrante preparado com o flagrante esperado. Hungria, aliás, já chamava a atenção para a distinção: "Deve-se notar, porém,

que já não há falar em crime putativo quando, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a este apenas se dá o

ensejo de agir, tomadas as devidas precauções" (cf. Comentários, cit., v.

1, t. 2, p. 105).

0 Excelso Pretório, no Recurso de Habeas Corpus n. 55.361, cuja ementa foi publicada no DJU (12-8-1977, p. 547 1), adiantou: "... Não se pode confundir o

agente provocador com o funcionário policial que, informado previamente acerca de crime que alguém está praticando ou vai consumar, diligencie prendê-lo em

flagrante, pois em tal hipótese a intervenção da autoridade não provocou nem induziu o autor do fato criminoso a cometê-lo".

20. Flagrante protelado

Essa situação é diversa da prevista no art. 1% 11, da Lei n. 9.034195

(Lei do Crime Organizado). Aqui o agente percebe que alguém está em estado de flagrância.

Poderia até dar-lhe voz de prisão. Contudo, nesse caso, a lei permite que o agente policial não aja precipitadamente, conferindo-lhe poderes para procrastinar a ação

repressiva, mantidos os responsáveis sob observaçao a espera de uma oportunidade "mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações". Pode-se falar em flagrante protelado.

21. Flagrante forjado

Por último, o flagrante forjado. Infelizmente já se tomou lugar-comuni o procedimento de certos policiais que colocam substância entorpecente no bolso do

cidadão, ou em seu veículo, ou, no caso de busca domiciliar, para que esta não resulte infrutífera, apreendem, em qualquer dos cômodos, certa quantidade de maconha

ou cocama, por eles ali colocada, e dão voz de prisão ao infeliz... Daí porque devem os policiais, nesses casos, antes da busca, seja pessoal, seja domiciliar, convidar

civis para assistirem à diligência.

capítulo 47

1. Noções gerais

Da Prisao Preventiva

SUMÁRIO: 1. Noções gerais. 2. Espécies. 3. Prisão preventiva compulsória.

4. Prisão preventiva facultativa. 5. Fundamento. 6. Pressupostos. 7.

Momento para a decretação. 8. Quem pode decretá-la? 9.

Quem poderá requerer a medida? 10. Circunstâncias que autorizam a preventiva. 11. As hipóteses legais. 12. Fundamentação. 13. Recursos. 14.

Proibição. 15. Preventiva nas contravenções. 16. Revogação.

Prisão preventiva é espécie do gênero "prisão cautelar de natureza processual". A rigor, toda prisão que anteceda a uma condenação definitiva é preventiva.

A própria prisão em flagrante é uma prisão preventiva lato sensu.

Entretanto, quando se faz referência a essa modalidade de prisão cautelar, tem-se em vista

aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, seja como medida de segurança de natureza

processual (como dizia Faustin Hélie, Traité, t. 4, p. 606), seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, seja por conveniência da

instrução criminal.

A prisão preventiva stricto sensu, e esta é a de que agora se cuida, está regulada no CPP, nos arts. 311/316.

Já vimos que toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a

única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena.

Todos conhecem as críticas feitas por Carrara, quando afirmava que a prisão preventiva (lato sensu) deprime e abate o sentimento de dignidade pessoal de quem

é ferido por uma mancha imerecida, depois de haver levado uma vida honesta e inocente (Opusculi, v. 4, p. 299).

Todos conhecem os ensinamentos de Filangieri e de Mário Sala, este mais radical ainda, pois chegava a pregar a abolição da prisão preventiva (Studi legislative

sul carcere preventivo, Rivista Penale, 2113 8). Além disso, é sabido o perigo

que representa o encarceramento de cidadãos não reconhecidamente culpados junto a

réus condenados. É certo que o CPP dispõe, no art. 300, que, sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.

Mas, na prática, nunca é possível a separação... cabendo, assim, falar-se daquelajusta advert¿ncia de José Araya: "Las cárceles son hoy, y es doloroso decirlo,

verdaderos focos donde se gesta el delito, se forman los delincuentes bajo la 'experiencia' e aquellos otros, cuyos prontuarios indican una vieja actuación en las esferas

del vicio... Y, así, lejos de disminuir la criminalidad, ella aumenta progresivamente transformando al primario ocasional en reincidente, y al rural en urbano" (cf.

Excarcelación provisoria, Rosario, 1938, p. 55).

Sem embargo das críticas que se fazem à prisão que antecede à condenação definitiva, o certo é que todas as legislações a admitem como um "mal necessário",

como dizia o grande Flamand: "É uma dessas dolorosas necessidades sociais, perante as quais somos forçados a nos inclinar" (Étude, Paris, 1877, p. 265).

Ortolan chega a qualificá-la de "fatal necessidade": fatal aos homens, dizia ele, e fatal à sociedade; fatal também à justiça, porquanto se prende, inocente ou

culpado, o homem que ainda não foi julgado (cf. Droit pénal, v. 2, p.

560).

Embora pondo em perigo um dos bens mais caros e apreciados pelo homem - a liberdade - que a Lei Maior protege e reconhece, justifica-se a prisão preventiva

como uma necessidade para assegurar o

ZrI

império efetivo do Direito Penal. Muitas vezes, o autor de delitos, especialmente aqueles apenados com maior rigor, procuraria buscar a ímpunidade com a fuga; outras vezes, solto, procuraria burlar a ação da justiça, obstaculizando a colheita de provas; em outras, tal prisão ainda é uma necessidade para que

a ordem pública não seja posta em risco, não corra perigo com a prática de outros delitos.

Justificando-a, diz Donnedieu deVabres: "La détention préventive met l'agent dans la impossibilité de commettre des nouvelles infractions; elle l'empêche de

prendre la fuite, et de se soustraire aux recherches de la justice; elle l'empêche de supprimer les preuves du délit, de faire disparaître les indices, de se livrer à des

collusions frauduleuses, de soudoyer des faux témoins" (Droit crim., ri.

1.307).

Por isso mesmo dizia Faustin Hélie: "A prisão preventiva é, ao mesmo tempo, uma medida de segurança, uma garantia da execução da pena e um meio de

instrução" (Traité, cit., t. 4, p. 606).

Em excelente monografia, Arturo Zavaleta define-a como uma medida precautória de índole pessoal, criando para o indivíduo sobre o qual recai um estado mais ou menos permanente de privação de liberdade, suportada em estabelecimento adequado, e que é decretada pelo Juiz competente no curso de uma causa, contra o imputado, com o único objetivo de assegurar sua

presença em juízo e garantir a eventual execução da pena (cf. La prisión, cit., p. 74). Podemos acrescentar outros objetivos: a garantia da ordem pública e a

preservação da instrução criminal.

2. Espécies

No Direito brasileiro existiam, até há pouco tempo, duas espécies de prisão

preventiva stricto sensu: a obrigatória e a facultativa. Em alguns casos (quando a pena

cominada ao crime fosse de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos), o Juiz era obrigado a decretar a medida extrema.

Nos demais casos, a lei deixava-lhe (e hoje continua deixando em todo e qualquer caso) ao prudente arbítrio decretá-la ou não. Cabia, como cabe, a este julgar da conveniência e necessidade da medida.

Na primeira hipótese, a prisão era obrigatória ou compulsória; facultativa, no segundo caso.

3. Prisão preventiva compulsória

Já vimos que a prisão preventiva compulsória ou obrigatória era aquela imposta pela lei, imperativamente, desde que satisfeitos seus pressupostos genéricos e

específicos. Satisfeitos os pressupostos gené

ricos (aqueles comuns a ambas as modalidades de prisão preventiva) -

prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria -, cabia ao Juiz atentar para a pena

máxima cominada à infração, nos pre-

cisos termos do art. 312.

Se satisfeitos os pressupostos genéricos e se a pena cominada ao crime fosse de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos, o Juiz era obrigado

a decretar a prisão preventiva. Sua decretação era exigência legal. A linguagem da lei dispensava qualquer comentário:

"A prisão preventiva será decretada" (dizia o art. 312) 44nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos".

Tratava-se de verdadeira inovação no nosso jus positum. Nunca, no Direito

brasileiro, houve tão violenta medida. A prisão preventiva, desde tempos bem

recuados, em outras legislações e inclusive entre nós, semprefoi entendida como uma necessidade e decretada em casos especialíssimos e assim mesmo detendo o

Magistrado o prudente arbítrio de decretá-la, quando o interesse público assim o exigisse.

Ao tempo do Brasil Colonial, permitia-se ao Magistrado decretar a prisão preventiva do cidadão, nos casos mais graves e, assim mesmo, se houvesse necessidade

para segurança da instrução ou eventual execução da pena.

Ao tempo do Império, sob o influxo das idéias da Revolução Francesa, procurou-se acautelar ainda mais a liberdade individual. A Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão, no seu art. 9.', deixou estabelecido que "todo homem, sendo presumido inocente até que seja declarado culpado, se for decidido que é

indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei", e, por isso, a Constituição

Imperial, no art. 179, §§ 9.' e 10, estatuiu sobre os poucos casos de restrição da liberdade individual, e os legisladores ordinários, quer os do Código de Processo

Criminal, quer os da Lei n. 2.033, de 20-9-1871, atribuíram ao Juiz o poder de julgar sobre a conveniência ou não da excepcional medida.

Com o advento da República, e outorgando a Constituição de 1891 aos Estados-Membros a competência para legislarem sobre matéria processual, cada Estado

elaborou seu Código de Processo, perdendo, assim, a matéria processual, no território brasileiro, a uniformidade.

Dentre todos aqueles Códigos que surgiram, o único que procurou trazer, no particular, uma inovação para o Direito pátrio foi o gaúcho. De fato.

Assim dizia o

art. 194 desse diploma:

"A ordem de prisão preventiva deve ser expedida: a) no caso de homicídio ou lesão corporal gravíssima, salvo se estes fatos são justificáveis ou cometidos casualmente; b) nos atentados à propriedade, quando as penas excedam de quatro anos de prisão celular;

c) se o indiciado, durante a formação da culpa, pratica novo delito, ameaça a parte ofendida ou tenta corromper ou intimidar as testemunhas".

Tratava-se, pois, de verdadeira inovação. Era a consagração, em texto de lei, da prisão preventiva obrigatória. Entretanto, como bem frisou Romeu Pires de

Campos Barros, em sua excelente monografia sobre a prisão preventiva compulsória, a exótica medida foi logo repelida, tendo o Excelso Pretório declarado

inconstitucionais as disposições daquele Código que não se conciliavam com a legislação federal no assunto das restrições à liberdade individual.

De lá para cá, o Direito brasileiro, conservando a boa doutrina, manteve-se fiel àquele princípio de que a prisão preventiva é um mal necessario e deve ser

decretada, exclusivamente, em casos excepcionais e, assim mesmo, deixando-se a medida ao cauteloso arbitriumjudicis.

Entretanto, por volta de 1930, surgiu o CPP italiano, que ab-rogava o de 1913, e, entre outras novidades, trouxe aprisão preventiva compulsória para 1os delitos

contra Ia personalidad del Estado y reprimidos con reclusión no inferior a dos an~os ni superior a diez, o con una pena más grave; en los casos de homicidio

consumado o tentado etc.".

E, tendo a Constituição brasileira de 1934 abolido a competência dos Estados-Membros para legislarem sobre matéria processual, cuidou-se, de logo, da

elaboração de um novo diploma processual penal, e este veio em 1941. É o atual Código de Processo. Manifesta foi a influência que o diploma peninsular exerceu

sobre seus elaboradores, e a tal ponto chegou essa influência, que, desprezando-se todo um passado de repúdio à prisão preventiva compulsória, foi ela introduzida no

Direito pátrio.

Trata-se, evidentemente, de medida odiosa. Que o legislador admitisse, corno fundamento da prisão preventiva, o perigo da insatisfação da pena é razoável. Às

vezes, certas circunstâncias fazem gerar no espírito do Juiz o convencimento de que o réu, solto, se subtrairá à eventual execução da pena.

Justifica-se, nesse ponto, o encarceramento provisório do cidadão. Mas chegar ao extremo de presumir-se juris et de jure o periculum in mora, o perigo da

subtração à eventual execução da pena, é uma dessas coisas inomináveis.

Toda a doutrina se rebelou contra tal medida. Tão esdrúxula era, que pouquíssimas

legislações a admitem. E, assim mesmo, reservam-na para os casos mais graves.

A comissão de direitos humanos da ONU, segundo relato de Tornaglii, revelou que apenas as legislações da Itália, da Áustria, da Albânia e do Brasil admitem a

prisão preventiva compulsória.

Fundamento

Qual o fundamento da prisão preventiva compulsória? Por que determinava o legislador devesse o Juiz decretar a prisão preventiva, uma vez satisfeitos os

pressupostos necessários, na hipótese do art. 312 do CPP?

Decerto não foi com receio de burla à instrução criminal nem como garantia da ordem pública, mas ante o receio de subtração da execução de um possível

decreto

condenatório. Seu fundamento, pois, era o periculum in mora (rectius: periculum libertatis), o perigo da insatisfação da pena ou da serôdia satisfação da pena.

- 0 legislador, no caso, presumiu juris et de jure tal perigo, dada a circunstância de que, sendo a pena demasiadamente grave, o normal é o imputado, ante a iminência

de um decreto condenatório, fugir, desaparecer.

0 excepcional é ficar aguardando a decisão da Justiça e, se condenado for, apresentar-se à prisão.

Por essas razões, todas as vezes em que estavam satisfeitos os pressupostos da prisão preventiva compulsória, o Juiz não tinha o poder de julgar da conveniência

ou não de decretar essa medida cautelar. Devia decretá-la. Pouco importavam as condições subjetivas do agente, vale dizer, pouco importava a maior ou menor

periculosidade do réu, como entendia o Prof. Gomes Netto (cf. RT, 247127).

Diga-se até de passagem que o legislador não fez qualquer alusão a possível periculosidade do réu. Perigoso ou não, praticando um delito apenado com reclusão

por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos, o cidadão seria preso preventivamente, se houvesse prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Pode-se afirmar, até, que todos os fundamentos invocados para toda e qualquer prisão preventiva stricto sensu, tais como perigo da insatisfação da pena, garantia

da ordem pública, conveniência da instrução criminal, todos eles eram presumidos quando se tratava de preventiva compulsória. E a presunção, in casu, era absoluta.

Pressuposto específico

0 pressuposto específico da prisão preventiva compulsória estava contido no art. 312 do CPP. Antes de qualquer indagação, era preciso saber se apena de reclusão

cominada ao crime era por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos.

Se o fosse, estaria satisfeita a exigência daquele dispositivo. Assim, por exemplo, se o crime praticado fosse o previsto nos arts. 121, 125, 129, § 1% 157, 158, 159,

312 etc., o pressuposto específico estaria atendido, pois a pena cominada a tais crimes, sobre ser de reclusão, é por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos.

4. Prisão preventiva facultativa

Quando vigorava, entre nos, a prisão preventiva obrigatória, para os crimes cuja pena de reclusão fosse, no máximo, igual ou superior a 10

anos, havia, também,

outra modalidade de prisão preventiva cuja decretação ficava ao prudente arbítrio do Juiz. Era a denominadafacultativa. Abolida aquela, permaneceu esta com a mesma

denominação. Embora o Código não usasse a expressãoprisão preventiva facultativa, era assim que a doutrina designava aquela modalidade de preventiva que ficava

subordinada a outros requisitos além da prova da materialidade do fato e da autoria. A expressão, contudo, foi criada em oposição à preventiva compulsória. Se esta

não mais existe, não há razão que justifique a conservação daquele nome, mesmo porque tal denominação dá a falsa idéia de que a prisão preventiva fica subordinada

exclusivamente à vontade do Juiz, o que não é verdade.

É claro que a prisão preventiva fica condicionada à prudência e discrição do Juiz. A lei, contudo, fixa-lhe os pressupostos e condições de admissibílidade. Não se pode, pois, denominá-la obrigatória nem facultativa. Não é obrigatória, porque a lei não impõe ao Juiz o dever de decretá-la; não é

facultativa, porque não fica exclusivamente subordinada, condicionada, à vontade do Magistrado. Tanto isso é verdade que, se o Juiz deixar de decretá-la, o órgão do

Ministério Público ou o querelante poderá interpor recurso em sentido estrito, como previsto no inc. V do art. 581 do CPP, com a nova redação que lhe deu a Lei n.

6.416, de 24-5-1977. Ademais, é de observar que o Juiz, decretando-a ou não, será obrigado a fundamentar sua decisão. Logo, não se pode, hoje, falar em prisão

preventiva meramente facultativa.

Por outro lado, as Leis n. 5.349, de 3-11-1967, e 8.884, de 11-6-1994, deram nova fisionomia ao instituto. Hoje, o texto legal está assim:

"Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério

Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para

assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício

suficiente de autoria.

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: 1 - punidos com reclusão;

11 - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para

esclarecê-la;

111 - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art.

46 do Código

Penal.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o Juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do

art. 19, 1, Il ou 111, do Código Penal (atual art. 23, 1, Il e III).

Art. 315. 0 despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.

Art. 316. 0 Juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se

sobrevierem razoes que a justifiquem".

5. Fundamento

Já sabemos que toda e qualquer prisão que anteceda à decisão definitiva do Juiz é medida drástica, ou, como dizia Bento de Faria, é uma injustiça necessária do

Estado contra o indivíduo e, por isso, deve ser reservada para casos excepcionais.

Se é injusta porque compromete o jus libertatis do cidadão, ainda não definitivamente considerado culpado, por outro lado, em determinadas hipóteses, a Justiça

Penal correria um risco muito grande deixando o indigitado autor do crime em

liberdade. Por isso mesmo, entre nós, a prisão preventiva somente poderá ser decretada

dentro naquele mínimo indispensável, por ser de incontrastável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e condições, evitando-se ao máximo o

comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara.

Incontrastável necessidade, eis seu fundamento.

6. Pressupostos

Os pressupostos da prisão preventiva estão contidos no art. 312 do CPP.

São eles a "prova da existência do crime" e "indícios suficientes da autoria". Assim, em

caso algum poder-se-á decretá-la se ausente qualquer um deles.

Com acerto preleciona Espínola Filho: a medida se autoriza quando há prova da existência material da infração e quando os indícios apontem, seriamente, o

inculpado como seu autor" (cf. Comentários, cit., v. 3, p. 370).

"Sem a coexistência dos dois elementos contidos no inciso legal: a) prova do crime; b) existência de indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva incide em constrangimento ilegal, sanável por meio de habeas corpus" (cf.

RF, v. 152).

l~

1

Aliás, no particular, remansosa é a jurisprudência e não menos pacífica tem sido a doutrina. Veja-se, a propósito, o acórdão citado por Walter Acosta na página

81 do seu Processo penal: "A primeira condição, aliás, condição fundamental, para que se possa decretar a prisão preventiva de alguém, é a prova da existência

material do crime .....

Sem esta, a prisão preventiva constituirá injustificável violência, que os nossos estatutos legais decididamente repelem.

A lei exige prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita.

É preciso haja prova da materialidade delitiva.

Ao lado da prova da existência do crime, exige a lei "indícios suficientes da autoria" como condição indispensável, também, para a decretação da medida

excepcional. Não se trata, quando a lei fala em "indícios suficientes de autoria", de prova levior, nem de certeza, mas daquela probabilidade tal que convença o

Magistrado. Explica Frederico Marques que a expressão indício suficiente tem o sentido de probabilidade suficiente e não a de simples possibilidade de autoria (cf.

Estudos de direito processual penal em homenagem a Nélson Hungria, p.

129).

No mesmo sentido, a lição de Borges da Rosa: "Devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto.

No entanto eles devem ser suficientes para tranqüilizar a consciência do Juiz" (Processo, cit., v. 2, p. 28 1). Razão assiste a Beling quando, ao tratar da matéria,

preleciona que 1a prisión significa una intervención más grave en la esfera jurídica del inculpado... Por eso no basta para la orden de detención que la condena sea más

probable que la absolución: el grado de sospecha debe alcanzar casi la seguridad' (cf. Derecho, cit., p. 379, nota 4).

É certo que os indícios constituemprova levior, isto é, prova mais fraca, menos

robusta. Entretanto, falando o legislador em "indícios suficientes", quis referir-se,

inegavelmente, àqueles capazes de tranqüilizar, na feliz expressão do processualista gaúcho, a consciência do Juiz.

7. Momento para a decretação

Tal como prescreve o art. 311 do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquerfase do inquérito policial ou da instrução criminal.

Dizendo a lei que

a medida somente poderá ser decretada ante a prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, e como esses elementos indispensáveis se colhem

durante o inquérito ou na

1

instrução, frisou o legislador que a prisão poderá ser decretada naquele momento, isto é, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução.

Explica muito bem

Camara Leal: "Compreende-se que, sem os elementos de informação do inquérito, não poderá haver prova suficiente que justifique a medida de prisão preventiva"

(Comentários, cit., v. 2, p. 265), concluindo, assim, não poder ser decretada antes da persecução policial.

Entretanto é de ponderar que, não sendo o inquérito necessariamente indispensável à propositura da ação penal, poderá ocorrer esteja o órgão do Ministério

Público com informações mais que suficientes para ingressar em juízo com a denúncia. Os documentos e outros elementos de prova demonstram não só a materialidade delitiva, como também a autoria. Neste caso, nada obsta que

ofereça a denúncia e requeira a decretação da medida extrema. Assim, mesmo sem

inquérito, possível será o encarceramento provisório. Mas, normalmente, não se admite a prisão preventiva sem que haja sido instaurado o inquérito policial.

De observar que, na prática, costumam as Autoridades Policiais, logo aos primeiros sinais da materialidade do fato criminoso e da respectiva autoria, representar

ao Juiz a respeito da decretação da prisão preventiva.

Muitas vezes, mal o inquérito se inicia, a prova da existência do crime é logo notada. Patentes também ficam os indícios quanto à autoria. E, assim, ante a

representação da Autoridade Policial, o Juiz decreta a medida e, ao mesmo tempo, devolve os autos do inquérito à Polícia para... a conclusão da investigação policial.

É certo que, nos precisos termos do art. 10 do CPP, depois de decretada a prisão preventiva, a Autoridade Policial ainda disporá de 10 dias para concluir o

inquérito. Entretanto a jurisprudência, com bastante acerto, vem-se insurgindo contra essa prática de todo maléfica.

Se existem elementos para a decretação da preventiva, melhor será para a propositura da ação penal, e, decretando-a, deve o Juiz determinar a abertura de vista

dos autos do inquérito ao Ministério Público, para aquele fim.

Quanto às diligências a que a Autoridade Policial ainda deseja proceder, quando realizadas, poderão encaminhar-se ao Ministério Público, e este, então, solicitará

sua juntada aos respectivos autos. Nesse sentido, os venerandos acórdãos nas RT, 228170, 253169, 238/ 89 etc.

"Constrangimento ilegal. Hipótese caracterizada. Devolução do inquérito à polícia, após decretada a prisão preventiva do indiciado, para novas diligências

imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Impossibilidade. Concessão de habeas corpus" (RT, 238/89).

Há, até, no Estado de São Paulo, uma recomendação do Egrégio Tribunal de Justiça, de caráter geral, no sentido de que, havendo base para a decretação da prisão preventiva, haverá também para a denúncia, e, por isso, não se justifica a devolução dos autos à Autoridade Policial para a complementação de diligências (cf. RT, 238189).

Se diligências complementares devam ainda ser feitas, nada obsta sejam elas realizadas e encaminhadas ao Fórum, em autos complementares, que serão anexados ao processo.

Será possível a decretação da medida odiosa após o encerramento da instrução criminal? Não. Não e renão.

Embora o art. 316 do CPP permita ao Juiz "revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem", o certo é que, dispondo o art. 311 do CPP que a prisão preventiva pode ser decretada "em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal", evidente que essa custódia cautelar só pode ser decretada até o oferecimento das "alegações finais", que encerram a fase instrutória. Melhor diria: até a fase do art. 499.

Sublinhe-se que a própria Exposição de Motivos, que acompanhou o projeto do Código de Processo Penal vigente, conforta esse entendimento, porquanto disserta que "A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos" (cf.

Exposição de Motivos, ri. VIII, segundo parágrafo, grifos do autor).

E o Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já teve oportunidade de decidir:

"Prisão preventiva - decretação na fase das alegações finais - inoportunidade. Ausência de fundamentação. Anulação. Habeas Corpus concedido. Da aplicação dos arts. 311 e 499 do CPP" (RT, 5201359).

E acrescentou:

"A prisão preventiva, como determina o art. 311 do CPP, caberá ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, e o Eg. Supremo Tribunal Federal já decidiu que a expressão instrução criminal 'não se restringe à audiência das testemunhas arroladas pela acusação, somente se encerrando com o cumprimento do disposto no art. 499 do CPP - RTJ, 84/115 "' (RT, 582/359).

Encerrada a fase instrutória, a prisão cautelar só pode decorrer de sentença penal condenatória recorrível (CPP, art. 393, 1), devidamente fundamentada, a teor do art. 5., LXI, da Magna Carta.

Não se diga que o art. 316 do CPP permite a decretação da prisão preventiva "no correr do processo", e, assim, depois de encerrada a instrução criminal.

E que o art. 316 deve ser interpretado em harmonia e consonância com o art. 311. Caso contrário, poder-se-ia entender possível a decretação dessa custódia cautelar também na fase recursal, porquanto ainda se estaria "no correr do processo", o que seria absurdo manifesto.

Aliás, o próprio art. 316, ao exigir, para nova decretação da prisão preventiva, a superveniência de "razões que ajustifiquem", restringiu a possibilidade de sua decretação ao encerramento da ínstrução criminal, de vez que essas razões devem respaldar-se em elementos probatórios a serem colhidos no curso da instrução (CPP, arts. 156 e 209). Justamente por esse motivo é que o saudoso e incomparável J.

Frederico Marques afirmava:

"A razão de ser dessa norma (art. 316) está em que a sentença sobre a prisão preventiva descansa sobre um juízo de probabilidade e é proferida segundo o estado da causa.

inicio, são os elementos informativos do inquérito De ' ' *

policial, ou de outra 'informatio delicti' que servem de base à imposição do ato coativo. Se, posteriormente, a prova colhida na instrução mostra que não podem subsistir os elementos informativos que constituíram o fundamento da decretação da prisão, cumpre ao Juiz reformar a sentença anterior, tendo em vista o novo estado da causa. E o mesmo sucederá quando, após revogada a prisão

anteriormente decretada, elementos probatórios forem colhidos no curso do procedimento, MOS

trando a conveniência ou necessidade da medida cautelar" (cf. Elementos, 1. ed., 1965, Forense, v. 4, p. 53).

8. Quem pode decretá-la?

Autoridade competente para decretá-la é o Juiz, tal como vem expresso no art. 311 do CPP. Em se tratando de processo da competência originária dos Tribunais, a competência é do Relator, nos termos do art.

1% parágrafo único,

da Lei n. 8.038/90, porque ele é o Juiz da instrução, tal como se vê pela leitura do caput desse artigo. E, para que o Juiz ou o Relator possa decretá-la, não haverá

necessidade de provocação; poderá fazê-lo de oficio, isto é, sem que haja solicitação de quem quer que seja. Trata-se, pois, de um caso singular de jurisdição sem ação,

uma vez que o Juiz, assim agindo, estará instaurando um processo cautelar. Por outro lado, a medida extrema poderá ser decretada pelo Tribunal, desde que haja pedido nesse sentido. Assim, se o orgão do Ministério Público, ou o querelante, requerer a decretação da medida ao Juiz, sendo indeferida, caberá

recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, V), e, nesse caso, mantido o despacho denegatório, indo os autos à superior instância, esta poderá dar-lhe provimento,

determinando a providência extrema.

9. Quem poderá requerer a medida?

Nos termos do art. 311 do CPP, têm atribuições para tanto: a) o órgão do Ministério Público;

b) o querelante;

c) a Autoridade Policial.

Os dois primeiros, sob a forma de requerimento, e a Autoridade Policial, sob a forma de representação. Requerimento é pedido, solicitação. Representação, aí, tem um sentido univoco: exposição escrita de motivos. 0 Promotor

solicita ao Juiz a decretação da preventiva. A Autoridade Policial a ele se dirige, fazendo-lhe uma exposição, mostrando-lhe a conveniência da determinação da medida

extrema.

Poderá o assistente de acusação requerê-la? A lei não lhe confere tal iniciativa. E por razão óbvia. Já vimos que o assistente não é, a rigor, auxiliar da acusação.

Ele procura defender, apenas, seu direito à satisfação do dano resultante da infração. Ora, não é pleiteando o encarceramento do seu ofensor que irá resguardar esse

direito.

10. Circunstâncias que autorizam a preventiva

As circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva estão contidas no art. 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução

criminal; e c) asseguração de eventual pena a ser imposta.

Cabe ao Juiz, em cada caso concreto, analisar os autos e perquirir se existem provas atinentes a qualquer uma daquelas circunstâncias. De nada valerá seu

convencimento pessoal extra-autos. Baldaria a lei o Magistrado que dissesse: "Decreto a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal..." Magnificamente

diz o insigne Tornaghi: "fórmulas como essa são a mais rematada expressão da prepotênci a, do arbítrio e da opressão" (cf. Manual, cit., v. 2, p.

619). É preciso que

dos autos ressuma prova pertinente a qualquer uma das circunstâncias referidas. E o Juiz, então, no despacho que decretar a medida extrema, fará alusão aos fatos

apurados no processo que o levaram à imposição da providência cautelar.

A lei fala em "garantia da ordem pública". Segundo De Plácido e Silva, entende-se por ordem pública a situação e o estado de legalidade normal em que as

autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (cf. Vocabulário jurídico, v.

3, p. 110 1). Ordem

pública, enfim, e a paz, a tranqüilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em

estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública.

Em qualquer uma dessas hipóteses, por exemplo, havendo nos autos provas nesse sentido e uma vez satisfeitos os demais requisitos legais, deverá o Juiz decretar

a medida extrema.

Já sustentamos que na hipótese de o indiciado ou réu estar arneaçado pelos familiares da vítima, ou pela própria vítima, haveria possibilidade de perturbação da

ordem pública e, assim, a preventiva seria de rigor. Penitenciamo-nos do raciocínio açodado. Nessa hipótese cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou réu, e não

trancafiá-lo no xadrez. Do contrário, já o afirmamos em Habeas Corpus, mesmo condenado o reu, e mesmo após o cumprimento da pena, poderia surgir a notícia de

que a família da vítima estava preparada para ato de vingança... E. nesse caso, deveria o Juiz recolher o criminoso à cadeia? 0 absurdo é evidente.

Costa Manso, há mais de quarenta anos, fazia essa afirmação: "Se o criminoso é que é ameaçado de represálias por parte da vítima, da famí lia desta ou de elementos populares, não se justifica a prisão. 0 que a autoridade, neste caso, deve fazer, é garanti-lo contra qualquer violên cia, e não tirar-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo.. * " (cf. 0

pro

cesso na segunda instância, São Paulo, 1932, p. 617). No mesmo sen tido, as lições de Weber Martins Batista (Liberdade provisória, Foren se, 1981, p. 78) e Romeu Pires de Campos Barros (Processopenal cautelar, Forense, 1982, p. 198).

Idêntica providência deverá tomar se ela for conveniente para a instrução criminal. Aqui é preciso muito cuidado. Não é o fato de o réu estar sempre viajando, a

negócios, ou a passeio, que a autoriza. A providência apontada, para tais casos, é a decretação da revelia, nos termos do art. 369 do CPR Mas, se o indiciado ou réu

estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao

esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do

contrário, a instrução criminal ficará deturpada, e o Juiz não poderá colher, com seguridade, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio

penal.

Também será indispensável e salutar a segregaçao provisória do indigitado autor do crime, como segurança de aplicação da lei penal. Evidente que, se o indiciado

ou réu não é radicado no distrito da culpa, se está se desfazendo dos seus bens de raiz, injustificadamente, se "lhe é indiferente a vida errante dos perseguidos pelos

órgãos da repressão penal", a medida cautelar se impõe, a fim de que se evite o periculum libertatis, assegurando-se, pois, a aplicação da lei penal.

A Lei Antitruste, Lei n. 8.884, de 11-6-1994, em seu art. 86, alterou a redação do art. 312 do CPP, para incluir, como circunstância autorizadora da prisão

preventiva, a garantia da ordem econômica.

Quer-nos parecer, contudo, à primeira vista, que tal circunstância é um tanto quanto esdrúxula. Não porque ofenda à ordem jurídica. A rigor, toda prisão

preventiva deveria ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para

garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Mas, na hipótese em que o Juiz a decreta como garantia da ordem pública, onde sua instrumentalidade

processual? Assim, se a nossa prisão preventiva não tem esse exclusivo objetivo, nada de extraordinário permiti-Ia como garantia da ordem econômica... à maneira do que ocorre quando ela é decretada para garantia da ordem pública. Sem

embargo, é uma medida esdrúxula. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes,

tem acentuadas e inequívocas funções repressivas. Se a medida visa a preservá-la, evitando a ganância, a auri sacra fames, o certo seria adotar uma que espécie de

medida de segurança, à maneira daquelas que havia, entre nós, até antes da reforma da Parte Geral do nosso Código Penal. Que se estabeleçam sançoes contra a

empresa, como, por exemplo, seu fechamento por determinado tempo... Se a farmácia vende um produto por preço extorsivo, que se instaure processocrime contra o

proprietário e, ao mesmo tempo, que se aplique, provisoriamente, esta ou aquela medida de segurança de natureza patrimonial em relação ao estabelecimento. Os

resultados seriam bem melhores... Para o ganancioso, meter-lhe a mão no bolso é castigo maior.

Por outro lado, pode-se até dizer ter sido desnecessária essa alteração do art. 312 do CPR Na verdade, se, por acaso, o comércio passar a servir-se da lei do abuso,

com remarcações não autorizadas, se as indústrias passarem à exploração, a prisão preventiva pode ser decretada para garantia da ordem pública...

expressão que

abrange a própria ordem econômica.

Em todo o caso, como houve a previsão legal, podemos ver em algumas hipóteses previstas no art. 4." da Lei ri. 8.137190 a possibilidade de se decretar a prisão

preventiva como "garantia da ordem econômica". São de difícil ocorrência.

Assim, por exemplo, é defensável a decretação da prisão preventiva do comerciante que

"açambarca, sonega, destrói ou inutiliza bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência"

(art. 4., IV, da Lei n. S. 137190), "eleva, sem justa causa, o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado" (art. 4.", VII, do mesmo

diploma).

Contudo, é bom repetir, é preciso que uma das circunstâncias a que se refere o

art. 312 do CPP aflore nas provas colhidas, uma vez que o Juiz, ao decretar

a medida extrema, deverá fundamentar a sua decisão e, portanto, deverá fazer referência a fatos devidamente apurados.

Garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, eis as circunstâncias

que autorizam a decretação da prisão preventiva.

11. As hipóteses legais

A prisão preventiva somente poderá ser decretada nos crimes dolosos: a) se punidos com reclusão; b) nos punidos com detenção, quando se apurar que o

indiciado é vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; c) se o réu tiver sido condenado por outro crime

doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no itic.

1 do art. 64 do CR

A) Nos crimes punidos com reclusão. No Direito Penal comum, a pena de reclusão é a mais severa de todas e, por isso mesmo, reservada para os apropriação indébita, sedução, roubo, estupro, por exemplo, é possível a decretação da medida extrema.

B) Nos crimes punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, nãofornecer ou não indicar

elementos para esclarecê-la. Os crimes apenados com detenção são aqueles menos expressivos; entretanto, a despeito de ser a infração apenada com detenção, se ficar

apurado, nos autos, que o indiciado é vadio, poderá o Juiz decretar-lhe a segregação provisória. Como definir-se o vadio? Quer-nos parecer que o legislador o fez no

art. 59 da Lei das Contravenções: entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de

subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita.

Não bastam simples suspeitas, meros indícios. E preciso fique apurada a condição de vadio.

Ainda que ele não o seja, e sem embargo de ser a infração punida com detenção, poder-se-á decretar-lhe a preventiva quando, havendo dúvida sobre a sua identidade,

não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la.

Em ambas as hipóteses aqui tratadas, a decretação da custódia provisória se justifica como providência altamente cautelar. Tais circunstâncias indicam que, se o

indiciado permanecer em liberdade, dificilmente poderá ser encontrado para cumprir eventual pena.

Não se pode inferir que nas hipóteses tratadas no item B se torna indispensável que a pena cominada seja a de detenção. Claro que poderá ser, também, a de

reclusão. Mas, nesse caso, a previsão legal está no inc. 1 do art. 313, ainda que ele não seja vadio nem haja criado obstáculo a se lhe estabelecer a identidade.

C) Se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inc. I do art. 64

delitos mais graves. Assim, nos crimes de furto, estelionato, do CP Versa o inc. 111 do art. 313 do CPP sobre o reincidente em criines dolosos. Pouco importa a natureza da infração. Desde que o indiciado tenha sido condenado,

definitivamente, por crime doloso, cometendo outro da mesma ou de natureza diversa, a medida coercitiva poderá ser tomada. 0 dispositivo legal em apreço ressalva,

apenas, esteja prescrita a reincidência. De fato, reza o ine. 1 do art.

64 do CP: "Para efeito de reincidência... não prevalece a condenação anterior, se entre a data do

cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do

livramento condicional, se não ocorrer a revogação".

Se na condenação anterior foi o réu beneficiado com operdãojudicial, o qüinqüênio será contado a partir do trânsito em julgado da decisão que o concedeu.

Somente nessas hipóteses (A, B, C) se permite a decretação da prisão preventiva.

Contudo, para o Juiz poder decretá-la, haverá necessidade de uma tríplice análise: primo, o Magistrado procura ver se no caso concreto a lei a permite; secundo,

permitindo-a, cumpre-lhe constatar se estão presentes os pressupostos, i.

e., prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria; tertio, finalmente, com os

elementos constantes dos autos, perquire o Juiz a presença de alguma das condições de admissibilidade, i. e., garantia da ordem pública, conveniência da instrução

criminal ou perigo de insatisfação da pena, periculum in mora (rectius: periculum libertatis).

12. Fundamentação

A decisão que denegar ou decretar a prisão preventiva será sempre fundamentada, isto é, deve o Juiz realçar as provas da existência do crime (ou da sua

inexistência, na hipótese de denegação), bem como os indícios suficientes de autoria (ou insuficientes, quando denegar o pedido).

Deverá também o Juiz demonstrar, com os elementos do processo ou do inquérito, a sua necessidade para garantia da ordem pública, como conveniencia para a

instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Não basta que o Juiz diga, simplesmente, que assim agiu por conveniência da instrução criminal. E preciso que o demonstre com fatos, com elementos do processo. Assim, e. g., se o indiciado procura subornar ou ameaçar testemunhas, peritos etc., comprometendo a averiguação da verdade, poderá ser preso preventivamente, se satisfeitos os pressupostos legais.

Diga-se o mesmo quando a medida é decretada para garantia da ordem pública. Se Xisto está sendo processado por furto e, no curso do processo, vem a praticar outro e mais outro crime de furto, torna-se necessário seu encarceramento provisorio.

Também assim será nas hipóteses de incitação ao crime, em que a ordem Pública fica, realmente, ameaçada.

E para assegurar a aplicação da lei penal?

A solução é a mesma. Cumpre ao Juiz demonstrar o porquê do perigo da insatisfação da pena, quais as circunstâncias conhecidas e provadas que estão a indicar que o acusado se subtrairá à eventual execução da pena. A propósito, vejam-se os venerandos acórdãos que se seguem:

Caráter facultativo. Réu com maus antecedentes envolvi do em outro processo. Circunstâncias que não justificam a pena. Paciente que demonstrou ser radicado no foro do delito, onde é vereador.

Revogação do despacho que decretou a prisão. Habeas corpus concedido para esse fim. Inteligência e aplicação dos arts. 311 e 313 do CPP (RT

270/129).

Prisão preventiva. Revogação. Despacho não-fundamentado. Remissão à representação policial, apoiada pelo Ministério Público, sem outras considerações. Inadmissibilidade (RT, 4261386).

Prisão preventiva. Despacho não~fundamentado. Falta de demonstração de sua necessidade pela existência do crime e indícios suficientes de autoria. Revogação. Concessão de habeas corpus (RT, 4391392-3).

Prisão preventiva. Decretação fundada na prova do fato e indícios de autoria. Revogação. Para decretar-se prisão preventiva, não bastam a prova do fato e indícios suficientes de autoria. E preciso a indicação de dados dos quais se possa deduzir legitimamente a necessidade da medida (cf. Azevedo Franceschini, Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 3, p. 453, ri. 5.219).

Hélio Tornaghi, com sua autoridade, preleciona com elevado acerto: "Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, frauda a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade, o fato de o Juiz dizer apenas 'considerando-se que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...' ou então: 'as provas dos autos revelam que a prisão é conveniente para a instrução criminal...'. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência_" (cf. Manual, cít., p. 619).

0 despacho a que se refere o art. 315 deve ser fundamentado. Há quem diga não precisar ser bem fundamentado, porquanto, como já dizia o Min. Costa Manso, cada um procede segundo as forças da

sua inteligencia.

Realmente, há um fundo de verdade nesse ensinamento. Todavia não se pode olvidar o acerto dessa ponderação de Bento de Faria: "Cumpre, porém, esclarecer a lição, no sentido de que a

precariedade intelectual do Juiz não exclui a realidade dosfatos, que devem existir. Não basta, portanto, fundamentar simplesmente, mas fundamentar com apoio no que existe, embora manifestado sem inteligência..." (cf. Comentários, cit., v. 1, p. 371). Veja-se, no particular, RTJ, 73/411.

13. Recursos

Até há pouco tempo era írrecorrível a decisão indeferindo requerimento que objetivava a decretação da prisão preventiva. Cabia recurso, ao tempo em que vigia a prisão preventiva compulsória, e quando esta, e somente esta, era denegada. Respeitante à facultativa, quando denegada, não cabia nenhum recurso.

Contudo, a Lei n. 7.780, de 22-6-1989, deu nova redação ao art. 581, V, do CPP. Verbis:

"Art. 5 8 1. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inídônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogáIa, conceder liberdade provisória ou relaxar prisão em flagrante" (grifos nossos).

Assim, se o órgão do Ministério Público ou o querelante requerer a decretação da medida excepcional, se denegatória a decisão, oponível será o recurso no

sentido estrito.

E se a Autoridade Policial representar no sentido de ser ordenada a medida excepcional, e o Juiz deixar de fazê-lo, poderá interpor recurso?

Não. 0 recurso

poderá ser interposto se indeferido requerimento visando à decretação da medida. Ora, a lei confere legitimidade, para requerer tal providência, ao Ministério Público

ou querelante. A Autoridade Policial não requer, apenas representa. E, evidentemente, a palavra representação, inserta no art. 311 do CPP, tem, ali, um sentido

unívoco, um significado que não admite outra interpretação: exposição escrita de motivos. Assim, a Autoridade Policial expõe ao Magistrado a conveniência da

ordenação da preventiva. Não requer, não pede, não solicita. Apenas mostra a

sua conveniência. Por outro lado, não há no CPP nenhum dispositivo conferindo à

Autoridade Policial o direito à via recursal. Ainda que se diga que a prisão preventiva é uma medida cautelar, e realmente o é, não é mostrando a conveniência da

medida que se requer a instauração de um processo cautelar. É preciso que se peça, que se requeira.

Observe-se, contudo: sempre que a Autoridade Policial representa, nesse sentido, o Juiz, incontinenti, ouve o órgão do Ministério Público. Se este endossar a

representação e houver indeferimento, então lhe caberá recurso, pois é parte legítima para recorrer. Note-se que o Código, em várias passagens, enumera as pessoas

que têm interesse na via recursal: arts. 271, 577, 598... Nenhuma alusão à Autoridade Policial.

Dir-se-á: se o órgão do Ministério Público endossar, nada mais estará fazendo senão repetir a exposição feita pela Autoridade Policial. Por que esse endosso

equivale a requerimento e a representação não? E que o Promotor não faz exposição, não mostra a conveniência da medida. Ele postula, ele pede, ele requer. A

Autoridade Policial colabora, auxilia, como se constata pela leitura do art. 13 do CPP. Chancelando a representação feita pela Autoridade Policial, o órgão do

Ministério Público outra coisa não faz senão postular. Ademais, nesses endossos, o Promotor conclui pedindo, requerendo...

E se o Juiz vier a decretá-la, seja ex officio, seja a pedido de quem tiver qualidade para tal? 0 preso (ou qualquer pessoa) poderá impetrar ordem de habeas

corpus, nos termos do art. 648, 1, do CPP. Se a medida for decretada pelo Relator (processo da competência originária dos Tribunais Superiores), o recurso

oponível será o agravo inominado, nos termos da alínea c do parágrafo único do art. 557 do CPP.

14. Proibição

A prisão preventiva não poderá ser decretada se ocorrer a hipótese do art. 314. In verbis:

"A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o Juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, 1,

11 e III, do Código Penal" (atual art. 23, 1, 11 e III).

Assim, se o Juiz encontrar, nos autos do inquérito ou mesmo do processo, provas que o convençam de que o réu agiu em legítima defesa própria ou de terceiro,

em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito, não pode decretar seu encarceramento provisório.

Se o fato for típico, mas não antijurídico, não poderá decretar a prisão preventiva. 0 art. 314 faz referencia apenas àquelas descriminantes definidas nos arts. 23,

24 e 25 do CR

Na legislação anterior, nas hipóteses de inimputabilidade decorrente de doença mental, havia a medida cautelar prevista no art. 378 do CPP.

Contudo, a reforma

penal de 1984 aboliu a denominada "medida de segurança provisória". Muito a propósito, o art. 171 da LER

Não haverá necessidade, na hipótese do art. 314, de que as provas sejam veementes, robustas, incontroversas. Não. 0 Juiz não vai proférir, naquele momento,

nenhuma sentença de mérito. Não vai absolver o pretenso culpado.

As provas devem ser de tal porte que façam gerar a convicção do Juiz de que o reu não praticou ato ilícito (CP, art. 23).

Não é preciso que a justificativa esteja absolutamente estreme de qualquer dúvida. A razão está com Tornaglii, ao ensinar: "Nesta fase, não se exige prova plena

da causa de exclusão de crime: não se trata de absolver, mas de não decretar a prisão. Para isto basta que se delineie, que se esboce qualquer das justificativas do art.

19 do CP" (hoje, art. 23) (cf. Manual, cit., p. 615).

Por outro lado, é de observar que a decisão do Juiz, não decretando a prisão preventiva com fundamento no art. 314, não vincula o Magistrado. É uma decisão rebus sic stantibus. Nada impede que, mais tarde, venha a decretá~la, ou mesmo proferir sentença condenatória.

Não encartou o legislador, no corpo do art. 314, as dirimentes. Talvez pela circunstância de se exigir um exame mais minucioso, mais cauteloso.

Dejure constituendo, nada obsta que o legislador lhes estenda o benefício, ressalvando aquela medida de que tratava o revogado art. 378 do CPP.

15. Preventiva nas contravenções

Não é possível, por mais grave que seja a contravenção, decretar-se a preventiva. Esta sera sempre excluída, quando a infração for contravencional. Pouco importa seja a contravenção inaflançável ou não. Ela é incompatível com a medida extrema da preventiva. Nesse sentido, as lições de Espínola Filho (Comentários, cit., v. 2, p. 402), Hélio Tornaghi (Manual, cit., p. 613), Basileu Garcia (Comentários, cit., p. 167).

Além da incompatibilidade existente, o Código implicitamente a exclui, pois, em todo o capítulo pertinente à prisão preventiva, usa exclusivamente a expressão "crime", afastando, assim, a possibilidade de ser extensiva a contravenções.

16. Revogação

Já vimos que a prisão preventiva é medida excepcional e, por isso mesmo, decretável em casos de extrema necessidade. Segue-se, pois, que, se durante o processo o Juiz constatar que o motivo ou os motivos que a ditaram já não subsistem, poderá revogá-la. É claro que, se a medida excepcional fica condicionada a uma daquelas circunstâncias -

garantir a ordem pública, preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal -, se nenhum desses motivos subsiste, outro can-iinho não resta ao Juiz senão revogar a medida odiosa. Cumpre observar que, atualmente, a prisão provisória, entre nós, fica adstrita a uma daquelas circunstâncias. Nem mesmo a prisão em flagrante, seja a infração afiançável, seja inafiançável, pode subsistir, se não houver a necessidade de encarceramento, expressa naquela fórmula do art. 312 do CPP. Por outro lado, mesmo revogada a preventiva, tal como previsto no art. 316 do CPP, nada impede que o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do

querelante, venha a redecretá-la. Em que hipótese? Se sobrevieram razões que a justifiquem.

Poderá a Autoridade Policial, nessa fase, representar nesse sentido? Não.

Ela só representa na fase da instrução preparatória para a propositura da ação penal.

0 art. 316 diz que o Juiz poderá revogar. É claro que o poderá, aí, não tem nem pode ter o sentido de mera faculdade. Cumpre ao Magistrado, apenas, constatar, com circunspecção, se os motivos que a ditaram desapareceram. Em caso positivo, outro caminho não poderá trilhar senão o da revogação. Se não o fizer, a instância superior, via habeas corpus, poderá contrastar-lhe o despacho denegatório.

capítulo 48

1

Da Liberdade ProvisÓria

SUMÁRIO: 1. Generalidades. 2. Sucedâneos da prisão provisória. 3. A prisão domiciliar. 4. A liberdade provisória com ou sem fiança. 5.

Conceito de liberdade provisória. 6. Fundamento. 7. Antecedentes.

8. Liberdade provisória. 9. A liberdade provisória sem fiança, mas vinculada. 10. As hipóteses de liberdade provisória vinculada sem fiança.

11. 0 art. 310 do CPP. 12. 0 parágrafo único do art. 310 do CPP.

13. Restrições legais. 14. A conversão da liberdade sob fiança em liberdade sem fiança. 15. Obrigações. 16. Recurso. 17. Réu pobre. 18.

Liberdade provisória sem fiança e sem vinculação. 19. Conversão, nos termos do art. 3 10, parágrafo único. 20. Outra hipótese de liberdade provisória sem fiança e sem vinculação. 21. Liberdade provisória mediante fiança. As hipóteses legais. 22. Conceito de fiança. 23.

Finalidade. 24. É definitiva a fiança? 25. Momento para a prestação. 26.

Quem pode prestá-la? 27. As obrigações do afiançado. 28. Limites da fiança. 29. Extinção da fiança. 30. Quebramento. 31. Quem pode decretar o quebramento? Recurso. 32. Conseqüências. 33. Destino da fiança. 34. Liberdade provisória, mesmo quebrada a fiança. 35. Perdimento da fiança. 36. Conseqüência. 37. Recurso. 38.

Cassação da fiança. 39. Conseqüência. 40. Recurso. 41. Fiança sem efeito.

42. Reforço. 43. Autoridade competente para julgar a fiança sem efeito.

44. Absolvição. 45. Extinção da punibilidade. 46. Condenação. 47. Execução. 48. Abolição da fiança.

1. Generalidades

Quando do estudo sobre a prisão provisória, observamos que somente a sentença que põe fim ao processo é fonte legítima para restrin gir a liberdade pessoal a título de pena. Uma vez apurada a responsabilidade do réu, em regular processo, em que tenha havido plena defesa, como exige e proclama a

Carta Magna, seu encarceramento deve ser decretado como retribuição ao mal praticado.

Todos sabem o perigo que representa o encarceramento do cidadão antes de ter sido reconhecido culpado. E se vier a ser absolvido? Se o for, decerto o Estado

não tinha nenhuma pretensão punitiva, e, se não havia pretensão, a que título ficou ele preso? Quem lhe indenizaria os prejuízos? Quem lhe devolveria o tempo

perdido?

Ademais, embora o art. 300 do CPP diga que "sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente

condenadas", o certo é que, na prática, raras vezes se observa esse preceito, por impossibilidade material. E, assim, pessoas não reconhecidamente culpadas ficam em

irritante promiscuidade com réus cujos antecedentes espelham uma velha e reiterada atuação nas esferas do vício.

Sem embargo dessas observações, todas as legislações do mundo admitem, em maior ou menor intensidade, a prisão provisória como um mal necessário.

Mal,

porque põe em perigo um dos direitos fundamentais do homem, que a Lei Maior protege e preserva. Necessário, porque, sem ela, muitas vezes não se asseguraria a

manutenção da ordem, a regular colheita do material probatório e o império efetivo da lei penal.

Lê-se no preâmbulo da Constituição francesa: "Tout homine étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter,

toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être

sévèrement réprimée par la loi" (Todo homem, sendo presumido inocente, até que se lhe

declare a culpa, se for indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente punido pela lei).

Observe-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada aos 10 dias do mês de dezembro de 1948, pela Assembléia Geral das

Nações Unidas, para a qual o Brasil concorreu com a sua presença e voto, peremptoriamente declara no iric. 1 do art11: "Tôda pessoa acusada de delito tem direito a

que se presuma sua inocência, conquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, em julgamento público, e em que se lhe hajam assegurado todas as garantias

necessárias para a sua defesa".

Por seu turno, com expressáo de sentido controvertido (v. Pompeo Pezzatini, La custodia, cit., p. 206 e s.; Manzini, Trattato, cit., v. 1, p. 475 e s.; Piero

Calamandrei eAlessandro Levi, Commentario sistematico alla Costituzione italiana, v. 1, p. 235; Tornaghi, Manual, cit., v. 1, p. 280), disp6e o §

2.' do art. 27 da

Carta Magna italiana: "Lìmputato non e considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

Clariá-Olmedo, em suas Bases completas para orientar en latinoamerica la unificación legislativa en materia procesal penal, já na Exposi~áo de Motivos, na

página 45, esclarece: "puesto que el ¡nputado goza de un estado de inocencia mientras no se le declare culpable por sentencia firme, las medidas de coerción personal

que contra aquél se dicten sólo deben tener caráter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estrictamente necesario..." E, na página 110, n. 1. 3.1.03, ao cuidar

do

estado de inocencia, acentua: "Nadie puede ser reputado culpable mientras una sentencia firme no lo declare como tal. Hasta ese pronunciamiento firme, el imputado

goza de un estado de inocencia" (cf. Jorge A. Clariá-Olmedo, Bases completas, cit., Argentina, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1978).

Hoje, a nossa Constituição proclama no art. 5., LVII:

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Se ninguern e considerado culpado até que transite em julgado eventual sentença conderiatória, é um não-senso prender-se uma pessoa presurnivelmente inocente.

Dir-se-á: a vingar tal entendimento não haveria prisão em flagrante, não haveria prisão preventiva... Não é bem assim. 0 flagrante é certeza visual do crime. Há, pois,

indeclinável necessidade de ser o agente conduzido à presença da Autoridade, que, por sua vez, colherá, num só instante, as provas que evidenciam ter sido ele o autor

da infração penal. Da mesma forma que o particular tem o direito à legítima defesa, o Estado, também, não só pode, como deve exercer o seu poder de supremacia,

quando do flagrante, mediante uma verdadeira autodefesa. No fundo, a prisão em flagrante é uma reaÇão do titular do direito de punir em relação àquele que

transgride a norma penal. Trata-se de medida administrativa que, em seguida, pela sua repercussão no processo, transmuda-se em ato processual, adquirindo, às vezes,

a feição de medida cautelar. Na verdade, segundo dispõe o art. 321 do CPP, lavrado o auto de prisão em flagrante, o conduzido é posto em liberdade. Preso em

flagrante em toda e qualquer infra-

AOn

ção, se não for necessária a manutenção do conduzido no carcere para assegurar os fins do processo, ser-lhe-á concedida a liberdade provisória, nos termos do art. 310,

parágrafo único, do CPP.

Na hipótese de prisão preventiva, a razão é óbvia: se há um processo contra o cidadão e se este está perturbando a ordem pública, ou está embaraçando a

instrução criminal, criando, com seus atos, dificuldade ao Juiz para a colheita do material probatório, ou, finalmente, está pretendendo subtrair-se à eventual aplicação

da lei penal, a prisão provisória é necessária, para os fins do processo.

No caso de condenação recorrível, se se disser que a prisão é cautelar, indaga-se: a cautelar não está subordinada à existência dopericulum in mora? Qual seria

esse perigo? Periculosidade não mais existe, a não ser para os inimputáveis, e, ainda que existisse, não seria periculum in mora...

Seria, então, o perigo de fuga? Em

primeiro lugar não pode haver, por ser estúpida, uma presunção legal de fuga, e, por último, ainda que fosse verdade, não se justifica entenda o legislador que o autor

de crime inafiançável, condenado a uma pena severa, dês que primário e de bons antecedentes, não fugirá, ao contrário do reincidente condenado a 2

anos...

Há quem entenda que a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível não é, propriamente, uma prisão provisória, mas sim uma provisória execução

da pena. Evidentemente há equívoco nessa afirmação. Antes da LEP, o art.

669, 1, do CPP cuidava de uma provisória execução da pena. Era a hipótese de prisão

decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Com o advento daquele diploma, tomou-se necessariamente imprescindível o trânsito einjulgado da sentença

condenatória para a execução da pena. E como soa o art. 105 da LER A execução pressupõe, sempre, sentença transitada em julgado. Logo, não se pode dizer que a

prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível seja uma

"provisória execução da pena". Há mais a considerar: em face do princípio constitucional da

presunção de inocência, não teria sentido executar-se uma sentença antes do seu trânsito em julgado.

Se se disser que se trata de provisória execução da pena, concluise que o réu estará cumprindo antecipadamente a pena imposta, antes do trânsito em julgado, vale

dizer, antes de ser considerado culpado.

Em face da Constituição, que erigiu o princípio da presunção de inocência à categoria de dogma constitucional, não se compreende, sem que haja real necessidade, possa alguém ser recolhido à cadeia antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Mesmo que a instância superior confirme a

sentença condenatória, havendo recurso extraordinário ou especial, não se pode falar em trânsito em julgado, e, por isso mesmo, o § 2.' do art. 27

da Lei n. 8.038, de

28-5-1990, conferindo a tais recursos apenas o efeito devolutivo, afronta o princípio de que ninguém poderá ser considerado culpado enquanto não transitar

em julgado a sentença penal condenatória. Por que executar a pena se não transitou em julgado?

Ademais, é de observar que na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de lei que se converteu na Lei n. 6.416, de 24-5-1977, o Senhor Ministro da

Justiça acentuou: "... Quanto à prisão provisória (em flagrante, preventiva e por efeito de pronúncia),' considerou-se que, com freqüência, principalmente na prisão em

flagrante, a medida é relaxada pelo Juiz competente, ou é anulada por via de habeas corpus, patenteando-se a sua desnecessidade em muitos casos.

Foi ela reduzida ao

minimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública. Ampliou-se, ao mesmo tempo, o instituto da fiança, como providência

acauteladora. Essa dupla reformulação favorece a observância do princípio da presunção de inocência de quem ainda nãofoi condenado_" (grifos nossos).

Seria desejável, professava, há mais de quinze anos, o mestre Tornaglii, príncipe dos nossos processualistas, que todos os acusados pudessem defender-se em

liberdade, pede libero, isto é, com os pés livres, com as asas soltas, para irem aonde quisessem, ou, na curiosa expressão de nossas leis, que eles pudessem 1ivrar-se

soltos". Infelizmente, a necessidade de assegurar a apuração da verdade, a execuçao da sentença e a tranqüilidade geral obrigam a prender, durante o processo, os que

destroem vestígios do crime, ameaçam ou subornam testemunhas, peritos, Juízes ou preparam a fuga ou põem em perigo a ordem e a paz (cf. Manual, cit., v. 1, p.

232).

Essa infelicidade, entretanto, não é "privilégio" do Brasil, mas de todas as naçoes

civilizadas do mundo. Podemos, contudo, vangloriarnos de possuir hoje uma

legislação sobre prisão provisória, quase perfeita, colocando o Brasil numa posição de destaque no concerto das naçoes mais civilizadas. É bem verdade que o

princípio constitucional da presunção de inocência anula aquele "quase perfeita". Entretanto, enquanto os nossos Tribunais disso não se conscientizarem, continuarão

em vigor os §§ 1.' e 2.' do art. 408, o art. 594, todos do CPP, e o

§ 2.' do art. 27 da Lei n. 8.038, de 28-5-1990, conferindo apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinário e especial.

É verdade que, no Direito pátrio, sempre houve a constante preocupação do legislador em procurar uma maneira de suavizar os rigores da prisão cautelar.

Atente-se para a regra do art. 295 do CPP.. Embora a providência ali adotada não seja a ideal, pelo menos, para a época em que se promulgou o Código, era medida

salutar. Observe-se a norma contida no art. 300 do mesmo estatuto:

"Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem

definitivamente condenadas". Por falta de condições materiais, tal possibilidade é difícil de ocorrer, e, assim, pessoas não reconhecidamente culpadas ficam em

irritante promiscuidade com réus cujos antecedentes espelham uma velha, revelha e reiterada atuação nas esferas do vício. Posteriormente, ainda com os olhos voltados

para o mal que a prisão provisória encerra e traduz, surgiu, no Governo Costa e Silva, a Lei n. 5.256, de 6-4-1967, concedendo prisão domiciliar para aquelas pessoas

referidas no art. 295 do CPP (e outras a elas equiparadas por leis posteriores),

quando não houver, na localidade, estabelecimento adequado para o cumprimento da

prisão provisória. Mais tarde, no Governo Médici, surgiu a Lei n. 5.941, de 22-11-1973, reconhecendo aos pronunciados primários e de bons antecedentes o direito de

aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri, abolindo o efeito suspensivo das apelações contra sentenças absolutórias e permitindo que os réus primários

e de bons antecedentes pudessem recorrer das decisões condenatórias, em liberdade. Por último, a Lei n. 6.416, de 24-5-1977, colocou a nossa pátria em posição

privilegiada, no que tange ao respeito aos direitos humanos, suavizando sensivelmente a prisão-sanção, alargando os institutos do sursis e do livramento condicional,

abolindo a nefasta reincidência específica, criando a "prescrição" da reincidência e, por último, mantendo o instituto da prisão provisória dentro nos seus limites

intransponíveis. Só se justifica, e aqui está a pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual, quando, sem ela, não se puder assegurar a

apuração da verdade, a ordem pública e a aplicação da pena. Evitar a perturbação da ordem pública, assegurar a apuração da verdade e a execução da sentença

condenatória, eis os fundamentos em que se assenta, no Direito pátrio, toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual, como veremos nos capítulos seguintes.

Restaram, apenas, algumas arestas...

2. Sucedâneos da prisão provisória

A prisão provisória, no Direito pátrio, apresenta-se, já vimos, sob cinco modalidades: prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão

resultante de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível. Sobre a prisão temporária, v. Capítulo 45, verbete n. 13.

Na hipótese de flagrante, o encarceramento justifica-se, precipuamente, porque, sendo o flagrante a certeza visual do crime, preso o autor da infração, no instante

mesmo da perpetração do delito, tornase mais fácil a colheita da prova a respeito da materialidade e da autoria. Por outro lado, às vezes ela se justifica para obstar a

consumaçao do crime; se este já foi consumado, para assegurar a aplicação da lei penal, se, por acaso, for necessário manter o autor segregado. E

essa necessidade está

em função da presença, ou não, daquelas circunstâncias que autorizam a prisão preventiva de que tratam os arts. 312 e 3 10, parágrafo único, todos do CPP.

De outro lado, mesmo não tendo sido surpreendido na prática de um delito, o delinqüente pode ser preso provisoriamente, e a prisão, neste caso, é, como dizia

Hélie, uma verdadeira medida de segurança de natureza processual. É que, solto o indiciado ou reu, procuraria buscar a impunidade com a fuga; outras vezes, burlar a

ação da justiça, obstaculizando-a (p. ex., corrompendo testemunhas, subornando peritos, dificultando, em suma, a descoberta da verdade real).

Outras, ainda, violando

a lei penal, e, assim, para impossibilitá-lo de continuar praticando infrações, para impedir que ele se subtraia à ação da justiça ou para obstar possa ele fazer

desaparecer as provas, pode ser-lhe decretado o encarceramento provisório. É a chamada prisão preventiva stricto sensu (CPP, arts.

3111316).

Nos processos da competência do júri, pronunciado o réu, se o crime for

inafiançável e ele não for primário, ou, ainda que o seja, se não tiver bons antecedentes,

o Juiz determinará sua prisão, nos termos do art. 408, § 1.% do CPP. É a chamada prisão resultante de pronúncia.

Se o Juiz proferir sentença condenatória, se o crime for inafiançável e o réu não for primário, ou, ainda que o seja, não tiver bons antecedentes, o Juiz fará expedir

contra ele ordem de prisão, nos termos do art. 594 do CPP. É a denominada prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

Tratando-se de crimes hediondos e dos demais previstos na Lei ri.

8.072/90, pouco importando ser o réu reincidente ou não, proferido decreto condenatório, o

Juiz determinará a expedição de ordem para a sua captura. É a denominada prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível.

Embora tal prisão cautelar de natureza processual se justifique, o certo e recerto, conforme já observamos, é que ela é um mal e, sendo um mal,

"somente poderá

ser tolerada nos limites da necessidade".

Pondo os olhos nessa realidade incontrastável, todas as legislações do mundo, dentro nos limites do razoável, têm procurado substituir a prisão provisória por

outras medidas, por outras providências que sejam menos prejudiciais ao cidadão e que, de certo modo, atinjam a mesma finalidade, evitando, tanto quanto possível,

uma invasão inecessária da sua liberdade pessoal.

Realmente, numerosas legislações procuram substituir a prisão provisória por medidas menos radicais e que, de certa forma, logram a mesma finalidade,

garantindo o comparecimento do indiciado ou réu a todos os atos da investigação preliminar ou da instrução.

Na índia, Chile, Filipinas, México, Argentina e Tchecoslováquia, para determinadas infrações e satisfeitos certos requisitos, a prisão provisória é substituída pelo

compromisso de comparecer aos atos da investigação prévia ou da instrução. Em alguns casos, as legislações japonesa e chinesa substituem-na pelo confinamento

(obrigação de o indiciado ou réu se manter em determinado lugar). Na República Federal Alemã, em alguns casos, ela é substituída pela tomada do passaporte ou

documento de identidade.

Para certas infrações, as legislações do Egito, Noruega e República Federal Alemã substituem a prisão provisória pela obrigação de o réu se apresentar

àAutoridade em intervalos regulares. Em outras, vedase-lhe o abandono do foro domiciliar.

Na China, em alguns casos, o cidadão que for preso pode gozar de liberdade provisória, sob custódia de terceiro. Também no Japão. Mas, aí, sua guarda, sua

custódia, é confiada a um parente. Na Coréia, a custódia ficará a cargo de uma instituição beneficente ou organização análoga, e na Rússia, a um sindicato. Existe,

ainda, a custódia em casa, também chamada de prisão domiciliar Em certos delitos, e atendidas certas exigências da lei, pode o cidadão sair do cárcere e continuar preso na sua própria residência. Tal ocorre na Albânia, Itália,

Dinamarca e Brasil.

A prisão domiciliar

Entre nos, quando surgiu a prisão domiciliar como sucedâneo da prisão provisória, pela Lei ri. 5.256, de 6-4-1967, foi, inegavelmente, uma grande conquista, a

despeito do seu acanhado campo de aplicação. Sua adoção estava e está sujeita a uma série de exigências.

Lei n. 5.256, de 6 de abril de 1967

411<

11;

Dispõe sobre a prisão especial.

Art. 1.' Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito à prisão especial, o Juiz, considerando a gravidade

das circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, podera autorizar a prisão do réu ou indiciado na propria residência, de onde o mesmo não

poderá afastar-se sem previo consentimento judicial.

Art. 2.A prisão domiciliar não exonera o réu ou indiciado da obrigação de comparecer aos atos policiais ou judiciais para os quais for convocado, ficando ainda

sujeito a outras limita-

ções que o Juiz considerar indispensáveis à investigação policial e à instruçao criminal.

Art. 3.0 Por ato de ofício do Juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Autoridade Policial, o beneficiário da prisão domiciliar poderá ser submetido a

vigilância poli-

cial, exercida sempre com discriçao e sem constrangimento para o réu ou indiciado e sua família.

Art. 4.' A violação de qualquer das condições impostas na conformidade da

presente Lei implicará na perda do benefício da prisão domiciliar, devendo o réu ou

indiciado ser recolhido a estabelecimento penal, onde permanecerá separado dos demais presos.

Parágrafo único. Neste caso o diretor do estabelecimento poderá aproveitar o réu ou indiciado nas tarefas administrativas da prisão.

Art. 5.' Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6.' Revogam-se as disposições em contrário.

Hoje, contudo, em face de outras inovações introduzidas na legislação pátria, pela Lei n. 6.416, de 24-5-1977, a prisão domiciliar (sem embargo de continuar

sendo excelente providência para evitar os males decorrentes do encarceramento provisório daquele que ainda não foi definitivamente condenado) perdeu aquela

grande importância que apresentou quando do seu surgimento. Certo que continua como providência notável para aquelas pessoas referidas no art.

295 do CPP e em

leis complementares. Mas, ao lado dela, temos, para a prisão cautelar de natureza processual, pouco importando a qualidade da pessoa, a liberdade provisória

vinculada sem fiança (CPP, art. 3 10 e parágrafo único).

4. A liberdade provisória com ou sem rança

Outro sucedâneo da prisão provisória é a liberdade provisória, com ou sem fiança, adotada em muitas, senão em todas as legislações.

A liberdade provisória é, pois, um substituto da prisão provisória.

Enquanto em algumas legislações ela funciona como sucedâneo de qualquer modalidade de

prisão provisória, no Direito pátrio substitui, em numerosos casos, a prisão em

flagrante, a prisão cautelar resultante da pronúncia e, finalmente, a prisão resultante de

sentença penal condenatória recorrível.

Assim, a liberdade provisória pressupõe, necessariamente, ou a prisão em flagrante ou resultante de pronuncia ou, enfim, a prisão decorrente de sentença penal

condenatória recorrível.

5. Conceito de liberdade provisória

Para Miguel Fenech, a liberdade provisória "es el acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculada a los fines del proceso penal, en virtud de

una declaración de voluntad judicial" (cf. Curso elemental de derecho procesal penal, t. 2, p. 454).

Manzini define-a como um estado de liberdade limitada pelos escopos do Processo Penal (cf. Trattato, cit., t. 3, p. 503-4).

Concedida a liberdade provisória, o cidadão terá restituída sua liberdade de locomoção. Às vezes, como veremos dentro em pouco, essa liberdade ambulatória

não é absoluta (veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 327 do CPP).

Por outro lado, mesmo com sua liberdade restituída, o cidadão fica, às vezes, vinculado a certas obrigaçoes que assumiu perante a Autoridade que lhe concedeu a

liberdade provisória.

Diz-se provisória tal liberdade, porque é revogável e se encontra sujeita a condições resolutórias de natureza e caracteres vários, como teremos oportunidade de

ver. Enquanto não findar o processo, aquele que estiver no gozo de liberdade provisória continua vinculado ao processo, cumprindo as obrigações que lhe foram

impostas, sob pena de revogação.

Quando terminar aquele, sendo o réu absolvido e transitada em julgado a decisão absolutória, fica o cidadão desvinculado definitivamente do processo, voltando

a adquirir, sem que haja qualquer pronunciamento nesse sentido, sua liberdade definitiva.

6. Fundamento

Todos sabemos que a prisão provisória é, sem dúvida, a medida precautória da mais eloqüente positividade ou eficiência, uma vez manifesto que o comparecimento do réu aos atos da instrução e a sua sujeição a eventual sanção penal se asseguram, muitíssimo melhor, estando ele preso do que utilizando outros

sucedaneos ou providências de segurança.

Mas não é menos certo, também, segundo observa Zavaleta, que a prisão provisória é a medida cautelar que mais gravemente lesiona a liberdade individual, pelos

intensos sofrimentos físicos, morais e materiais a que se sujeita, pela sua irreparabilidade, por sua larga duração e porque fere a um homem ainda não definitivamente

culpado. Por isso mesmo, desde tempos imemoriais, a prática, os costumes, as legislações, a doutrina e a jurisprudência de todos os países civilizados da terra vêm

incessantemente repetindo a sábia expressão, elevada hoje em dia à categoria de inconcusso princípio de Direito Público: não se deve utilizar a prisão provisória, senão

nos casos de absoluta necessidade. Esse princípio, reconhecido por todos os

ordenamentos positivos, quer, inequivocamente, significar duas coisas: primeiro, que se

deve utilizar da prisão provisória quando haja motivos legais fundados para presumir que, sem ela, o imputado iludirá o juízo e se subtrairá a eventual execução da

pena. Em segundo, que o asseguramento de tal finalidade é perfeitamente possível de se obter, também, por outros meios distintos da prisão provisória.

Ora, sendo a liberdade provisória um sucedâneo da prisão provisória, logo seu fundamento repousa na circunstância de que ela também assegura a presença

do réu ao processo, sem o vexame, a humilhação ou mesmo o sacrifício do cárcere.

7. Antecedentes

A instituição da liberdade provisória, sucedâneo da prisão provisória, não é, como se podia supor, uma criação dos legisladores modernos. Os antigos romanos a

conheceram. Entretanto foi a partir da Lei das Doze Tábuas que adquiriu contornos definitivos, transmudando-se em direito do imputado.

Pouco importava a gravidade da infração. Concedia-se a liberdade provisória, desde que se observassem as seguintes condições: 1.a) prestação de uma fiança; 2.')

que o crime não fosse contra a segurança do Estado.

Mesmo quando o imputado era pobre, sem condições de prestar fiança, a Lei das Doze Tábuas se conformava com a simples caução fidejussória (compromisso

pessoal de um cidadão, ainda que fosse pobre).

Se, prestada a fiança, o imputado deixasse de comparecer, quando chamado, sem apresentar escusas razoáveis, era detido, retornando ao cárcere.

Se, porventura, nesse caso, ou quando condenado definitivamente, não fosse encontrado, seus bens eram confiscados e se lhe aplicava a interdição da água e do

fogo (aqua et igni interdicere) - "ato administrativo que consistia em negar a um indivíduo o direito de permanecer dentro do território romano".

Mesmo nos crimes contra a segurança do Estado, permitia-se ao imputado o direito de abandonar livremente a cidade.

Tal modalidade de liberdade provisória poderia parecer esdrúxula. Não o era, entretanto. 0 exílio, àquela época, era a mais cruel das penas. 0

solo pátrio, diz

Fustel de Coulanges, era verdadeiramente sagrado para o homem, porque habitado pelos seus deuses. 0 que o homem possuía de mais caro se confundia com a própria

pátria. Abandoná-la significava a morte. Por essas razoes e que se permitia a fuga...

Outra razão que justificava aquela concessão de liberdade provisória repousava na circunstância de que os romanos entendiam que não se devia deixar

encarcerado, provisoriamente, o imputado, enquanto o acusador permanecia com ampla liberdade de ação, implicando tal circunstância uma quebra da igualdade que devia existir entre acusação e defesa.

No Império, "cuando el principio de Ia libertad individual fue menos respetado, cuando Ias creencias religiosas se eclipsaron, cuando Ia idea de Ia patria se volvió

menos poderosa y Ia del exilio menos odiosa" e justamente quando o processo inquisitivo substituiu o acusatório, houve maior restrição à concessão da liberdade

provisória.

A medida ficava à discrição do Magistrado, e este levava em conta a gravidade da acusação e, até mesmo, a personalidade do imputado. Na hipótese de

concessão do "favor", se houvesse quebra do compromisso de se apresentar, quando chamado, o fiador era condenado a multa...

Na Grécia, salvante as hipóteses de peculato e conspiração contra a pátria e a ordem política, o acusado ficava em liberdade, mediante caução ou fiança de três

cidadãos, responsáveis pelo seu comparecimento em juízo.

Deixando de lado esses antecedentes bem remotos e restringindonos ao Direito luso-brasileiro, constatamos que a liberdade provisória ora se concedia mediante

uma caução de bens (nossa atual fiança), ora sob compromisso de terceiros, os chamados "fiéis carcereiros", ora como privilégio, como

"homenagem" (em que o

cidadão lograva "livrar-se solto" sob palavra), e, finalmente, por meio das chamadas "cartas de seguro".

8. Liberdade provisória

De todos os sucedâneos da prisão provisória, o mais comum, adotado em todas as legislações dos povos civilizados, em maior ou menor intensidade, é a

liberdade provisória mediante fiança.

Prestada a caução, o indiciado ou réu obterá a sua liberdade provisória, até o pronunciamento final da causa, em decisão passada em julgado, dando a garantia de

que cumprirá as obrigações fixadas pela lei, atenderá às notificações para os atos do inquérito, da instrução criminal e do julgamento, sujeítar-se-á à execução da

condenação, se lhe for imposta, e satisfará as obrigações pecuniárias, cuja responsabilidade, em tal caso, lhe for atribuída.

A essa modalidade de liberdade provisória, pela sua característica, se denomina liberdade provisória mediante fiança.

Nesse caso, conforme acentuamos, o indiciado ou réu, além de prestar caução, assume o compromisso, perante a Autoridade, de cumprir as obrigações que lhe

são impostas por lei. E, porque nessa hipótese, além de prestar a caução, o cidadão fica vinculado ao cumprimento das referidas obrigações, fala-se em liberdade

provisória vinculada, com garantia.

9. A liberdade provisória sem riança, mas vinculada Hoje, entretanto, a liberdade provisória mediante fiança está relegada a plano secundário. Em numerosas hipóteses, ainda que em princípio a infração não

comporte fiança, pode o Juiz, e somente ele, conceder a liberdade provisória, sem qualquer garantia de natureza pecumaria, exigindo, apenas, do indiciado ou reu, o

compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. E a chamada liberdade provisória vinculada sem fiança. Sua concessão, a princípio,

pareceu-nos mera faculdade do Juiz. Meditando sobre o assunto, concluímos tratar-se de um verdadeiro direito público subjetivo do indiciado ou réu.

Nem teria

sentido ficassem satisfeitos todos os pressupostos para a obtenção da liberdade provisória, sem necessidade da prestação da fiança, e o Juiz deixasse de lha conceder,

por entender tratar-se de mera possibilidade de poder fazer, a ele conferida pelo texto legal. Seria uma rematada injustiça permitir-se que a liberdade provisória ficasse

na dependência da boa ou má vontade do Magistrado. Sua obstinação, seu capricho, suas idéias preconcebidas (afinal, o Juiz é homem, falível, portanto)

poderiam

frustrar o intuito da lei. Assim, tratando-se de verdadeiro direito que promana do status libertatis do cidadão, uma vez negado, poderá este impetrar uma ordem de

habeas corpus, visando a fazer cessar o evidente constrangimento ilegal, jugulando, desse modo, a instância superior, a impenitente atitude do Magistrado.

É bem verdade que o art. 3 10 do CPP, ao qual está umbelicalmente ligado o respectivo parágrafo único, diz: o Juiz poderá. Tal expressão é indicativa de um

poder discricionário? A liberdade provisória, nesse caso, fica à vontade do Juiz? Observe-se que o art. 312 do CPP, cuidando da prisão preventiva, usa idêntica

expressão, e, no entanto, o inc. V do art. 581 do mesmo estatuto confere ao Ministério Público, ou ao querelante, o direito à via recursal, quando indeferido

requerimento objetivando a medida extrema. Se a decretação da prisão preventiva ficasse à discrição do Juiz, não poderia o órgão do Ministério Público,

ou o querelante, interpor recurso para combater-lhe a decisão denegatória. Também os arts. 77 e 83 do CP, versando sobre o sursis e o

"livramento condicional", usam

a mesma expressão, e dúvida não há de que, uma vez satisfeitos os pressupostos para a concessão do benefício, o Juiz não poderá negá-lo.

Poderia o Magistrado dizer:

o réu é primário, seus antecedentes, sua personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime autorizam a presunção de que não tornará a delinqüir, mas não lhe

concedo o sursis? Evidentemente não. Nenhum Juiz, por mais antiliberal que fosse, negaria a suspensão condicional da pena nessas circunstâncias.

Então, por que

razão o verbo poder, inserido no contexto do art. 77 do CP, tem um sentido e, no art. 3 10 do CPP, outro? Em ambas as hipóteses, o verbo poder está empregado na

acepção de dispor de autoridade, isto é, cabe ao Juiz, e apenas ao Juiz, constatar se estão presentes as condições legais. Em caso positivo, a liberdade será concedida.

Não quis o legislador deixar à apreciação da Autoridade Policial, nessa hipótese, a concessão da liberdade provisória. Conferiu-a à prudência do Juiz. Prudência,

frise-se, para apreciar a existência, ou não, dos pressupostos para a concessão da liberdade provisória. É claro que o poderá a que se refere o art. 3 10 do estatuto

processual penal não pode traduzir um fazer ou deixar de fazer à sua vontade, ao seu talante, ao seu alvedrio, mas sim julgar, não a conveniencia ou oportunidade da

medida, mas a existência dos seus pressupostos. Da mesma forma que o indiciado ou réu poderá impetrar ordem de habeas corpus quando lhe for negada a liberdade

provisoria, nos termos do art. 3 10 e parágrafo do CPP, o órgão do Ministério Público também poderá interpor recurso em sentido estrito, com fulcro no inc. V do art.

581 do mesmo estatuto, se, não satisfeitos os pressupostos para a concessão da liberdade provisoria, concedê-la o Juiz.

0 poderá, diga-se mais uma vez, não confere ao Juiz inteira liberdade na escolha da conveniência ou oportunidade para a concessão do favor legis.

Repita-se: nas hipóteses de liberdade provisória vinculada semfiança (CPP, arts. 3 10 e parágrafo único e 350), ao Juiz incumbe, tão-somente, aferir, com

discrição, a existência dos requisitos legais. Erraria, a nosso ver, o Magistrado que deixasse, por exemplo, de conceder a liberdade provisória, ainda quando

bem

contornada, bem delineada, uma causa de licitude. 0 poder que a lei lhe confere não é para julgar da conveniência ou inconveniência da medida, mas sim para apreciar,

com cir

cunspeção, seus pressupostos de existência. Do contrário, a liberdade do indiciado ou réu ficaria à mercê do temperamento do Magistrado, o que seria profundamente

detestável. Não se trata de umfavorjudicis; trata-se de um favor legis.

Por isso entendemos, após algum tempo de reflexão, que, se o indicíado ou réu fizerjus à liberdade provisória, nos termos do art. 310, caput, do CPP, deve o Juiz

conceder-lha. Caso contrário, aí está o Tribunal, pelo habeas corpus, para corrigir-lhe a injustiça. Nesse sentido, vejam-se Basileu. Garcia (Comentários, cit., p. 139, n.

132) e Frederico Marques (Elementos, cit., v. 4, p. 77). Ora, se na hipótese do art. 310, caput, o Juiz se limita a examinar se estão presentes os pressupostos para a

concessão da medida, conforme entendimento pacífico, não lhe restando nenhum poder de julgar da conveniência ou não da providência, por que razão charadística,

na hipótese do parágrafo único do citado artigo, lhe sobraria tal poder?

Entendimento contrário afrontaria o texto legal, com grave prejuízo à liberdade individual, que o legislador, sabiamente, quis, de maneira admirável, tutelar e

resguardar.

Nesse particular, veja-se o magistral trabalho do eminente Prof. Weber Martins Pereira, Liberdade provisória.

10. As hipóteses de liberdade provisoria vinculada sem fiança Em que hipóteses a liberdade provisória vinculada semfiança será permitida? Exclusivamente nos casos referidos nos arts. 310 e seu parágrafo único e 350 do

CPP.

11. 0 art. 310 do CPP

Na primeira hipótese, o indiciado ou réu, logrando permanecer em liberdade, provisoriamente, sujeitar-se-á, apenas, à condição de comparecer a todos os atos do

processo, sob pena de revogação. Permanece ele em liberdade, mas preso ao processo, vinculado a este até o desfecho da causa penal. In verbis:

"Art. 310. Quando ojuiz verificarpelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, 1, 11 e 111, do Código Penal (atual art.

23, 1, 11 e 111), poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que

autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)".

Percebe-se pela redação do caput do artigo supra que a liberdade provisória, naquela hipótese, será admitida - e isto é importante -

independentemente da natureza

da infração. Pouco importa tratar-se de infração afiançável ou inafiançável. Diz o art 23 do CP que não há crime quando o agente pratica o fato em defesa legítima,

estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito.

Assim, constatada, em processo regular, uma dessas justificativas, o réu será

absolvido (pois não há crime), nos termos do art. 386, V, do CPP.

Ora, se pelo auto

de prisão em flagrante o Juiz (note-se, somente o Juiz) certificar-se de que o indiciado ou réu praticou o fato nas condições previstas no art.

23, 1, 11 ou 111, do

estatuto repressivo, por que mantê-lo preso provisoriamente? Se a finalidade precípua da prisão provisoria é evitar que o réu se subtraia à aplicação da sanctio juris, é

óbvio que, verificando o Juiz que sua absolvição é muito provável, não deverá mantê-lo sob estado de coerção.

12. 0 parágrafo único do art. 310 do CPP

A segunda hipótese de liberdade provisória vinculada sem fiança i

vem prevista no parágrafo único do art. 3 10 do CPP.

De acordo com esse dispositivo, também será admitida a liberdade provisória vinculada sem fiança, ainda que inafiançável a infração, se o Juiz verificar, pelo

auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Trata-se de excelente inovação no nosso jus positum. Afinal, por que deveria o indiciado ou réu permanecer preso provisoriamente? A medida não seria

profundamente injusta? Por que prender quem não foi definitivamente condenado? E certo que o flagrante é a certeza visual do crime, e, normalmente, há uma

probabilidade de condenação. E se o réu for absolvido? Porventura ressarciria o Estado os prejuízos morais e materiais que lhe adviessem?

Na França, a Lei n. 70-643,

de 17-7

1970, deu nova redação ao art. 149 do Code de Procédure Pénale, para permitir uma indenização em casos dessa natureza. In verbis:

"Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 505 et suivants du Code de Procédure Civile, une indemnité peut être accordée à la personne ayant

fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non lieu, de relaxe ou d'acquittement devenue definitive,

lorsque cette détention lui a causé un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité".

Assim também o art. 225 do CPP português de 1986. Há entendimento de que, entre nós, tais prisões injustas ensejam uma indenização. Essa afirmativa repousa

no art. 5.', LXXV, da CF. Ali se fala de indenização por erro judiciário e se o condenado "ficar preso além do tempo fixado na sentença". Parece-nos, entretanto, que o

modelo legal não se ajusta às prisões provisórias.

Por outro lado, se a prisão provisória de natureza processual é uma medida cautelar, uma providência precautória, com vistas à execução da pena a ser imposta, é

mais que evidente que a segregação somente poderá ser mantida, ou determinada, se houver, nos autos, elementos idôneos a mostrar que, em liberdade, o réu se

subtrairá ao cumprimento de eventual pena.

Não vale, aqui, a simples presunção de fuga. Do contrário, sempre que alguém fosse preso provisoriamente, ou devesse sê-lo, jamais conseguiria, em qualquer

circunstância, a liberdade provisória, pois a presunção de fuga funcionaria como um freio a angustiar a pretensão libertária. Seria, como dizia Beling, sancionar a

presunção legal de fuga. É preciso, isto sim, haja, nos autos, algum elemento idôneo, sério, a mostrar que o indiciado, ou réu, leva uma vida errante, não tem paradeiro;

que, mesmo sendo radicado no distrito da culpa, está-se desfazendo de todos os seus bens. Aí, sim, pode-se falar em presunção de fuga, e, para evitar o periculum in

mora, perigo de uma insatisfação ou tardia satisfação da pena, deve o Estado precaucionar-se, não lhe concedendo os benefícios do parágrafo único do art. 3 10 do

CPP, ou, se em liberdade estiver, e dês que a hipótese se subsuma na moldura do art. 313 do CPP, decretar-lhe a medida extrema.

Inaplicável, também, o parágrafo único do art. 3 10 já citado, se a prisão for necessária para a garantia da ordem pública. Nesse caso, a segregação provisória

representa uma verdadeira medida de segurança

de natureza processual. Ordem pública é a paz, é a tranqüilidade social.

Se o indiciado ou réu estava cometendo várias infrações, tendo sido instaurados contra ele dois

ou três inquéritos, quando, na quarta infração, por exemplo, foi preso em estado de flagrância, não poderá gozar dos favores do parágrafo único do art. 3 10 do CPP.

Em liberdade, voltaria ele à seqüência delitual. Se, por acaso, não houvesse sido preso em flagrante, poder-se-ia contra ele fazer expedir mandado de prisão preventiva,

uma vez que o seu encarceramento provisório representaria um salutar remédio para a garantia da ordem pública. Se o meio social ficar comocionado, indignado com

a prática da infração, havendo tumulto na sociedade; se o indiciado fazia apologia de crime; se, em liberdade, der motivo a novas infrações, é evidente

que a ordem

pública, em todas essas hipóteses, ficaria seriamente comprometida.

Por derradeiro: às vezes, é a conveniência da instrução criminal que reclama a prisão provisória. Se o Juiz verificar, pelos elementos constantes dos autos, que

aquela não será realizada, porquanto o indiciado está afugentando testemunhas, ou, então, que este, aliciando testemunhas falsas, ameaçando outras que possam depor

contra ele, ou, até mesmo, peitando-as e, inclusive, subornando ou tentando subornar peritos, Oficiais de Justiça etc., está deturpando a instrução, é natural que a sua

segregação se impõe, como providência eminentemente cautelar.

Essas as hipóteses que legitimam a prisão preventiva. Ocorrendo qualquer uma delas, e sendo o agente preso em flagrante, nem mesmo mediante fiança conseguirá a liberdade provisória, consoante a regra do inc. IV do art.

324 do CPP. Se não houver flagrância, e desde que a hipótese se enquadre na moldura do art.

313 do mesmo estatuto, poderá o Juiz decretar-lhe a segregaçao provisoria.

0 parágrafo único do art. 3 10 do CPP somente não terá aplicação se estiver presente uma das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Inaplicável, também, estejam ou não presentes tais circunstâncias, em se tratando de crimes hediondos, terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes,

crime contra a economia popular e crimes de sonegação fiscal. Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, pouco importa saber se o indiciado é ou não primario, se tem

ou não bons antecedentes. A lei não faz nenhuma restrição. Por outro lado, ainda

que a infração seja, em princípio, afiançável, se estiver presente um dos motivos que

autorizam a decretação da prisão preventiva, nem mesmo mediante fiança logrará o indiciado ou réu a liberdade provisória, consoante o disposto no inc. IV do art.

324.

Mas se o Juiz, analisando os autos, não encontrar nenhum elemento idôneo que respalde qualquer uma das condições que legitimam a prisão preventiva,

caber-lhe-á, após a ouvida do órgão do Ministério Público, conceder ao indiciado, ou réu, a liberdade provisória sem fiança, sujeitando-o, tão-só, à obrigação de

comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Essa providência ele a poderá tomar de ofício, ou, então, a requerimento do interessado.

Cautelosamente, desde que a desnecessidade da segregação seja visível a olho desarmado, não vemos obstáculo a que a requeira o próprio órgão do MR

Diz o parágrafo único do art. 3 10 do CPP: "... quando o Juiz verificar pelo auto de prisão eniflagrante... " (grifos nossos). Assim, recebendo o Juiz a

comunicação da prisão a que se refere o art. 5.', LXII, da CF, deve, incontinenti, manifestar-se sobre a concessão da liberdade provisória, sem fiança, colhendo, de

imediato, a manifestação do Ministério Público. Não obstante, o normal, entre nós, é a Defesa requerer... E, nesses casos, a tramitação do pedido se arrasta por alguns

dias. Às vezes, pela simples leitura do auto de prisão em flagrante, não é possível a concessão do benefício, devendo, nesses casos, aguardar-se o inquérito policial.

13. Restrições legais

A Lei ri. 8.072190 estabeleceu no seu art. 2.' que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são

insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória.

Insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, os crimes definidos na Lei n. 9.613, de 3-3-1998.

Se toda e qualquer prisão provisória descansa, inquestionavelmente, na necessidade, a proibição da liberdade, nesses casos, mesmo ausentes os motivos para a

decretação da prisão preventiva, é um verdadeiro não-senso e violenta o princípio constitucional da presunção de inocência. Por outro lado, uma leitura de todo aquele

diploma legal mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração estavam despreparados. Note-se, inicialmente, que no art. 1.'

erigiu-se o estupro à condição

de crime hediondo. E se por acaso uma menina de 13 anos entregar-se ao seu namorado? Tal fato não constitui estupro? Evidentemente. Trata-se de estupro com

violência presumida. E, nesse caso, não tendo havido violência, o inquérito e o processo não serão iniciados se os responsáveis pela menor assim o desejarem? Claro. Se a menina for de posses, a ação será privada. Se pobre, a ação será pública mediante representação. E

faz sentido o legislador considerar como hediondo um crime cuja persecução compete exclusivamente ao particular?

Mais ainda: em se tratando de crime contra a economia popular e crime de sonegação fiscal, não se aplica a regra do parágrafo único do art. 3 10

do CPP Nesses

casos, diz a Lei n. 8.035, de 27-4-1990, que a liberdade somente poderá ocorrer

mediante fiança a ser arbitrada pelo Juiz...

14. A conversão da liberdade sob fiança em liberdade sem rança

E se já estava o indiciado, ou réu, em liberdade mediante fiança? Quer-nos parecer que, ainda assim, inteira aplicação terá o disposto no parágrafo único do art. 3

10 do CPP. Seria rematada desfaçatez permitir-se a liberdade provisória, sem caução, àquele que cometeu uma infração inafiançável e deixar que outro, que praticou

infração afiançável, continue suportando os ônus da fiança e as vicissitudes por que ela passa: quebramento, cassação, inidoneidade. Se afiançável, uma vez prestada a

fiança, o cidadão logra, de imediato, sua liberdade, mas, posteriormente, o Juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado ou do próprio órgão do Ministério

Público, após exame dos autos do inquérito, converterá a liberdade provisória sob fiança em liberdade vinculada, sem fiança. Entendemos, e confiamos na lucidez dos

nossos Juízes, que em casos dessa natureza a liberdade provisória, concedida mediante a prestação da caução, seja convolada em liberdade provisória sem fiança,

mediante assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. 0 valor da fiança, na hipótese ora testilhada, deverá ser restituído

a quem a prestou, e o indiciado, ou réu, ficara, apenas, obrigado a comparecer a todos os atos do processo, assinando, nesse sentido, o respectivo termo, que será

juntado aos autos.

Por expressa determinação legal, o órgão do Ministério Público será sempre ouvido, quando for requerida a concessão da liberdade provisória a que se referem o

art. 310 e seu respectivo parágrafo único. Igualmente, quando o Juiz, de ofício, pretender concedê-la.

E se o Juiz negar o benefício da liberdade provisoria a que alude o parágrafo único do art. 3 10 do CPP? Inexistindo qualquer das condi ções que legitimam a decretação da prisão preventiva, o benefício não pode ser negado. Se o for, caberá ao interessado impetrar ordem de habeas corpus, alegando

estar sofrendo manifesto constrangimento ilegal. Cremos não possa o Juiz fazer mera apreciação subjetiva. A lei seria frustrada. Cabe-lhe, inegavelmente, o poder de

conceder, ou não, a liberdade provisória, ou de convolar a liberdade provisória sob fiança em liberdade provisória vinculada, mas com a restituição da fiança.

Repita-se: esse poder, contudo, não traduz nem revela faculdade de julgar da conveniência, ou não, da medida. Se lhe fosse lícito conceder, ou não, a liberdade

provisória, a seu gosto, haveria um arremedo de tutela à liberdade individual, porquanto o homem, ainda não definitivamente julgado, ficaria a padecer as agruras de

um cárcere, simplesmente porque um seu semelhante, o Juiz, tão falível quanto qualquer mortal, querendo sobrepor-se ao legislador, não lhe reconheceu o direito de

defender-se pede libero, com os pés livres, em liberdade. Seria sumamente perigoso outorgasse o legislador, ao Juiz, a mera faculdade de conceder, ou não, a seu

talante, à sua vontade, a liberdade provisória. Idéias preconcebidas, idéias filosóficas, religiosas, políticas e a própria personalidade do Juiz poderiam, como realmente

podem, influenciá-lo, ainda que inconscientemente, na concessão, ou não, da medida. Certo que a Superior Instância, decidindo, como decide, colegiadamente, poderá

corrigir-lhe a injustiça. Não foi, contudo, essa a vontade do legislador, nem é o que se dessume do espírito da lei. Satisfeitas as exigencias legais, o benefício não pode

ser negado. Nem teria sentido que o Magistrado ficasse impassível ante uma iniqüidade e, sem embargo de poder sufocá-la, insistisse e renitisse em mantê-la. Não

seria ele Juiz, mas um tartufo togado.

E se, na hipótese do art. 310 do CPP, a causa excludente de antijuridicidade não estiver estreme de dúvida, ainda assim poderá ser concedida a liberdade

provisória sem caução? Sim, desde que inocorra qualquer condição que legitime a prisão preventiva. E nos casos de exclusão de pena por via subjetiva (erro de fato,

coação irresistível, estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal)? Também poderá sê-lo, uma vez satisfeita a exigência do parágrafo único do art. 3 10 do

CP`R

E se, porventura, conceder o Juiz a liberdade provisória sem caução, poderá o órgão do Ministério Público ou o querelante interpor recurso?

Sim. Nos precisos

termos do ine. V do art. 581 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei n.

7-780, de 22-6-1989.

15. Obrigações

Note-se, por último, que, se porventura o beneficiário descumprir a obrigação de comparecer a todos os atos do processo - único ônus a que ele se sujeita -,

poderá o Juiz determinar seu recolhimento ao xadrez, revogando, assim, o benefício. É claro que, se o indiciado, ou réu, justificar, plenamente, seu

não-comparecimento, a liberdade provisória deve ser mantida. E se durante a instruçao o reu passa a perturbar a instrução criminal, ou a ordem pública, ou, ainda, dá

sinais evidentes de que se subtrairá à aplicação da lei penal? Quid inde?

Se o crime for um daqueles referidos no art. 313 do CPP, nada obsta se lhe decrete a prisão

preventiva. Não o sendo, não haverá solução. A revogação será permitida se ele não comparecer a qualquer ato do processo. 0 legislador, infelizmente, contentou-se

apenas com aquela exigência: compromisso de comparecer a todos os atos do processo. Bem poderia

• legislador dar tão-somente ao art. 3 10 do CPP esta redação: "Quando

• Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312), poderá, depois de ouvir

o Ministério Público, conceder ao indiciado ou réu liberdade provisória, mediante termo de compromisso a todos os atos do processo, sob pena de revogação". E, no

parágrafo único, acentuar: "A medida será igualmente revogada se, no curso do inquérito ou da instrução, ocorrer qualquer uma daquelas hipóteses (art. 312)".

16. Recurso

Se, nas hipóteses tratadas no art. 310 e seu parágrafo único do CPP, o Juiz deixar de conceder a liberdade provisória, poderá o indiciado recorrer? Não há

recurso. Poderá, o indiciado, isto sim, impetrar ordem de habeas corpus.

Por outro lado, se o Juiz relaxa a prisão em flagrante ou se concede a liberdade provisória,

cabe o recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, V, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 7.780, de 22-6-1989. Esse mesmo recurso será oponível se o Juiz

indeferir requerimento para a decretação da prisão preventiva. Mas, se o Juiz decretar a medida extrema, não haverá recurso específico...

17. Réu pobre

A terceira hipótese de concessão de liberdade provisória sem fiança, mas sob compromisso de atender a certas obrigações, vem tratada no art. 350

do CPP. In

verbis:

"Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória,

sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será

revogado o benefício.

Parágrafo único. 0 escrivão intimará o réu das obrigações e sanções previstas neste artigo".

Ainda aqui, a liberdade provisória sem fiança somente poderá ser concedida pelo Juiz. Seguindo a nossa linha de raciocínio, evidente que ao Magistrado descabe

julgar da conveniência ou não da medida. Caber-lhe-á, isto sim, apreciar a existência dos requisitos legais. Quais são eles? Três: a) Estado coercitivo (aliás, o estado

coercitivo, ou sua imínência, é pressuposto de toda e qualquer hipótese de liberdade provisória). b) É preciso que a infração comporte fiança, isto é, que a hipótese seja

de afiançabilidade. Um crime de lesão corporal leve, por exemplo, é afiançável;

entretanto, se o autor, ao cometer tal infração, estava no gozo do sursis, o caso não é

mais de afiançabilidade (cf. CPP, art. 324, 111). Desse modo, dizendo o art. 350 que o Juiz pode conceder a liberdade provisória, nos casos em que couber fiança,

quis, evidentemente, referir-se às hipóteses em que a fiança é possível.

No exemplo dado já não lhe seria lícito concedê-la, porquanto a hipótese é de inafiançabilidade.

c) É preciso que se trate de indiciado, ou réu, pobre. Cabe a este fazer a prova de miserabilidade. 0 conceito desta é o mesmo do § 1.' do art. 32

do CPP:

"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".

Satisfeitos tais pressupostos, e à maneira do que ocorre com as outras hipóteses de liberdade provisória sem fiança, deve o Juiz conceder o benefício. Aqui,

também, a providência não fica à sua discrição, à sua vontade. Seria um rematado disparate dissesse o Magistrado: "Posso, mas não concedo".

Estamos, hoje,

convencido de que a lei lhe conferiu o poder de apreciar não a conveniência da medida, mas a existência dos requisitos legais. Uma vez satisfeitos, a medida se impõe.

Negando-a, nada impede que o interessado, por meio de habeas corpus, venha a consegui-Ia junto ao Tribunal. Concedendo-a, fá-lo-á em simples despacho nos autos,

cabendo ao escrivão, nos termos do parágrafo único do art. 350 do CPP, dar ciência ao beneficiário das obrigações a que ficará sujeito, e que são aquelas contidas no próprio corpo do citado artigo.

Quais são essas obrigações? Di-lo o art. 350, fazendo remissão aos arts.

327 e 328 do CPP:

a) comparecer a todos os atos do inquérito (se for o caso) ou da instrução criminal, quando regularmente notificado; b) não mudar de residência, sem prévia permissão da Autoridade processante;

c) não praticar nova infração penal.

Nos termos do art. 350, se o réu descumprir as obrigações enunciadas nas alíneas a, b e c, com motivo justo, vale dizer, se houver justa causa para o

inadimplemento daquelas obrigações, o descumprimento será irrelevante.

Assim, se o réu for notificado a comparecer a um ato da instrução e não o fizer, em virtude de estar hospitalizado, haverá justa causa.

Todavia, se não houver justa causa - e o exame desta fica à discrição do Juiz processante -, o benefício, nos termos do art. 350 do CPP, deverá ser revogado. É

assim que dispõe o artigo supracitado. Contudo e preciso que se harmonize o art. 350 com o parágrafo único do art. 3 10 do CPP, sob pena de se cometer injustiça

inominável. Se, nos termos do parágrafo único do art. 3 10, cometida uma infração inafiançável, o pobre ou rico fará jus à liberdade provisória, mediante simples

termo de comparecimento a todos os atos do processo, não teria sentido que o pobre que viesse a cometer uma infração afiançável, embora não prestando fiança, se

sujeitasse a ônus maiores e mais severos.

Assim, entendemos, em face da nova legislação, deva a disposição do art.

350 permanecer, como medida pronta e eficaz, para que o indiciado consiga, de

imediato, sua liberdade provisoria. Entretanto, chegando os autos do inquérito

ajuízo, e ausente qualquer das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão

preventiva, cumprirá ao Magistrado convolar aquela liberdade provisória, concedida nos ter'nos do art. 350, em liberdade provisória sujeita a menores ônus, qual a

descrita no art. 3 10, parágrafo único, do CPP, ou, então, o que nos parece mais acertado, quando da concessão da liberdade provisória, em vez de se invocar o

disposto no art. 350, deverá o Juiz, de logo, conceder-lha, nos moldes do art. 3 10, parágrafo único.

Por outro lado, ainda que se conceda ao pobre a liberdade provisória conforme o art. 350 do CPP, se ele descumprir aquelas obrigações a que se sujeitou, será a medida revogada? Sim, di-lo o art. 350. Mas é de ponderar que a revogação não constitui obstáculo a que se lhe conceda a liberdade provisória,

nos termos do parágrafo único do art. 310, a menos que o motivo da revogação se incompatibilize com a concessão da liberdade provisória tratada naquele parágrafo.

Assim, por exemplo, se o réu permaneceu em liberdade, sujeito aos ônus do art. 350, e, injustificadamente, deixou de comparecer a qualquer ato do processo,

revogado o benefício legal, não teria sentido permitir-se-lhe nova oportunidade. 0 ônus a que se refere o parágrafo único do art. 310 é exatamente este: obrigação de

comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Ora, se ele já estava sujeito àquele ônus ao receber o benefício referido no art.

350 e o descumpriu,

mesmo sabendo das conseqüências, não teria sentido fosse ele premiado com medida mais benevolente.

Se, porventura, o índiciado ou réu infringir aquela obrigação referida no art. 328 do CPP, não deixando, contudo, de comparecer aos atos processuais sempre que

notificado, a revogação do benefício nos termos do art. 350 não será óbice à aplicação do disposto no parágrafo único do art. 3 10. E se cometer nova infração penal?

Depende das circunstâncias em que a infração foi cometida. Se ela estiver desamparada por qualquer das circunstâncias que ilidem a antijuridicidade e não for mero

delito culposo, poder-se-á vislumbrar na sua conduta uma agressão à ordem pública, e, nesse caso, revogado o benefício, nova liberdade provisória encontraria óbice

no art. 324, 1, última figura, e IV, do CPP.

Se não dermos ao art. 350 do CPP tal interpretação, impossível será uma conciliação com o disposto no parágrafo único do art. 3 10, que alterou toda a legislação

atinente à liberdade provisória. A não ser que, numa interpretação judaica que se lhe faça, contra a mens legislatoris e a própria mens legis, se afirme que ali se

conferiu ao Magistrado a faculdade de julgar, ou não, da conveniência ou oportunidade, o que seria uma atitude desarrazoada e injusta.

Ademais, é de ponderar que a liberdade provisória, mediante fiança, ou nos moldes traçados pelo art. 350 do CPP, não pressupõe, sempre e sempre, a prisão em

flagrante. Bem pode o réu não ter sido preso em flagrante, permanecendo, assim, em liberdade, e, uma vez pronunciado ou condenado, por infração que admita fiança,

queira aguardar o julgamento da causa ou do recurso pede libero (em liberdade). Se não for primário e não tiver bons antecedentes, deverá prestar fiança. Mas,

sendo pobre, o Juiz poderá conceder-lhe a liberdade provisória, nos termos do art. 350, e, nesse caso, se, enquanto aguarda o julgamento, ou a decisão do recurso interposto, vier a infringir qualquer das obrigações a que se sujeitou, obviamente deverá ser recolhido ao xadrez, ficando impossibilitado de,

ainda que assim o deseje, prestar fiança, ante a proibição constante do art. 324, 1, última parte, do CPP, salvo se o descumprimento se der porjusta causa. Evidente

que, para poder aguardar o julgamento ou recurso em liberdade (CPP, arts.

408, § 1% e 594), não poderá o Juiz valer- se da regra contida no art. 3

10, parágrafo único,

do CPP, que pressupõe prisão em flagrante.

18. Liberdade provisória sem riança e sem vinculação Em alguns casos, levando-se em consideraçao a minimidade da pena cominada à infração, a liberdade provisória é obrigatória, sem que o indiciado ou réu seja

obrigado a prestar fiança ou mesmo se sujeite a qualquer obrigação.

A autoridade é obrigada a conceder a liberdade provisória. Nessas hipóteses, usando a linguagem do legislador, o indiciado ou réu "se livra solto", isto é, ele se

defenderá do processo em liberdade. E isto ocorre nos precisos termos do art. 321:

a) no caso de infração a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, comínada pena privativa da liberdade; b) quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

Vejamos a primeira hipótese.

Se a pena confinada à infração for exclusivamente pecuniária (multa) - e é o que ocorre com numerosas contravenções -, seria um contra-senso admitir-se a prisão provisória. A medida seria por demais odiosa, mesmo porque ela não é pena antecipada, e o seu fundamento não se confunde com o da pena.

De qualquer forma, a medida seria iníqua. Se a infração é tão insígnificante que, mesmo a título de pena, o legislador cominou simples multa, é exagero

permitir-se o encarceramento provisório. Note-se, de 1090, inexistir, em nosso Direito, um crime cuja pena cominada seja exclusivamente de multa.

Há, isto sim, numerosas contravenções, tais como as previstas nos arts.

20, 22, § U, 29, 30, 32, 37, 38, 43, 44, 46, 49, 61, 66, 68, da Lei das Contravenções, arts. 55 e 56, parágrafo único, do Decreto-lei n.

6.259, de 10-2-1944.

Assim, se Mévio for surpreendido em flagrante por estar "importunando alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor", após a

lavratura do auto de flagrante, deverá imediatamente ser dispensado pela autoridade, nos termos do art. 309, combinado com o art. 321, 1, ambos do CPP. E isto

porque o fato praticado se subsume na figura do art. 61 da Lei das Contravenções, cuja pena é exclusivamente de multa.

Não se deve deslembrar que, atualmente, as contravenções e os crimes apenados até um ano no máximo, não sujeitos a procedimento especial, são considerados de menor potencial ofensivo, sujeitando-se às disposições da Lei do Juizado Especial Criminal, e, segundo dispõe * parágrafo único do art. 69 da Lei

n. 9.099195, nesses casos pode até * autoridade deixar de lavrar o auto, limitando-se à confecção do termo circunstanciado, encaminhando-o, a seguir, ao Juizado

Especial ou ao próprio Juiz de Direito se ainda não houver instalado aquele órgão, salvo se a prisão do contraventor ocorrer em outra Comarca.

Nesse caso, o auto

será lavrado no lugar da prisão (art. 332 do CPP), fazendo-se a remessa ao Juizado do lugar em que se consumou a infração.

E se o contraventor já foi condenado por sentença transitada em julgado?

Se a condenação foi pela prática de outra contravenção cometida no Brasil, ou de crime,

pouco importando se aqui ou aliunde, reincidente será, nos termos do art.

7.' da LCP. Não obstante, faz jus à liberdade provisória, defendendo-se solto, sem fiança

nem vinculação.

Mas não diz o art. 321 que o réu se livrará solto, independentemente de fiança, se a infração cometida for apenada exclusivamente com multa, ressalvado o

disposto no art. 323, 111 e IV, do CPP? E o ínc. 111, retrocitado, não veda a fiança aos reincidentes? Certo. Entretanto é de ponderar que o reincidente a que se refere

o dispositivo em apreço é aquele que comete um crime doloso, após ter sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado.

Como na hipótese ele cometeu contravenção, faz jus ao benefício. E ainda assim, tendo em vista a Lei do Juizado Especial Criminal, será lavrado o auto de prisão

em flagrante? Nada impede, mas não será necessário, mesmo porque, se a condenação anterior foi pela prática de contravenção, ainda assim será possível a transação

na audiência preliminar de que trata o art. 72 daquele diploma.

L

E se a condenação anterior foi pela prática de crime? Se a autoridade souber desse antecedente, lavrará o auto. E se não souber? Na dúvida, convém lavrar, muito

embora tenha o conduzido direito à liberdade imediata, sem fiança.

Na hipótese de infração exclusivamente apenada com multa, pou~ co importa seja ele reincidente ou não. Gozará de liberdade provisória, sem prestar fiança e

sem se sujeitar àquelas obrigações que, de regra, se exigem das pessoas que fazem jus ao benefício da liberdade provisória.

E se ele for vadio? Ao cuidar da liberdade provisória sem fiança e sem vinculação, o art. 321 do CPP diz ser possível ao réu livrar-se solto, sem fiança, em dois casos (art. 321, 1 e 11), ressalvando, entretan~ to, as hipóteses previstas

no art. 323, 111 e IV. Este último reza:

"Não será concedida fiança:

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio"

(grifo nosso).

Mesmo sendo vadio, a restrição do art. 321 não pode ter aplicação porquanto a lei do Juizado Especial Criminal não faz nenhuma restrição ao

"vadio" e, desse

modo, a regra do art. 321 ficou, nesse particular, praticamente, sem nenhuma aplicação. Tudo quanto dissemos an~ teriormente tem aqui inteira aplicação. Ainda que

se trate da contravenção de vadiagem, será observada a regra do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/95.

A outra hipótese em que o indiciado ou réu se livra solto, isto é, gozará de liberdade provisória sem fiança e sem se sujeitar àquelas obrigações a que

normalmente o seu beneficiário se sujeita (CPP, arts. 327 e 328), ocorre quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

É como soa o inc. 11 do art. 321 do CPP.

Dentre as infrações a que a lei comina pena privativa de liberdade, de molde a permitir a liberdade provisória sem fiança, e sem vinculação, destacam-se as previstas nos arts. 137, 150, 176, 190, 246, 274, 275, 276, 315, 320, 321, 323 e seus parágrafos, 324, 245 e 348, § 1.', todos do CP.

E, na Lei das Contravenções, encontra mos mais estas infrações: arts. 19,

§ 1% 21, 22 e parágrafo, 23, 26, 28, 31, 33, 35, 36 e parágrafo, 42, 45, 47, 62 e 64. Em leis extravagantes existem outros casos.

Se a pena máxima cominada à infração, a despeito de privativa de liberdade, nem sequer excede a três meses (e. g., CP, arts. 137, caput, 150, caput), e se os

trâmites normais de um processo, até a sentença de mérito, ultrapassam aquele lapso de tempo, seria desumano permitir-se o encarceramento provisório, com os

conseqüentes males daí decorren-

tes, por dois, três ou quatro meses, para, afinal, ser o réu condenado a 15 ou 30 dias (normalmente fazendo jus à transação ou ao sursis).

E se fosse absolvido?

E acrescentamos: ademais, tratando-se, como se trata, de infração de menor potencial ofensivo, nem teria sentido a lavratura do auto e muito menos a exigência

da fiança. Observe-se que, mesmo que o autor de uma dessas infrações for reincidente, se vier a ser condenado, sujeitar-se-á tão-só a pena restritiva de direitos. Mais:

se a lei pem-lite a simples pena restritiva de direitos a quem for condenado à pena de 4 anos (pouco importando se de detenção ou reclusão), seria um encimado

desconchavo exigir-se fiança do reincidente que cometesse uma das infrações referidas no art. 321 do CPP.

19. Conversão, nos termos do art. 310, parágrafo único Não se deve deslembrar, e isto é muito importante, que seria uma iniqüidade inominável permitir-se a liberdade provisoria para quem foi preso em flagrante por

um crime inafiançável de real gravidade, nos termos do parágrafo único do art. 3 10, desde que satisfeitos os pressupostos ali traçados, e se negasse tal direito ao autor

de um crime, punido com pena privativa de liberdade, cujo máximo, in abstracto, não venha exceder os três meses.

Deixa entrever o art. 321 do CPP que, na hipótese tratada no seu inc. 11

(pena cominada não superior a 3 meses), a infração torna-se inafiançável se o réu for

vadio ou reincidente em crime doloso.

Nesses casos, pois, as infrações tomam-se inafiançáveis. Ora, o homicídio também é inafiançável, e, sem embargo, o criminoso preso em flagrante fará jus a

liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, se inocorrer qualquer dos motivos que autorizam a

prisão preventiva.

Logo, na hipótese do art. 321, seja o réu reincidente ou vadio, embora não possa conseguir, de pronto, sua liberdade provisória, nem mesmo por meio da fiança, nem por isso deverá continuar preso. Quando os autos do inquérito chegarem ao Fórum, o pedido de liberdade provisória será devidamente

apreciado à luz das provas neles existentes. Por primeiro, o Juiz ouvirá o órgão do Ministério Público e, a seguir, independentemente do seu parecer, se constatar a

inexistência de qualquer dos pressupostos da prisão preventiva (prova de existência da infração, indícios suficientes de autoria) ou de motivos que a autorizam

(garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e segurança para a aplicação da lei penal), conceder-lhe-á a liberdade provisoria, nos termos do

parágrafo único do art. 310 do CPP.

É até bem possível que a autoridade policial nem lavre o auto, encaminhando o autor do fato ao Juizado Especial Criminal para os fins do art. 77 da lei

respectiva.

20. Outra hipótese de liberdade provisória sem fiança e sem vinculação

Outra hipótese de liberdade provisória, sem vinculação e sem fiança, vem prevista no § 2.' do art. 408 do CPP:

"Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso".

E o § 3.' acrescenta:

"Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão".

Antes dessa lei, pronunciado o réu por crime inafiançável, caso ele estivesse em liberdade, decretava-se-lhe a prisão, para que se evitasse o periculum in mora. Se

afiançável, arbitrava- se-lhe o quantum da caução.

Quando o crime era inafiançável, a prisão decorrente da pronuncia equivalia, em tudo e por tudo, à prisão preventiva obrigatória.

Evidentemente, havia a

presunção absoluta de que o réu, uma vez pronunciado, escaparia à ação da justiça. Intolerável presunção! Por que confundir gregos com troianos?

Ora, se a prisão

preventiva obrigatória desapareceu da nossa legislação, por que manter a obrigatoriedade da prisão decorrente da pronúncia? Por que presumir que todo réu, pronunciado por crime inafiançável, escapará à ação da justiça?

1

Não seria sancionar a presunção legal de fuga?

Pondo os olhos nessa realidade, a Lei ri. 5.941/73 estabeleceu que, se o réu for primário e de bons antecedentes, o Juiz poderá deixar de decretar-lhe a prisão ou

revogá-la, caso já se encontre preso. A primeira dúvida que o preceito sugere é esta: e se o crime for afiançável? É claro que, satisfeitos os pressupostos, não precisará

ele prestar fiança. Caso contrário, haveria iniqüidade: sendo inafiançável, não se lhe decreta a prisão; sendo afiançável, dever-se-ia arbitrar-lhe fiança? Por que o

primeiro deve ter mais regalia que o segundo? Seria um contra-senso, Assim, satisfeitos os pressupostos para o benefício, não se lhe decreta a prisão, ou, se estiver

preso, será ela revogada.

Embora não haja dúvida quanto ao conceito de primariedade, uma vez que o réu primário é aquele não condenado por sentença trânsita em julgado, poderá

parecer que, em face do art. 64, 1, do CP, que instituiu a prescrição da reincidência, se o réu foi condenado em 1980 e cumpriu a pena que lhe foi imposta em 1984,

vindo a cometer um crime da competência do júri (poderia ser qualquer outro,

mas é a hipótese que nos interessa), deverá ser considerado primário. Para todos os efeitos penais ele passa a ser primário. Contudo, aquela condenação anterior pesa como antecedente. Evidente que, nos termos da lei, o réu, para fazer jus ao benefício do

§ 3.' do art. 408 do CPP, precisa ser primário e ter bons antecedentes.

Que se entende por bons antecedentes? Do Pref. Nilo Batista estas palavras: "Da lição de

Hungria, conjugada ao ensinarnento comum dos autores, se extraem duas conclusões importantes. Em primeiro lugar, a de que a idéia de bons antecedentes não

corresponde a de pureza absoluta, apanágio dos santos e de alguns poucos cidadãos virtuosos, mas sim de uma valoração positiva, numa escala que vai da apreciação

de péssimos antecedentes a de bons antecedentes; havendo saldo credor há bons antecedentes, por modesto que seja o saldo. Em segundo lugar, o da relatividade dos

antecedentes judiciais, que verdadeiramente (até pelo princípio da presunção de inocência) só pode fornecer uma fração das informações necessárias à composição de

um quadro geral da conduta do acusado, a partir do qual se procuraria definir e avaliar seus antecedentes" (cf. Decisões criminais comentadas: bons antecedentes;

apelação em liberdade).

Antecedentes são os fatos anteriores. Se um cidadão pronunciado jamais foi condenado, é primário. Mas, se foram arquivados dois inquéritos contra ele

instaurados, se já foi absolvido duas vezes por falta de prova, se, num processo contra ele instaurado, foi reconhecida extinta a punibilidade, evidente não ter ele bons antecedentes. Se cometeu, por exemplo, fraude civil, não se lhe pode reconhecer bons antecedentes. É

difícil estabelecer, a

priori, um conceito de bons antecedentes que sirva para todas as hipóteses. Não se deve confundir bons antecedentes com bom caráter.

Interessam, apenas, os fatos

que ele praticou e que deixam prever os que hão de seguir-se.

Não basta apenas ser primário. É preciso, também, ter bons antecedentes.

Satisfeitos os pressupostos da primariedade e bons antecedentes, ainda assim caberá ao Juiz julgar da conveniência ou não de decretarlhe a prisão ou de

revogá-la? E claro que a liberdade do réu não pode ficar adstrita à vontade do Magistrado. 0 poderá, inserto no dispositivo legal, não revela nem traduz mera

faculdade. Em acórdão, de que foi relator o Des.Adriano Marrey, o Tribunal de Justiça de São Paulo, embora houvesse reconhecido que opoderá estabelece

umafaculdade conferida ao Juiz, observou: "Mas faculdade não significa arbítrio judicial. Assim, não remanesce ao simples arbítrio do Magistrado conceder ou negar

o benefício ao réu primário e de bons antecedentes. No caso em tela, aduziu, não se negou que o paciente é primário e tem bons antecedentes.

Podia o j ulgador deixar

de revogar a prisão para pernátir que aguarde em liberdade o julgamento?

A resposta é afirmativa, considerando-se que o Magistrado justificou motivadarnente sua

decisão. Houvesse o Juiz pura e simplesmente negado o benefício, evidente que insustentável seria o despacho. Mas ficou ressaltado que o crime foi praticado com

requintes de perversidade e teve intensa repercussão no meio a comunidade_"

(RT, 5081313).

Tal decisão já era confortadora, porquanto reconheceu que o Juiz não podia, pura e simplesmente, negar o benefício, se presentes os pressupostos da

primafiedade e dos bons antecedentes. Por outro lado, data venia, não vemos como se evocar a periculosidade do réu para a sua denegação. A lei não faz referência a

ela. 0 Excelso Pretório, interpretando o art. 594 do CPP, que, de certa forma, guarda estreita relação com o § 2.0 do art. 408 do mesmo estatuto, por unanimidade, em

tom categórico, salientou: "... Os bons antecedentes que a lei reclama nada têm a ver com o comportamento do acusado no próprio fato criminoso Objeto da ação

penal e motivo da condenação. Esse comportamento servirá de base à fixação da pena, aí exaurindo suas conseqüências imediatas. Por outro lado, a periculosidade que

ele acaso revelar produzirá efeitos outros, estranhos ao benefício de apelar em liberdade.

Menos ainda procede o fundamento do acórdão recorrido, pois nenhuma figura criminosa está excluída, a priori, da incidência do art. 594 do CPP. Por mais grave ou

repugnante que seja o delito, tem o réu condenado, se for primário e de bons antecedentes, o direito de apelar sem se recolher à prisão" (cf.

RTJ, 77/145).

No mesmo diapasão, os venerandos arestos na RTJ, 71/407 e 76/ 468, onde se colhe o ensinamento de que o poderá, a que se refere o § 2.' do art.

408 do CPP,

encerra um direito processual subjetivo do acusado.

Hoje, entretanto, em face do princípio constitucional de que ninguém poderá ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal

condenatória, não nos parece deva ou possa o Juiz decretar a prisão do réu pronunciado, pouco importando se primário ou reincidente, se de bons ou maus

antecedentes. A prisão resultante de pronúncia é, inegavelmente, medida cautelar, e, como cediço, não há cautelaridade sem o periculum in mora.

Qual seria esse

perigo? A resposta que se tem dado é esta: se foi pronunciado, tudo indica que procurará fugir, com receio de uma condenação. É inconcebível fazer-se presunção

contra o réu. Como bem diz Ada R Grinover, não se pode deduzir presunção que supere a presunção de inocência. Ademais, se toda e qualquer prisão provisória

assenta na necessidade, na real necessidade, e tendo em vista que a nossa legislação, em face do que dispõem os arts. 310, parágrafo único, 324, IV, e 312 do CPP,

reservou a prisão provisória para aquelas hipóteses em que o indiciado ou réu está perturbando a ordem pública, criando embaraços à instrução criminal ou

pretendendo escapar à aplicação da lei penal, não se concebe possa ser decretada uma prisão provisória porque se presume que o réu vá fugir Essa presunção legal de

fuga havia na antiga redação do art. 312 do CPP, banida do nosso Código no Governo Costa e Silva.

Assim, uma vez que a Constituição proclama o princípio da inocência e a lei ordinária permite a prisão provisória, é induvidoso que, para conciliar tão grande

contradição, a medida provisória possa ser decretada nas hipóteses de real necessidade e jamais se basear em simples presunções...

Bem sabemos que, principalmente no interior, Juízes e Promotores têm

procurado dificultar, na medida do possível, não só a concessão da liberdade provisória,

nos termos do parágrafo único do art. 3 10, como também aquela de que trata o § 2.' do art. 408 do CPP, com receio das críticas da opinião pública. Nada mais errado.

Confunde-se opinião pública

com paixão pública. Aquela é "algo orgánico, constituído por opiniones conscientes, fundadas, equilibradas, razonables y animadas de im sentido de justicia y de

humanidad, que no se conturba con Ia sensación pública, sino que Ia neutraliza". Não se deve confundir opinião pública com a paixão pública, a "demência da

canalha", como dizia Voltaire. Essa paixão pública, "que se manifiesta como impaciencia enfermiza y ávida de sensaciones", como bem o disse Rafael Bielsa, não

pode perturbar as consciências jurídicas dos Juízes e Promotores.

E se, porventura, não decretada a prisão, ou relaxada esta, não comparecer o réu, sem justificar a sua ausência, à sessão do Júri? Sendo o crime inafiançável,

imprescindível sua presença, como se constata pela leitura do § 1.' do art. 451 do CPP, interpretado pelo avesso. Assim, não comparecendo, sem qualquer justificação,

deverá ser conduzido coercitivamente, nos termos do art. 260 do diploma processual penal, se ele estiver na comarca do juízo processante. E se não estiver? Nesse

caso, poder-se-á decretar-lhe a prisão preventiva. Não há, na sessão do Júri, uma verdadeira instrução criminal, por sinal complexa, porquanto abrange a fase

probatória, fase das alegações e do julgamento? Não é necessária a presença do réu, sob pena de não se instalar a sessão? Então, poderá o Juiz decretar-lhe a

preventiva, por conveniência da instruçao cri . mi . nal. Observe-se que a palavra conveniência tem o sentido de interesse. Então, se a sessão do Júri não pode ser

instalada sem a presença do réu de crime inaflançável, haverá interesse, haverá conveniência na sua prisão. Esta poderá encontrar fundamento, também, no art. 312 do

CPP, ao falar em assegurar a aplicação da lei penal. Se houve uma pronuncia e, evidentemente, uma probabilidade de condenação, a ausência injustificada do réu

bem poderá demonstrar o desejo de subtrair-se ao império da lei penal.

Melhor seria que o legislador, no § 2.' do art. 408, espontaneamente exigisse o compromisso de comparecer ao julgamento, sob pena de revogação. Seria muito

mais fácil.

21. Liberdade provisória mediante riança. As hipóteses legais 0 instituto da liberdade provisória, entre nós, pressupõe sempre um estado coercitivo ou iminência de estado coercitivo. Pouco importa a modalidade de liberdade

provisória: se é vinculada ou não vinculada, se exige ou não a fiança.

Há, contudo, exceções. No Direito pátrio, a liberdade provisória, em qualquer das suas

modalidades, pressupõe: prisão

em flagrante, prisão resultante de pronúncia e sentença condenatória recorrível.

Se contra o indiciado ou réu for expedido mandado de prisão preventiva, haverá iminência de estado coercitivo e, sem embargo, não poderá ser conseguida

liberdade provisória. E a razão é óbvia: a preventiva é decretada para assegurar a aplicação da lei penal, por conveniência da instrução criminal, da ordem econômica e

como garantia da ordem pública (CPP, art. 312). Assim, não teria sentido

permitir-se-lhe a liberdade provisória mediante fiança, mesmo ciente o Juiz de que o réu, ou

indiciado, está preparando as malas para fugir. Se o réu está afugentando as testemunhas que devam depor contra ele, se está tentando subornar testemunhas ou peritos,

e o Juiz lhe decreta a medida extrema, teria sentido pudesse ele lograr a liberdade provisória mediante fiança? Natural, pois, haja absoluta e inamovível

incompatibilidade da prisão preventiva, tal qual estruturada no nosso sistema, com o instituto da liberdade provisória. Ademais, a prisão preventiva é reservada para

aqueles casos dignos de maior severidade (CPP, art. 313, 1, 11 e 111).

É incompatível, também, com a prisão temporária e com a prisão civil. A prisão decretada pelo Juiz do cível é compulsória, não no sentido de obrigatória, mas

com o significado de compelir alguém à prática de algum ato. Se é essa a razão da prisão civil (vejam-se os arts. 733, § 1.% 885 e 904, parágrafo único, todos do

CPC), é induvidoso ser ela incompatível com a fiança. 0 cidadão prestaria a fiança, mas... não cumpriria o ato a que estava obrigado. Respeitante à prisão decretada na

Justiça Militar, também descabe a fiança, mesmo porque o CPPM desconhece esse instituto. Poderá o indiciado ou réu, conforme a pena cominada, livrar-se solto,

jamais prestar fiança (cf. CPPM, art. 270).

Em se tratando de prisão disciplinar, também é ela incompatível com a liberdade provisória. Se a finalidade daquela é a obediência e a ordem que devem reinar

em determinados serviços, não teria sentido a liberdade provisória. A disciplina seria postergada.

A nossa lei não diz quais as infrações que admitem fiança. Por via oblíqua,

conclui-se quando se permite. A lei ressalta, apenas, as que não a admitem e quais as

situações de inafiançabilidade. Vejamos, pois, as hipóteses: a) Os crimes punidos com reclusão em que a pena mimma cominada for superior a dois anos.

1

Aqui houve uma inovação trazida pela Lei n. 6.416, de 24-5-1977. A redação anterior não permitia tamanha liberalidade. Em face da superpopulação carcerária,

o legislador de 1977 abrandou a rigidez do texto ab-rogado. Na verdade, a grande maioria dos crimes punidos com reclusão tem a sua pena mínima fixada, de regra,

em 1 ou 2 anos. Quando o mínimo ultrapassa a esse quantum, é sinal evidente tratarse de infração de suma gravidade, e, por isso, entendeu o legislador que a fiança

deveria ser negada. A pena mínima, aqui, é a do crime considerado em sua individualidade. Havendo concurso, não se somam as penas mínimas. 0 STE

entretanto,

entende (pelo menos o entendeu no julgamento do RHC 62.941 e 63.402-B -

RTJ, 1021624 e 116/5 11) "que não se concede fiança ao réu que responde por crimes

em concurso material, cujas penas mínimas somadas excedam dois anos de privação de liberdade". Data venia, não nos parece tenha tal entendimento respaldo

jurídico. Observe-se que o legislador penal estabeleceu no art. 119 do CP

que, "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de

cada um, isoladamente". Se assimé, que razão justificaria a proibição da fiança no concurso material? Pensamos que o legislador processual penal teve em mira a pena

mínima de cada crime, mesmo porque, quando a pena mínima é superior a 2

anos, é sinal de que a infração é bastante grave e não comporta fiança.

Leva-se em conta

não a soma dos mínimos abstratos, mas a pena minima abstrata considerada isoladamente. Considerou-se, apenas, a gravidade do crime. E o crime, cuja pena mínima

é superior a 2 anos, é sumamente grave.

E tanto é verdade que se por acaso uma mulher cometer três homicídios culposos e um infanticídio, a soma das penas mínimas ultrapassa 3 anos, e a fiança é de

rigor. Por quê? Pela simples razão de tais infrações não apresentarem maior gravidade. Por isso mesmo, a pena é de detenção. Mas a soma, no exemplo dado, é

superior a três anos. Sendo assim, se houve três furtos cometidos em concurso material, a gravidade deve ser considerada em razão do máximo da pena em abstrato

para cada crime, e não pela soma dos mínimos. Ora, se o legislador considerou o autor de crime com pena mínima não superior a 2 anos merecedor da fiança,

obviamente o fez considerando a relativa gravidade dofato, e não a quantidade da pena. Do contrário alguém que cometesse vários crimes punidos com detenção em

concurso material e cuja soma dos mínimos desse 8 anos não faria jus à fiança...

Sem embargo, o STJ editou a Súmula 8 1. Verbis: "Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas consideradas for superior a

dois anos de reclusão".

b) Nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da das Contravenções Penais.

Qual o motivo de tamanha severidade? Por que essas contravenções, cujas penas oscilam entre 15 dias e 3 meses, são inafiançáveis?

A primeira vista pareceu-nos não quisesse o legislador dar trégua aos vadios e àqueles que mendigam por ociosidade ou cupidez. Hoje estamos convencido do

erro. Quisesse ser ele severo, bastar-lhe-ia convolar aquelas duas contravenções em crimes apenados com reclusão e decretar-lhes a inafiançabilidade. Como está, é até

ridículo e grotesco. Preso em flagrante por uma dessas duas contravenções, a Autoridade Policial disporá de 10 dias para a conclusão do inquérito. Com mais 2 dias

(no mínimo) até chegarem os autos ao Promotor, teremos 12 dias. Com mais 5 para a denúncia, 17... Fiquemos por aqui. A pena cominada a tais contravenções oscila

de 15 dias a 3 meses. Sendo o réu primário, segundo orientação jurisprudencial, a pena deve ser a mínima. Logo, antes de ser interrogado, o cidadão já cumpriu a pena

que lhe seria imposta... A inafiançabilidade, aí, implicou, desgraçadamente, total cumprimento da pena, antes do julgamento. Digamos não houvesse ocorrido o

flagrante. Condenado, a 1 mês e 20 dias (suponhamos), teria de se recolher à prisão para apelar. 0 prazo para a interposição do apelo é de 5 dias. Para as razões, 3.

Idem para as contra-razões. Com mais 4 dias para a movimentação do processo (e andando celeremente), teremos, até aí, 15 dias. Entre a remessa dos autos ao

Tribunal e sua chegada, no mínimo 10 dias. Do Tribunal o processo vai à ProcuradoriaGeral de Justiça, onde será sorteado um Procurador para emitir o parecer. Essa

tramitação não se dá em menos de 30 dias. Já se foram 55 dias... 0 réu já cumpriu a pena que lhe foi imposta, e o processo nem sequer chegou às mãos do

Juiz-Relator. Como se admitir cumprimento da pena antes do julgamento definitivo? E o que é mais grave: cumprimento de uma pena sem ao menos se saber se o

Tribunal confirmará, ou não, a sentença condenatória! Coisas do legislador... Pura insensatez!

E as contravenções definidas nos arts. 45 a 49 e 58 e seus parágrafos do Decreto-lei n. 6.259, de 10-2-1944? Segundo dispõe o art. 59 desse diploma, elas são

inafiançáveis. Indaga-se: tendo a Lei n. 6.416, de 24-5-1977, alterado o art. 323, 11, do CPP, que dizia serem inafiançáveis as contravenções definidas nos arts. 58, 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais, passando a dispor que somente as tipificadas nos arts. 59 e 60 é que o são, significa

que a infração definida no art. 58, em virtude de ter sido excluída, tornou-se afiançável?

A contravenção do "jogo do bicho" era, a princípio, definida no art. 58

da Lei das Contravenções Penais, promulgada em 1941. E, como o Código de Processo

Penal foi editado em 1942, este diploma, ao cuidar das infrações inafiançáveis, enumerou, no art. 323, 11, apenas três contravenções: precisamente as definidas nos

arts. 58 (jogo do bicho), 59 (vadiagem) e 60 (mendicância), todas tipificadas na LCR

Em 1944, a contravenção do jogo do bicho passou a ser tratada, com o mesmo número (58), no Decreto-lei n. 6.259, de 10 de fevereiro desse ano.

A Lei n. 6.416, de 24-5-1977, conforme vimos, alterou diversos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais.

E, entre as alterações introduzidas no diploma processual penal, avultam as pertinentes à inafiançabilidade. Respeitante às contravenções, proibiu a fiança apenas em

relação às contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da LCP (art. 323, 11, do CPP). Foi excluída a contravenção do jogo do bicho. Pergunta-se: a exclusão teria sido

pelo fato de o inc. 11 do art. 323 do CPP referir-se às "contravenções tipificadas na Lei das Contravenções Penais", e aquela do art. 58 (jogo do bicho) ter tido a sua

tipificação deslocada, desde 1944, para o Decreto-lei n. 6.259?

Se tal ocorreu, o legislador agiu com técnica apurada e invulgar.

Contudo, quando da apresentação do Projeto que se converteu na Lei n.

6.416177,

cumpria-lhe esclarecer o porquê daquela exclusão. Não o fez.

Por outro lado, não se deve perder de vista que, no Congresso Nacional, sempre houve corrente, mais ou menos forte, que defende a legalização do jogo do

bicho. E bem provável que "aquela corrente" houvesse feito, com êxito, um significativo trabalho para a exclusão da contravenção do jogo do bicho do rol das

contravenções inafiançáveis mencionadas no inc. 11 do art. 323 do CPP, na suposição de que a referida infração continuava tipificada no art. 58 da LCR Esse é o

nosso entendimento, ante a falta daquela justificação de "ordem técnica"

para aquela exclusão.

Assim, houve uma coisa curiosa: o legislador queria que a contravenção do jogo do bicho fosse excluída do rol das contravenções inafiançáveis, mas, em face da

falta de técnica legislativa, ela continua inafiançável, pois o inc. 11 do art. 323 do CPP refere-se a

"contravenções típificadas na Lei das

Contravenções Penais", e a do jogo do bicho, desde 1944, deixou de estar tipificada nesse diploma. Ante o exposto, pela mens legis a contravenção do jogo do bicho é

inafiançável. Segundo a mens legislatoris, afiançável...

Observe-se que a pena cominada ao jogo do bicho é de 6 meses a 1 ano de prisão simples. Sendo o infrator primário, a pena deve ficar no seu mínimo legal,

consoante a nossa jurisprudência. Preso em flagrante, eventual sentença condenatória transitará em julgado em 1 ano? Com os nossos Tribunais sotopostos a uma

avalancha de processos, a resposta é negativa. E qual seria o sentido dessa "prisão provisória"? 0 trânsito em julgado ocorrerá depois de cumprida a pena... E se for absolvido? Quem o indenizará? Não há, entre nós, disposições semelhantes àquelas dos arts. 149 do Code de Procédure Pénale e do art. 225 do CPP

português. Nem se

invoque o art. 5.', LXXV, da nossa Constituição Federal. A matéria aí disciplinada é diferente.

Contudo, de uma forma ou de outra, mesmo em se tratando de jogo do bicho, ou daquelas referidas no art. 323, 11, do CPP, será de um grotesco inominável, em

face da pena cominada e do caminhar moroso dos processos, principalmente desses de pouca monta, a não-permissão da liberdade provisória. Estas mesmas

observações são válidas para as hipóteses de que trata o art. 321 do CPP.

0 Juiz de hoje, principalmente diante dessas leis imperfeitas e que suscitam escárnio, em face do seu grotesco e do seu ridículo, não pode despreocupar-se da

sorte do cidadão e, sem maior exame, aplicar a lei, sem calcular, antes, as suas conseqüências nefastas. Já se disse que a Justiça não é uma arte, mas uma ciência de

bem fazer...

Ante a dúvida, a interpretação deve ser a favor da liberdade. Segundo Pompônio, todas as vezes que a interpretação da liberdade é duvidosa, dever-se-á responder

em favor da liberdade (Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit) -L. 20. Dig. de Regulis juris.

Admitindo, também, a afiançabilidade das referidas contravenções, veja Paulo Lúcio Nogueira, Questões penais controvertidas (Sugestões Literárias, 1979, p.

27), e RT, 532/377.

Quanto à contravenção de aposta sobre corrida de cavalos fora do hipódromo, a Lei n. 7.291, de 19-12-1984, que trata das atividades de eqüideocultura, dispôs

no seu art. 9.', § 2.', ser ela inafiançável.

1

Com o advento da Lei ri. 9.099195, definindo as infrações de menor potencial ofensivo e permitindo simples transação entre o Ministério Público e o autor do

fato, em lugar do processo propriamente, e, como o referido diploma considerou como tais todas as contravetições, o legislador se redimiu e corrigiu o que de há

muito várias legislações já o haviam feito. Note-se que o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Cíveís e Criminais não fez nenhuma ressalva quanto às contravenções

inafiançáveis.

c) Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em Sentença transitada em julgado.

Todos conhecem a luta do legislador contra a reincidência. 0 reincidente tem a pena sempre agravada e sofre uma série de restrições no campo da suspensão

condicional da pena, do livramento condicional, da reabilitação, da prescrição etc. Se for reincidente em crime doloso, não poderá interpor recurso de apelação em

liberdade. Pronunciado, não poderá fazer jus ao benefício do § 2.' do art. 408 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei n. 5.941, de 22-11-1973.

Hoje já não se fala em reincidência genérica e específica. A Lei n.

6.416, de 24-5-1977, aboliu a distinção. Contudo, para efeito de concessão de fiança e para a

decretação da prisão preventiva, criou-se um tipo de reincidência: a recidiva em crimes dolosos. Dela cuidam os arts. 313, 111, e 323, 111, ambos do CPP.

A lei usa a expressão crimes dolosos. Pouco importa saber se a pena cominada é de reclusão ou detenção, Desde que o indiciado ou réu tenha sido condenado por

outro crime doloso, da mesma natureza ou de natureza diversa, vindo a cometer um segundo, também doloso, não farájus à fiança. Se, anteriormente, o réu foi

condenado a uma simples multa, por um crime doloso (exemplo: CP, art.

155, § 2.'), vindo a cometer outro crime doloso, não terá direito ao benefício.

0 texto legal fala em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade. Evidente inexistir entre nós crime, doloso ou culposo, que não seja punido com

pena privativa de liberdade. Dir-se-a que a expressão punidos tanto se refere a pena cominada como àquela que for imposta. Exato. Na verdade, o crime de furto, por

exemplo, só é punido a título de dolo, e poderá o Juiz aplicar, tão-somente, a pena de Multa, consoante a regra do art. 155, § 1% do CR

Entretanto, se o réu já foi

condenado em sentença trânsita em julgado por outro crime, não poderá ser-lhe imposta pena de multa. Assim, a expressão punidos com pena privativa de liberdade, contida no inc. 111 do art. 323 do CPP, foi empregada... ad

abundantiam.

Note-se que se tem em vista para a concessão da fiança, e isto é óbvio, o segundo crime e não o primeiro. Ainda que neste o réu tenha logrado a convolação da

pena privativa de liberdade em simples multa, como no exemplo dado, no segundo jamais o conseguirá, por expressa determinação legal. Só os primários, em

princípio, gozam daquela regalia.

E se o Juiz desclassificar o crime doloso para culposo? Suponhase alguém condenado, definitivamente, em 1980, por um crime doloso. Depois de cumprida a

pena, foi processado por homicídio doloso. Na fase da pronúncia, o Magistrado procedeu à desclassificação, condenando-o por homicídio culposo. Quer-nos parecer

que, nessa hipótese, nada obsta possa prestar fiança.

0 preceito não é tão implacável como era anteriormente. Evidente que se se tratar de contravenção ou de crime apenado com 1 ano de detenção no seu grau

máximo, pelo fato de serem consideradas infrações de menor potencial ofensivo, sujeitas a um procedimento célere e informal, não importa se o autor do fato é ou não

vadio, mesmo porque a lei já referida não fez nenhuma restrição ao vadio.

E se o máximo da pena for superior a 1 ano? A nosso juizo o rigorismo da lei caiu no vazio,

mesmo porque não se concebe seja indiferente a qualidade de vadio para a

transação a que se refere a Lei do Juizado Especial Criminal, e não o seja quando a

competência for do Juiz comum.

d) Em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio.

e) A Lei n. 6.416, de 24-5-1977, acrescentou mais caso em que não se permite a fiança:

"Nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça".

Trata-se de verdadeira inovação no nosso Direito. Embora haja o legislador permitido a fiança nos crimes punidos com reclusão, quando a pena mínima,

cominada, não for superior a 2 anos (e a grande maioria não o é), estabeleceu três exceções: a) se houver reincidência; b) se for vadio; e, finalmente, c) na hipótese ora

em estudo. Se o crime for pu-

nido com reclusão, ainda que o mínimo cominado não exceda 2 anos, não haverá lugar à fiança, se perpetrado com violência a pessoa ou grave ameaça.

Os crimes punidos com reclusão, por si sós, demonstram certa gravidade.

Quando da individualização da pena na esfera legislativa, reservou-se a de reclusão para

aqueles que transgridem normas protetoras de bens de alta valoração j urídico-social. Por outro lado, se esses crimes são cometidos mediante grave ameaça ou

violência física à pessoa (vis corpore illata), sua gravidade adquire intenso colorido, e, além disso, o agente se revela um profundo desajustado ao meio social. Daí a

severidade da lei processual penal.

As vezes não houve a grave ameaça nem a vis corpore illata. Mas o crime provocou clamor público. Se apenado com reclusão, não admite fiança. A expressão

clamor público, aqui, tem um sentido todo especial. Não é aquele clameur publique, a que se refere o art. 53 do Code de Procédure Pénale, o vozerío, os gritos de

várias pessoas juntas apontando alguém como culpado. No texto do inc. V

do art. 323 do CPP tem ela o significado de descontentamento, indignação no meio social,

co-

1

moção. E comum o clamor público, nos crimes perpetrados com violência a pessoa: estupro de uma criança, homicídio com requintes de perversidade (o caso Aida

Cury ainda está na memória do povo brasileiro ...). Evidente que o clamor público, aqui, deve ocorrer nos crimes punidos com reclusão, cujo mínimo cominado não

ultrapasse 2 anos e não haja violência à pessoa ou grave ameaça. Do contrario, os incisos anteriores e a última parte do inc. V do art. 323

impediriam a fiança. A

hipótese, contudo, embora não freqüente, pode ocorrer. Assim, por exemplo, se alguém vilipendia um cadáver, cortando-lhe algum membro, escarrando sobre ele ou,

então, praticando atos de necrofilia (CP, art. 212), tais atos evidentemente hão de causar intensa indignação no meio social.

Não confundir "clamor público" com a histeria e raiva desaçaimada de certas autoridades que, para se tornar o centro de atenções, dão a determinados fatos

comuns (e que ocorrem em todas as comarcas) uma estrondosa e ecoante divulgação, com a indefectível cooperação espalhafatosa da mídia, sempre ávida de divulgar

o drama, o infortúnio e a desgraça alheias, esbanjando hipérboles...

Clamor público é a comoção social ante um fato que agride a nossa paz de espírito, que entristece,

que nos angustia. Clamor público é o berreiro, o vozerio de uma comunidade, ou parte dela, triste e indignada ante um fato comovente. É o 1

pedido de justiça formulado aos brados, nas ruas ou nas praças, por um povo sôfrego e ansioso. É o pedido de linchamento aos berros. 0 que não se deve é confundir o

"clamor público" com o estardalhaço provocado pela imprensa sensacionalista. Não é uma reportagem, não é uma foto, não é uma notícia transmitida pela televisão

que constitui o clamor público. 0 aborto provocado por um médico numa mulher adulta, solteira e mentalmente sã, com o consentimento desta, por exemplo, não

causa clamor público. Trata-se de um crime praticamente rotineiro.

Numerosos países já legalizaram essa conduta. Mesmo entre nós há luta nesse sentido. Mas, com

luta ou sem luta, os abortos ocorrem diuturnamente, e, por isso, se causassem clamor público seríamos o país do vale das lágrimas... Contudo, há no Tribunal de

Justiça de São Paulo recurso ministerial postulando a cassação da fiança conferida a uma enfermeira (primária), que fora presa em flagrante, porque "de qualquer

modo" teria concorrido para o crime. Sua participação se limitara a preencher a ficha da cliente e conduzi-Ia à sala do médico, sob o fundamento de que o fato

(mirabile dictu!) causara clamor público. Tudo adrede preparado, uma hora após a entrada da moça na clínica, chegava a Polícia arrombando portas e tirando fotos. A

televisão, avisada, não podia ter deixado de comparecer... Esse estardalhaço, essa conduta espalhafatosa foi ministerialmente batizada com o nome de "clamor

público". Sem comentários.

Além dessas infrações consideradas inafiançáveis, a Constituição de 1988

acrescentou outros casos de inafiançabilidade no art. 5.', XLII, XLIII e XLIV. Assim, a

prática de racismo constitui crime inafiançável. A lei, também, considera inafiançáveis a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o

terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inafiançável, também, é o crime consistente em ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem

constitucional e o Estado Democrático. Também o são os crimes contra o sistema financeiro (Lei ri. 7.492, de 16-6-1986, art. 3 1) e contra a fauria (Lei n. 5.1971 67).

0 art. 323 cuida de infrações ínafiançáveis e de algumas hipóteses que geram situação de inafiançabilidade. Já no art. 324 tratou o legislador, tão-somente, de

hipóteses que tomam inadmissível a fiança. Lá, o legislador, de modo geral, qualifica, por via oblíqua, as infrações inafiançáveis (incs. 1 e 11). No art. 324, bem como

nos incs. 111, IV e V do art. 323, forneceu ele dados para que se tenha por inadmissível a fiança.

1

Vejamos as hipóteses tratadas no art. 324. A primeira vem traçada no inc.

1:

"Não será, igualmente, concedida fiança:

1 - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art.

350".

Quando alguém presta fiança, obriga-se a respeitar uma série de condições. Vejam-se, a propósito, os arts. 327, 328 e 341 do CPP. Desde que haja um

inadimplemento, sem motivo justo, a fiança será havida como quebrada, e, neste caso, outra não poderá ser prestada no mesmo processo. Contudo e preciso conciliar

esse dispositivo com a norma contida no parágrafo único do art. 3 10 do mesmo estatuto. Lógico que, se alguém for preso em flagrante e lograr prestar fiança, há de

procurar, tão logo os autos do inquérito cheguem ajuízo, conseguir a substituição da liberdade provisória, mediante fiança, pela liberdade provisória, mediante

compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Assim, praticamente, não haveria tempo para um quebramento da medida.

Por outro lado, se nesse intervalo surgir motivo legal que autorize o quebramento, expedir-se-á contra ele mandado de prisão, a fim de conscientizá-lo de que

prestara um compromisso muito sério. Como conseqüência do seu inadimplemento, além de perder metade do valor da caução, nos termos dos arts. 342 e 343 do

CPP, deverá ser recolhido ao xadrez. Nova fiança não poderá ser prestada.

Se o motivo do quebramento puder ser identificado com uma das circunstancias que

autorizam a decretação da prisão preventiva (perturbação da ordem pública, com a prática de nova ou novas infrações penais sem motivo justo, desatendimento,

injustificado, para comparecer a qualquer ato do inquérito ou do processo, ou mesmo mudança de residência para lugar longínquo), uma vez preso, continuará ele

impossibilitado não só de prestar nova fiança, como, também, de conseguir o benefício legal previsto no art. 3 10, parágrafo único, do CPP. Caso contrário, é de se lhe

conceder o favor legis referido no parágrafo único do art. 310 do CPP. E, assim, o quebramento da fiança implicará, apenas, a perda da metade do seu valor.

Como a liberdade provisória pressupõe um estado coercitivo ou iminência de estado coercitivo (menos quando se tratar de prisão preventiva ou temporária), pode ocorrer de o réu, que estava em liberdade, vir a ser pronunciado ou condenado por infração afiançável, mas não ter bons antecedentes, ou mesmo

não ser primário. Pretendendo recorrer, ou aguardar o julgamento em liberdade, poderá prestar fiança, e, se descumprido qualquer dos ônus a que se sujeita, haverá

quebramento e impossibilidade de prestá-la, novamente, no mesmo processo.

Não poderá, é óbvio, lograr, nessa hipótese, o tratamento especial do parágrafo único do

art. 310, porquanto este se refere à prisão em flagrante.

Tratando-se de indiciado pobre, preso em flagrante, seja o crime inafiançável, seja afiançável, inexistindo qualquer das circunstâncias que autorizam a decretação

da prisão preventiva, é claro fazer ele jus à liberdade provisória, conforme tivemos oportunidade de ver. Se a infração for afiançável, é intuitivo que o Magistrado, em

vez de lhe conceder a liberdade provisória, nos termos do art. 350, o fará de

acordo com o parágrafo único do art. 3 10. Mas, na hipótese de ser concedida a liberdade

provisória com fulcro no art. 350, o indiciado ou réu ficará sujeito a todos aqueles ônus ali referidos. Se houver descumprimento de qualquer deles, sem motivo justo,

seu recolhimento ao xadrez será conseqüência natural. Se quiser prestar fiança, não poderá. Conscientizálo, com o ato restritivo da liberdade, é muito importante.

Contudo, se o motivo do inadimplemento não se amoldar a nenhum daqueles que autorizam a prisão preventiva, deverá o Juiz, ouvido o órgão do Ministério Público,

conceder-lhe o benefício previsto no parágrafo único do art. 3 10. Do contrário, não. Observe-se que seria profundamente iníquo pudesse o réu de crime inafiançável,

sob os favores do parágrafo único do art. 310, ausentar-se da sua residência, por mais de 8 dias, sem comunicar à autoridade competente o lugar onde será encontrado,

não deixando, contudo, de comparecer a qualquer ato do processo, e não o pudesse aquele beneficiado com a norma do art. 350.

Observe-se, ademais, que o réu pobre, pronunciado ou condenado por crime afiançável, se não foi preso em flagrante, poderá aguardar o julgamento, ou recorrer,

em liberdade. Todavia, se não tiver bons antecedentes, ou se não for primário, para poder ficar em liberdade, deverá prestar fiança, mas, sendo pobre, o Juiz lhe

concederá a liberdade provisória nos moldes do art. 350. Pois bem: transgredida qualquer das obrigações referidas naquele dispositivo, será ele recolhido ao xadrez, e,

mesmo querendo prestar fiança, não poderá fazê-lo, em face da proibição contida no art. 324, 1, última parte, do CPP.

o segundo caso de inafiançabilidade vem previsto no inc. 11 do art. 324

do CPP, in verbis:

"Não será, igualmente, concedida fiança:

11 - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar".

Entendeu o legislador haver incompatibilidade entre essas modalidades de prisão e a liberdade provisória. De fato. A prisão ordenada pelo Juiz do cível, ou tem

caráter disciplinatório, como na hipótese do art. 35 da Lei de Falências, ou caráter compulsivo, como nas hipóteses dos arts. 904, parágrafo único, 885, parágrafo

único, e 733, § L', do CPC, 1.287 do CC, 60, § 1.', e 69, §§ 5.' e 7.", do Estatuto Falitário, parágrafo único do art. 31 da Lei n. 2.044, de 31-12-1908, e arts. 20, 50 e

91 do CCom. Não se compadece com a liberdade provisória. Se o falido descumpre seu dever disciplinar (Lei de Falências, art. 35), a prisão e a sançao prevista em lei para que ele se conscientize dos seus deveres em relação ao Juiz, a todos os interessados na falência, inclusive ele próprio, a fim de

que o trabalho de organização do processo falimentar seja facilitado.

Sendo, pois, essa prisão de natureza disciplinar, não podendo exceder de 60 dias, não teria

sentido pudesse o falido, por meio de fiança, conseguir sua liberdade.

Ele diria: não cumpri os deveres e não irei preso, porquanto pagarei a fiança... Ora, se a prisão,

nesse caso, é providência disciplinar imposta em face do descumprimento de deveres que a lei impõe ao falido, se a fiança pudesse substituí-Ia, perderia ela toda a sua

razão de ser. Ao lado dessa prisão disciplinar, há, também, aquela prevista no parágrafo único do art. 656 do CPP.

Cremos serem essas duas as unicas prisões de natureza disciplinar.

Aquela prevista nos arts. 219 e 453 do CPP foi substituída por multa de R$ ... a R$ .... pela Lei n. 6.416, de 24-5-1977 (pr~são de testemunha desobediente). A tratada no art. 243 do CPC de 1939

desapareceu com a revogação

desse diploma.

A mesma razão que justifica a não-concessão de fiança na hipótese de prisão disciplinar se estende a todas as hipóteses de prisão determinada pelo Juiz do cível,

uma vez que todas elas têm um caráter com-

Pulsivo, isto é, são decretadas com o escopo de compelir o cidadão a praticar determinado ato. Sendo assim, sua incompatibilidade com o instituto da fiança é

manifesta. Ele diria: não cumpro o ato e não vou preso, porquanto prestarei fiança! Quid inde? Por esta razão, o legislador, sabiamente, vedou-lhe a caução.

Não se deve confundir prisão civil com prisão civl por dívida, embora ambas sejam decretadas pelo juízo cível. Exemplos de prisão civil encontramos no art.

885 do CPC (prisão daquele que não restituiu o título ou o sonegou) e nos arts. 35, 37, 60, § 1.', e 69, §§ 5.' e 6.', da Lei de Falências. Quanto a estas, nenhuma

restrição é feita pela Lei Maior. 0 texto constitucional veda, apenas, a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de

obrigação alimentícia, prevista no art. 733, § V, do CPC, e a do depositário infiel, de que tratam os arts. 1.287 do CC e 904, parágrafo único, do CPC. Assim mesmo

há entendimento de que a prisão do depositário infiel não pode ser decretada, já que o inc. 7.' do art. 7.' do Pacto de São José da Costa Rica dispõe que ninguém deve

ser detido por dívida, salvo o caso de alimentante inadimplente, e, uma vez que o Decreto n. 678, de 6-111992, promulgou essa Convenção Americana sobre Direitos

Humanos, conhecida como Pacto de São José, e considerando que os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do

Brasil seja parte integram o elenco dos direitos e garantias individuais, nos termos do § 2.' do art. 5.' da CF, é de se concluir, segundo parte da doutrina, que a única

prisão por dívida permitida é a do alimentante inadimplente. Não nos parece. Não tem sentido que um princípio previsto em tratado internacional ao qual o Brasil

aderiu possa ter a força de revogar preceito da Lei Maior que nem sequer pode ser objeto de deliberação de emenda constitucional, na dicção do art. 60, § 4.', IV, da

CF, a menos que, como bem afirmou o eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, "a nossa Constituição houvesse outorgado hierarquia

constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos"

(cf. Informativo STF, n. 124, de 21 a 25-9-1998).

A prisão administrativa (art. 319, 1, Il e 111 do CPP), como bem se percebe pelas circunstâncias que a autorizam, não tem a menor relação com os fins do

Processo Penal e nem lhe dizem respeito. Tratava-se de providência drástica para compelir alguém a praticar determinado ato. Eram três as modalidades: a) contra

remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu

cargo; b) a que objetivava a prisão do estrangeiro desertor de navio de guerra ou

mercante surto em porto nacional; e, finalmente, c) nos demais casos previstos em lei.

Omisso era o que retardava a prestação de contas, deixando de recolher, como lhe cabia, o dinheiro de que tinha a posse. Já o remisso era o negligente, o descuidado, o tardo e, também, o que desviava valores que lhe eram confiados. Se houver distinção é bem sutil. Em vernáculo as situações se

equiparam.

No caso dos remissos ou omissos, previstos nos estatutos dos funcionários públicos federais e estaduais e mesmo nas leis orgânicas dos Municípios, a

legitimidade para a sua decretação era da autoridade administrativa citada na lei: Ministro, Secretário de Estado, Prefeito etc.

No segundo caso, quando havia deserção de estrangeiro dos navios públicos ou privados surtos em portos nacionais, legitimado para decretá-la era o cônsul do

pais cuja bandeira o navio ostentava. Finalmente, no último caso, ante a impossibilidade de se preverem todas as demais hipóteses, usou o legislador da fórmula

ampla: nos demais casos previstos em lei.

Um desses casos é o da prisão do expulsando e extraditando, nos termos dos arts. 69 e 81 da Lei n. 6.815, de 19-8-1980, que era decretada pelo Ministro da

Justiça.

Em se tratando de prisão dos desertores, não podia durar mais que três meses. Quanto à prisão dos remissos ou omissos, o Estatuto dos Funcionários a fixava em

noventa dias. De igual prazo, também, nos casos de expulsão ou extradição.

Pensávamos que essas prisões administrativas ainda estivessem em vigor, sem

embargo de a Constituição, no art. 5.', LX1, proclamar que 44ninguém será preso

senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente

militar, definidos em lei". Entendíamos que apenas a legitimidade para decretá-las é que se deslocara para o Juiz. E assim pensavamos porque, segundo o v. acórdão

da Suprema Corte publicado na RT, 638/335, reconheceu-se a competência do Ministro Relator para decretar a prisão do extraditando (cuja legitimidade, pela Lei n.

6.815190, era do Ministro da Justiça). Ora, se aquela prisão deixou de ser decretada pelo Ministro da Justiça e passou para a competência do Supremo, logo, nos

demais casos, a competência para as prisões administrativas passou para a alçada dos Juízes.

Repensando bem, concluímos ser estranho que uma autoridade consular com sede no Rio de Janeiro, por exemplo, possa requerer ao Juiz a decretação da prisão

de um desertor de navio de sua pátria surto em porto brasileiro... sem que haja qualquer processo judicial. Estranho, também, possa um Prefeito municipal dirigir-se ao

Juiz para decretar a prisão de funcionasio municipal omisso ou remisso em entrar para os cofres mu

nicipais com os dinheiros a seu cargo, e assim por diante... Essa estranheza nos levou, agora, ao entendimento de que essas prisões administrativas foram expungidas

do nosso ordenamento. É verdade que, em se tratando de prisão do extraditando, cabe ao Ministro Relator do STF decretáIa. E assim é

"porque, se o processamento e

julgamento da extradição competem ao STF, caberá em face do texto constitucional vigente, ao relator da extradição, que é a Autoridade Judiciária a que cabe a prática

dos atos da instrução deste processo, a decretação da prisão do extraditando, nos casos previstos na citada Lei n. 6.815180".

E foi exatamente assim que a Suprema Corte, na reunião plenária realizada aos 30-11-1989, decidiu (RT, 6381335).

No que tange à prisão núlitar (que, por sinal, nem deveria o CPP a ela se referir), também descabe a fiança. Entende-se por prisão militar aquela decretada por

autoridades militares, nos processos, é óbvio, da sua compe~ tência.

Aliás, o art. 270 do CPPM, ao cuidar da liberdade provisória, refere-se, apenas e tão-somente, às

hipóteses em que se permite ao réu livrarse solto: infração não punida com pena privativa de liberdade, ou, ainda que o seja, se a pena for de detençao não superior a 2

anos, com algumas exceções. Desconhece, pois, a Justiça Militar o instituto da fiança.

0 terceiro caso é tratado no inc. 111 do art. 324. In verbis:

"Não será, igualmente, concedida fiança:

III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita

fiança".

A regra não oferece maior dificuldade de entendimento. Se Tício foi condenado e obteve a suspensão condicional da pena e, durante a vigência desse benefício,

vier a cometer nova infração penal, poderá prestar fiança? Se a nova infração for um crime culposo ou contravenção que admita fiança, sim. E, se estiver o réu no gozo

do sursis, por haver cometido uma lesão culposa, vindo a cometer outro crime culposo, poderá prestá-la? Obviamente sim. 0 art. 323, 111, do CPP

veda a fiança aos

reincidentes em crimes dolosos. Aos culposos, não. Por outro lado, se o inc. 111 do art. 324 permite a fiança àquele que comete um crime culposo, estando no gozo de

sursis em razão de um crime doloso, com mais forte razão se ambas as infrações forem culposas. E se for culposo o crime anterior, e o agente vier a cometer outro, já

agora doloso? Nessa hipótese, incabível a fiança. É o que se dessume do inc. Ill do art. 324 do CPP.

Poder-se~ia vislumbrar nesse dispositivo uma antinomia com a regra contida no inc. III do art. 323 do mesmo estatuto. A contradição, contudo, seria apenas

aparente. No caso em análise, o réu está no gozo do sursis, e, para concessão desse benefício, o Juiz, com os elementos de que dispuser, deverá concluir que o

beneficiário não tornará a delinqüir. Se vier a fazê-lo, culposamente, não se poderá ver, na sua conduta, tanta gravidade. Mas, se com dolo, sim. Por isso, o legislador

quis ser um pouco severo, uma vez que o beneficiário, de certa forma, burlou a confiança que o Juiz nele depositara.

Dir-se-á que o art. 324, 111, do CPP conflita com o disposto no art. 81, 1, do CR Não é verdade. Aqui se cuida de revogação obrigatória do sursis, se o agente é

condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso, e facultativamente, se a condenação for por crime culposo. Ali, de não-concessão de fiança. Se Tício estava no

gozo do sursis pela prática de um crime culposo, vindo a cometer um crime doloso, não pode prestar fiança. Se, nesse crime, vier a ser absolvido por sentença trânsita

em julgado, voltará a cumprir o sursis. Se o segundo crime que ensejou o flagrante for culposo, pode prestar fiança. 0 sursis fica prorrogado. Se advier sentença

condenatória irrecorrível, poderá o Juiz revogar o benefício concedido anteriormente.

E se estiver o preso em flagrante no gozo do livramento condicional? Diz o art. 324, 111, do CPP que, nesse caso, não poderá prestar fiança, salvo se se tratar de

crime culposo. Doloso, não. Por outro lado, seja doloso, seja culposo, pode o Juiz ou Tribunal, nos termos do art. 86 do CP, ouvido o Conselho Penitenciário,

suspender o curso do livramento condicional, cuja revogação ficará, contudo, na dependência do resultado do novo processo. Mas, se não for suspenso o curso do

livraniento, o liberado pode prestar fiança, se o delito for culposo. Se for doloso, não. Todavia, após a chegada dos autos a juízo, cumprirá ao Magistrado, após ouvir o

órgão do Ministério Público, conceder ao indiciado ou réu a liberdade provisória, nos termos do parágrafo único do art. 3 10 do CPP. Conceder-lha-á se ausente

qualquer das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva. Caso contrário, não, ainda que o benefício do livramento não tenha sido suspenso.

A quarta hipótese de inafiançabilidade está contida no inc. IV do art.

324:

1 ir

"Não será, igualmente, concedida fianca:

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão

preventiva (art. 312)".

Este inciso, note-se bem, foi introduzido pela Lei n. 6.416, de 24-51977.

Ele revigora nosso entendimento no sentido de que o legislador de 1977

procurou

restringir e limitar a prisão cautelar de natureza processual aos casos de extrema necessidade. Se, em liberdade, o réu não criar obstáculo à apuração da verdade, à

execução de eventual pena, e tampouco perturbar a ordem pública, para que manti-lo preso? "El drama del hombre que es privado de su libertad es un drama lacerante,

que casi nunca está acompañado de la solidariedad social, ni ripercute en las altas esferas oficiales, ni desvela a los administradores de justicia. Y si a esto se agrega el

hecho preocupante y acusador de que como mínimo el cincuenta por ciento de los procesos penales terminan con cesación de procedimiento o sentencia absolutoria,

ello está indicándonos una tremenda falla de la justicia penal que afecta considerablemente el derecho a la libertad de los acusados de un hecho punible" (Londoño

Jiménez, Tratado de derecho procesal penal, Ed. Temis, 1989, t. 1, p.

24). Por outro lado, presente qualquer das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão

preventiva, não terá sentido permitir-se sua permanência em liberdade.

Contudo, é preciso que a circunstância autorizadora da preventiva fique demonstrada nos autos.

Não poderá o Juiz negar a fiança sob o argumento de que está presente uma daquelas circunstâncias... Ele deve demonstráIa. Não poderá o Magistrado

sequer partir de

uma presunção.

Tal presunção seria, como na verdade é, "a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão".

Por esta razão, nos termos do parágrafo único do art. 3 10 do CPP, não se justifica possa ou deva o preso em flagrante continuar sofrendo restrição ao seu status

libertatis sem que haja qualquer dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, i. e., preservação da ordem pública e asseguração da instrução criminal

ou da aplicação da lei penal, pouco importando a natureza da infração.

Seguindo esse raciocínio, o legislador de 1977 foi coerente ao vedar a liberdade provisória, ainda que sob caução, pouco importando se a pena cominada é de

reclusão ou detenção, se o crime é doloso ou culposo, dês que, na hipótese de prisão em flagrante, fique constatado um dos motivos que autorizam a decretação da

prisão preventiva.

Vê-se, por aí, que a prisão provisória decorrente de flagrante fica restringida, adstrita, às hipóteses de absoluta necessidade. Ela será mantida,

apenas, para garantia da ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Analisados os casos que não comportam fiança, por via indireta ficaram conhecidas as hipóteses em que a lei a permite.

22. Conceito de fiança

Que se entende por fiança? Em que consiste? Qual a sua finalida-Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real. E certo que, na técnica jurídica,

fiança é espécie do gênero caução. Esta pode ser real ou

fidejussória. A real é também denominada, simplesmente, caução. Já a fidejussória constitui a fiança propriamente dita. Se a fiança é sempre pessoal, não teria o nosso

legislador incidido em erro? Explica Basileu Garcia que, pelo Código de Processo Criminal do Império, a fiança era um comprometimento pessoal, se bem que, às

vezes, se admitiam outras espécies de caução. A regra, contudo, era a fiança (cf. Comentários, cit., p. 224).

Mas, com o passar dos tempos, a caução pessoal foi cedendo lugar à caução real, e hoje o que existe entre nós é a verdadeira caução real.

Entretanto, em

homenagem à tradição, nós a denominamos fiança. Parece, contudo, que essa denominação, a despeito de imprópria, e generalizada. Assim, por exemplo, Miguel

Fenech, falando sobre a 1ibertad provisional con garantía", ensina:

"Entendemos por fianza la garantía que tiene como fin asegurar el cumplimiento de las obligaciones

del que se halla en libertad provisional a los fines del proceso penal"

(Derecho, cit., v. 2, p. 143). É certo que, no Direito espanhol, a fiança pode ser pessoal,

pignoratícia ou hipotecária. Mas as duas últimas, a rigor, não deviam ser denominadas fiança, e, entretanto, o são.

Entre nós, a fiança consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo

em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Quando a garantia consistir em imóvel, pedras, objetos ou metais Preciosos, cumprirá à Autoridade, de imediato, sua avaliação. Já em se tratando de títulos da

dívida pública, seu valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus.

23. Finalidade

Qual a finalidade da fiança? Em primeiro lugar, a fiança é um verdadeiro sub-rogado da prisão provisória, funcionando, pois, como um sucedâneo da prisão em

flagrante, da prisão resultante da pronuncia e até mesmo, em alguns casos, da prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível (v.

CPP, art. 594, com a nova

redação que lhe deu a Lei ri. 5.941, de 22-11-1973).

Por outro lado, visa a assegurar, no caso de condenação, o pagamento das custas, da satisfação do dano ex delicto e de eventual multa.

24. É definitiva a fiança?

Diz o art. 330 do CPP que a fiança será sempre definitiva. Por quê?

Explica-se: até 1871, a fiança era sempre definitiva, mas a sua concessão submetia-se a um

formalismo exagerado: avaliação do valor da fiança, nomeação de dois árbitros, juramento, folha corrida, informações e cálculo da renda do indiciado. Assim, muito

embora a Magna Carta Imperial dispusesse que ninguém seria conduzido à prisão ou nela conservado, desde que prestasse fiança idônea, o certo é que o cidadão

permanecia preso por vários dias, até que se concluísse o processo da fiança. Para obviar tais males, em 1871 surgiu o instituto da fiança provisória, que perdurou

entre nós vários anos. 0 Código de 1942, entretanto, aboliu-a. Certo que esta era necessária, porquanto o procedimento para a concessão da fiança definitiva era por

demais moroso. Contudo tomou o legislador pátrio as necessárias cautelas para uma pronta concessão da medida, estabelecendo, inclusive, uma tabela para facilitar o

cálculo do quantum a ser depositado.

25. Momento para a prestação

Em que momento poderá ser prestada a fiança e qual a autoridade competente para concedê-la?

A fiança poderá ser prestada em qualquer fase do inquérito, ou até mesmo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. 0

art. 325

dispõe que o valor da fiança será fixado pela Autoridade que a conceder, e, no art. 332, fala-se em Autoridade Policial e Autoridade Judiciária. E

se se tratar de

processo da competência dos Tribunais? Hoje a ação penal originária obedece às regras contidas nas Leis ri. 8.038190 e 8.658193, tendo esta última revogado os arts.

556-62 do CPP. Assim, se for caso de prestação de fiança, cumprirá ao Relator, escolhido na forma regimental, concedê-la ou não, porquanto o paragrafo único do art.

2.' da Lei n. 8.038190 lhe confere "as mesmas atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares", e, como estes podem conceder, negar,

arbitrar,

julgar quebrada ou cassar a fiança, obviamente àquele se concedem esses mesmos poderes. Além disso, poderá o Tribunal, em grau de recurso, conceder a fiança. Qual

a Autoridade Policial competente para concedê-la? Tratando-se de prisão em flagrante, a que presidir ao respectivo auto, pouco importando que a prisão se tenha

verificado em outra comarca diversa daquela onde a causa deva tramitar.

Nesse sentido, as regras dos arts. 332 e 290 do estatuto processual penal. Fora dessa hipótese

(prisão em flagrante), outra não há em que se possibilite à Autoridade Policial concedêIa. Note-se, por último, que nos termos do art. 322 do CPP, com a nova redação

dada pela Lei n. 6.416, de 24-5-1977, a Autoridade Policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Nos

demais, diz o parágrafo único do citado artigo, a fiança será requerida ao Juiz, que decidirá em 48 horas.

Quanto ao Juiz criminal, a medida poderá ser concedida quando da expedição do respectivo mandado de prisão, tal como dispõem os arts. 332

e 285, parágrafo

único, d, todos do CPP. Nada obsta possa o Juiz fazê-lo na fase do inquérito ou da instrução. Assim, por exemplo, se, preso em flagrante, a Autoridade Policial,

podendo, deixou de concederlhe; se a Autoridade Policial não podia fazê-

lo, em face da restrição imposta pelo art. 322 do CPP, caberá ao Juiz apreciar eventual

pedido.

Se a fiança for concedida em grau de recurso, ou mesmo nas causas de competência originária, ou será tomada por termo, nessa última hipótese, em livro próprio

existente nas Secretarias dos Tribunais, ou, conforme a hipótese, concedido o benefício, será o Juiz Criminal cientificado para torná-la por termo e encaminhar, com

urgencia, a respectiva certidão, a fim de ser juntada aos autos do processo.

26. Quem pode prestá-la?

0 próprio indiciado ou réu, ou qualquer pessoa.

A fiança deve ser concedida independentemente de solicitação. Mas, se não o for, nada obsta que o interessado a requeira, por escrito ou verbalmente. Em caso de

flagrante, sendo a infração apenada com detenção Ou Prisão simples, pode a autoridade que presidir à lavratura do auto

respectivo concedê-la; se a pena cominada for de reclusão, somente o Juiz. Nos casos de competência originária, a providência cabe ao Relator.

Uma vez concedida a fiança, lavrar-se-á o respectivo termo, em livro próprio, existente não só nas Delegacias de Polícia, como nos juizos criminais e nas

Secretarias dos Tribunais. A propósito, o art. 329: "Nos juízos criminais e delegacias de polícia, haverá um livro especial, com teri-nos de abertura e de encerramento,

numerado e rubricado em todas as suas folhas pela autoridade, destinado especialmente aos termos de fiança. 0 termo será lavrado pelo escrivão e assinado pela

autoridade e por quem prestar a fiança, e dele extrair-se-á certidão para juntar-se aos autos".

27. As obrigações do ariançado

Quando da lavratura do termo, deverão o indiciado ou réu e a pessoa que prestar fiança, se for o caso, ser cientificados dos ônus processuais a que ficará sujeito o

afiançado, nos termos do parágrafo único do art. 329.

Que obrigações são essas a que se subordina o afiançado? Dizemno os arts.

327 e 328 do estatuto processual penal. In verbis:

"Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a Autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da

instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. 0 réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da Autoridade processante, ou ausentar-se

por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela Autoridade o lugar onde será encontrado".

Como os arts. 327 e 328 não podem ser interpretados insuladamente, porque profundamente vinculados ao art. 341, é induvidoso que a inobservância daqueles

ônus processuais terão o condão de acarretar o quebramento da fiança, se não houver motivo justo, e, se o ônus consistir em comparecer a qualquer ato do processo,

para o qual tenha sido legalmente notificado, a prova do motivo justo que o tenha levado a não comparecer haverá de ser feita incontinenti. É

intuitivo que esse

incontinenti há de merecer da autoridade cuidadosa atenção. Não se pode dar a esse elemento cronológico o sentido que lhe emprestam os dicionários, por~ quanto

razões várias podem obrigar o afiançado a retardar a justificação.

No que tange ao justo motivo, não se pode deslembrar a sabedoria desse ensinamento de Basileu Garcia: "constituindo objetivo da fiança a garantia de que o réu

se conservará à disposição da Justiça, não seria consentânea com o espírito do instituto a exigência de prova de justa causa formalizada e solene, de modo a evitar

dúvidas que só a severidade excessiva suscitaria" (cf. Comentários, cit., p. 329). Basta que a autoridade se convença de que o beneficiário, embora não seguisse a

risca as prescrições legais, não quis furtar-se à obrigação de ficar à disposição da Justiça.

Cumpre ao escrivão, nos termos do parágrafo único do art. 329 do CPP, advertir o afiançado de que o descumprimento daquelas obrigações terá sérias

conseqüências: a) perda da metade do valor da fiança; b) obrigação de recolher-se à cadeia. Se fugir, furtando-se a essa obrigação, o perdimento será total.

Além disso, convém lembrar que, se porventura o afiançado vier a cometer nova infração penal, na vigência da fiança, o quebramento será inevitável, a menos

que, pelo exame do auto de prisão em flagrante ou do inquérito, entenda a Autoridade estar esboçada uma causa excludente de antijuridicidade. Diz a lei assim? Não.

Mas, pela leitura do art. 3 10 e até mesmo em face do que dispõe o art.

314, há de se concluir seja esse o entendimento certo. De fato. Mesmo em se tratando de delito

inafiançável, pode o Juiz conceder a liberdade provisória, nos termos do art. 3 10, e com mais razão será ela mantida, se o crime for afiançável e o indiciado ou réu já

estiver sob fiança.

Uma vez assinado o termo de fiança e recolhido o valor respectivo, o órgão do Ministério Público terá vista dos autos para requerer, se for o caso, o que entender

de direito. Na prática, entretanto, quando a Autoridade Policial concede a fiança, os autos do inquérito não são remetidos ao órgão do Ministério Público para se

manifestar sobre a concessão. Mas, quando da remessa dos autos ao Fórum, tão logo determine o Juiz a abertura de vista ao Ministério Público, deverá este, também,

atentar para a regularidade ou não da medida.

As vezes, a Autoridade Policial se recusa ou demora em conceder a fiança.

Embora caiba habeas corpus, tal como previsto no inc. V do art. 648 do CPP, há,

contudo, uma providência mais singela e mais pronta: o preso ou alguém por ele poderá prestá-la, mediante simples petição perante o Juiz competente, que decidirá,

depois de ouvida aquela Autoridade, consoante a regra do art. 335 do estatuto processual penal.

E se a recusa ou a demora for do Juiz? Neste caso, a medida mais eficaz será o habeas corpus, impetrável perante o Tribunal competente. No caso de recusa,

poderá, também, ser interposto recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, V).

28. Limites da riança

Quais os limites da fiança? Como se calcula o seu valor?

Já vimos que, no Direito pátrio, a fiança funciona como sucedâneo da prisão provisória resultante de flagrante ou de pronúncia, e até mesmo da prisão decorrente

de sentença penal condenatória recorrível.

Esta, contudo, não é sua única finalidade. Ela funciona, também, como garantia do pagamento de eventual pena de multa, das despesas processuais, se houver

condenação, e, inclusive, de possível satisfação do dano ex deficto. É o que se infere, claramente, dos arts. 332, 408, § 1% 393, 1, 326, in fine, e 336, todos do CPP.

Sendo a prisão provisória um mal necessário, nada mais salutar do que a fiança. Esta, pois, substitui, com vantagem, aquela. Preciso é, contudo, seja ela um

sub-rogado da medida coercitiva. Na verdade, o ônus de prestar a caução e as restrições a que se sujeita o afiançado funcionam como um verdadeiro freio para manter

o indiciado ou réu vinculado ao desenrolar do inquérito e do processo. 0

sacrifício, com a prestação da caução e obediência àquelas condições a que se referem os arts.

327 e 328 do CPP, inegavelmente é bem menor que o da prisão.

Se a finalidade da fiança é substituir a prisão provisória, e, havendo condenação, o quantum da caução será destinado ao pagamento das despesas processuais,

eventual multa e satisfação do dano ex delicto, precisa ela ser devidamente dosada, sob pena de transmudar-se em providência ridícula e ineficaz.

0 CPP, que está vigendo desde 1942, estabeleceu, no seu art. 325, os limites da caução. Até os primeiros meses do ano de 1977, aqueles limites ainda eram os

mesmos de trinta anos atrás... Conhecida a finalidade da fiança, indagase: não seria grotesca a atitude da Autoridade Policial que mantivesse alguém preso, porque,

embora arbitrada a fiança em R$ 0,20, esta não fora depositada? Não seria de um burlesco, atingindo as raias da comicidade, a atitude do Juiz que dissesse: não pode o

réu apelar em liberdade, enquanto não depositar o valor da fiança arbitrada em

R$ 1,00? Aquela caução não representaria uma ofensa à dignidade da Justiça? Qual

seria sua finalidade? Ainda que elevada ao triplo, qual seria a sua utilidade? Mesmo há quatro ou cinco anos, em face da inflação galopante e da desvalorização da moeda, aqueles limites eram por demais ridículos e não

afetavam a economia do mais humilde operário.

Se a fiança é um sub-rogado da prisão provisória, seu valor há de representar uma importância apreciável, dentro nos limites do razoável, de sorte a não se tomar

impossível aos pobres nem ilusória aos poderosos, conforme já advertia o Código de Processo Criminal do império. Ele há de ser tal que o réu seja considerado, ainda

que paradoxalmente, um preso em liberdade...

0 Estado, nos casos previstos em lei, substitui a prisão pela fiança.

Esta, de conseguinte, pela análise do instituto, deve equivaler àquela, sem o sacrifício da

restrição à liberdade. 0 depósito de uma determinada cifra ou de metal ou objeto precioso, como garantia de que não deixará o afiançado de cumprir os ônus

processuais que lhe forem impostos, sob pena de perder metade do valor da caução, ou até mesmo o seu valor integral, equivale à cadeia. E preciso, contudo, que essa

cifra seja razoável, de modo que a possibilidade da perda da sua metade ou da sua totalidade exerça uma coação indireta sobre o beneficiário, obrigando-o a respeitar

as condições que lhe forem estabelecidas.

Se o legislador, em todo o capítulo pertinente à fiança, deixou bem claro que o seu valor há de ser razoável, de modo que os menos afortunados não possam

perdê-la nem os ricos desprezá-la; se o legislador determinou que se levasse em consideração, na fixação do quantum da caução, a importância provável das custas

processuais até finaljulgamento (e hoje essa importância é considerável); se, na individualização da caução, devem ser objeto de atenção a satisfação do dano ex delicto

e eventual multa; se as condições de fortuna do afiançado devem ser pesadas; se a fiança é um sub-rogado da prisão provisória, natural, pois, procurasse o legislador

atualizar-lhe o valor, em virtude daqueles motivos já acentuados, notadamente a desvalorização da nossa moeda. Por isso mesmo, a Lei ri.

7.780, de 22-6-1989,

estabeleceu novos limites da caução, restituindo, assim, ao instituto da fiança, àquela epoca, a dignidade e importância que havia perdido. 0 art.

325 do CPP pasSou a

ter a seguinte redação: "0 valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência,

quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa de liberdade, até 2 (dois) anos; b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência,

quando se tratar de infração punida, com pena privativa de liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos; c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência,

quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos".

Não obstante sancionada no dia 22-6-1989, a Lei ri. 7.780 teve, aparentemente, vida efémera. É que no dia 3-7-1989 surgiu a Lei ri.

7.789, dispondo no seu art.

5.': "A partir da publicação desta Lei, deixa de existir o salário mínimo de referência e o piso nacional de salários, vigorando apenas o salário mínimo". Assim, em face

dessa nova lei, o salário mínimo de referência, tendo sido extinto, obviamente deixou de constituir o dado referencial para a fixação da fiança. E agora? Voltará o art.

325 do CPP à sua redação dada pela Lei n. 6.416/77? Deverão os juízes fazer uso do salário mínimo como base para a regra tarifária da fiança?

No mesmo dia da

publicação dessa nova lei, o eminente Magistrado Dr. Zalmino Zinimermann, então Juiz Federal da Seção de São Paulo, premido pela necessidade de arbitrar uma

fiança num caso de descaminho, se houve com absoluto acerto. S. Exa.

arredou a idéia de se aplicar o salário mínimo, mesmo porque a Lei ri.

7.780 a ele não se

referiu, e, ademais, a de ri. 7.789 não determinou fosse o salário mínimo de referência, de que trata a Lei ri. 7.780, substituído pelo salário mínimo. Tampouco optou

pelos valores fixados anteriormente pelo art. 325 do CPP, o que implicaria verdadeira repristinação. Acertadamente, manteve o mesmo dado referencial, salário

mínimo de referência, com o seu valor vigente no dia 2 de julho de 1989

(NCz$ 46,80), isto é, o último valor do salário mínimo de referência.

Congelou-o. E daí para

a frente seria a fiança arbitrada com base no SMR que vigorava em junho de 1989, da mesma forma que ficaram congelados os valores em cruzeiros das multas

existentes no CPP, quando do surgimento do cruzado.

Contudo, dias mais tarde, veio a Medida Provisória ri. 75, de 31-71989, descongelando o valor da fiança, ao estabelecer no seu art. 2." que "os valores expressos

em quantidades de salário mínimo de referência (SMR), na legislação em vigor, ou a ele vinculados, passam a ser calculados em função do Bônus do Tesouro

Nacional (BTN), à razão de 40 BTN para cada SMR". Desse modo, os valores da fiança foram alterados: 1) se a pena cominada à infração, no seu grau máximo, não

ultrapassar 2 anos, a fiança oscila entre 40 e 200 BTN; 2) a fiança será de 200 a 800 BTN, quando se tratar de infração punida, no seu glau máximo, com 4 anos; 3) de 800 a 4.000 BTN, quando a pena máxima cominada for superior a 4

anos.

Observe-se: aos 31-1-1991, o Governo aboliu os BTN. Corno se calcular o valor da fiança? Deve a Autoridade considerar o valor do último BTN - de 30-1-1991

-, ou seja, 126,8621. Feito isso, cuinprir-lhe-á, nos termos do art. 5.'

da Lei ri. 8.177, de L"-3-1991, atentar

para esse valor devidamente corrigido pela TR referente ao mês anterior.

Assim, em fevereiro de 1999, o Juiz arbitrou a fiança em 100 BTN. Como fazer a conversão

para o Real? Os jornais de grande circulação publicam, durante a semana, os indicadores financeiros, tais como Poupança, TR, UFIR, UPC, BTN+TR

etc.,

devidamente atualizados em Real. Cumpre, então, à Autoridade atentar para esse valor do mês anterior àquele em que for arbitrar. Em seguida, multiplica-se esse

número pela quantidade de BTN imposta como fiança. No exemplo dado, a fiança, no total de 100 BTN, foi arbitrada em fevereiro de 1999 (pouco importa o dia). 0

valor do BTN mais a TR do mês anterior Oaneiro de 1999) era de 1,1660, logo, multiplicando- se esse valor por 100 (número de BTN arbitrado), teremos R$ 116,60

(cento e dezesseis reais e sessenta centavos). Esse o valor da fiança.

Veja-se, também, e a propósito, RT, 682/311.

Fixada a regra tarifária, restará à Autoridade competente dosar o quantum da fiança, individualizando-a. Da mesma forma que o Juiz deve individualizar a pena,

cumpre, também, à Autoridade competente particularizar o valor da fiança, jamais se deslembrando de que ela deve representar uma garantia equivalente à prisão

processual. E, como bem o disse Basileu Garcia, "o laço afrouxado pela benevolência no fixar a caução não produzirá o efeito previsto" (cf.

Comentários, cit., p.

263).

Para individualizá-la, o art. 326 e o parágrafo único do art. 325, ambos do estatuto processual penal, ministram as regras necessárias: deverá a Autoridade atentar

para a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do indiciado ou réu, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a

importância provável das custas do processo, até final julgamento. Alie-se a isto

a circunstância apontada na última parte do art. 336 do citado Código: o valor da

caução servirá, também, para o pagamento da indenização do dano ex delicto e eventual multa, na hipótese de condenação.

Se o valor da fiança não for suficiente para atender a tais exigências, deixará ela de ser um substituto, um sub-rogado da prisão provisória. Uma caução de valor

ínfimo, insignificante, teria, inegavelmente, um sabor de burlesco e de ridicularia, com indisfarçável desprestígio para a dignidade da Justiça.

A natureza da infração fornece ao Magistrado ou à Autoridade Policial o primeiro dado para a fixação da fiança. Sendo afiançável, restará atentar para a pena

máxima cominada in abstracto, devendo a Autoridade pôr reparo em eventuais causas de aumento da pena (concurso

formal, crime continuado, concurso material), da mesma forma que atentará para as causas de diminuição. Tentativa, por exemplo.

As condições pessoais de fortuna e a vida pregressa do beneficiário constituem pontos para os quais devem convergir as atenções das Autoridades. 0 cidadão que, embora não reincidente, se tenha envolvido em vários processos, alguns dos quais em andamento, não pode receber o mesmo tratamento que o absolutamente primário, se assim podemos nos expressar.

É intuitivo que as condições pessoais de fortuna constituem um dado importantíssimo para a individualização da caução, chegando o legislador a permitir à Autoridade, se assim o recomendar a situação econômica do indiciado ou réu, reduzi-Ia até o máximo de dois terços e, em especial ao Juiz, aumentá-la até o décuplo. E como soam os itens 1 e Il do § 1.' do art. 325 do CPP, com a nova redação dada pela Lei n. 8.035, de 27-4-1990. Quanto à fiança, na hipótese de prisão em flagrante, de crime contra a economia popular e sonegação fiscal, há outras regras estabelecidas nos itens 1, 11 e 111 do §

2.' do art. 325 do CPP, em face da nova redação que a lei retromencionada lhe deu. Por primeiro, somente o Juiz é que, nesses crimes, poderá arbitrar o quantum da fiança. Seu limite oscila entre 10 mil a 100 mil vezes o valor do

BTN da data da prática do crime. Por outro lado, dependendo da situação econômica do réu, o limite mínimo ou máximo do valor da fiança poderá ser reduzido em até 9 décimos ou aumentado até o décuplo.

A maior ou menor periculosidade do indiciado ou réu, aferível, inclusive, pelos motivos do crime, o provável valor das despesas processuais até final julgamento são, também, outros dados que devem ser considerados para o arbitramento do valor da fiança.

Evidente que, na hipótese de concurso material, as penas não podem ser somadas para a aferição da afiançabilidade. As infrações devem ser consideradas individuadamente. Díga-se o mesmo se o crime for continuado. Não se somam as penas mínimas para saber se cabe, ou não, a caução. Nem mesmo se deve considerar o acréscimo legal. Se para a prescrição não se considera o aumento legal, com mais forte razão em se tratando de fiança.

Sem embargo, a Súmula 81 do STJ dispõe não caber fiança quando a soma das penas mínimas cominadas for superior a 2 anos. Já nos manifestamos a respeito. É nosso entendimento que o

legislador, ao permitir a fiança quando a pena mínima de reclusão não for superior a 2 anos, levou em consideração apenas e tão-somente a gravidade da

infração. E que os crimes cuja pena mínima é superior a 2 anos são graves e, por isso mesmo ínsuscetíveis de fiança. Tanto é verdade que para os crimes apenados com detenção nem se considera esse mínimo, posto não apresentarem eles tamanha gravidade. Do contrário seria inafiançável o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993

(Licitação), cuja pena oscila entre 3 e 5 anos de detenção.

Não se pode deslembrar, na fixação do quantum da fiança, eventual ressarcimento do dano ex delícto, nem a condenação a eventual multa. E

certo que a Autoridade não vai nomear perito para calcular a importância pertinente à satisfação do dano, mas deve estimá-

lo, e, como a caução oscila entre um mínimo e um máximo, dentro desses limites, cabe-lhe elevá-la, de modo a atender ao disposto no art 336 do estatuto

processual penal.

A fiança tanto pode

p

consistir em depósito em dinheiro,epsteaddruaasl corno dis

objetos ou metais reciosos, títulos da dívida pública, federal, ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar, tal põe o art. 330 do CPP. Feito o depósito, será este recolhido à repartição competente (Coletoria federal ou estadual), ou, então, entregue ao depositário público, juntando-se aos autos o indispensável comprovante. Tratando-se de hipoteca, uma vez lavrada a competente escritura, deverá ser juntada aos autos a certidão respectiva.

Há uma proposta de emenda ao Projeto de Lei n. 4.898, em tramitação no Congresso, no sentido de ser fixado o valor da fiança em salário mínimo.

Assim: de 1 a 50 salários mínimos quando a pena máxima cominada não ultrapassar 2 anos; de 10 a 80, quando não ultrapassar 4 anos e, nos demais casos, de 50 a 150. Pelo menos, empresta-se à fiança uma certa seriedade. Note-se que em 1942, quando entrou em vigor

o CPP, a menor fiança era de 200 mil-réis, equivalente a 80% do maior salário mínimo da época (240$000 - duzentos e quarenta mil-réis). Logo, os valores propostos são mais que razoáveis.

A Lei n. 6.368, de 21-10-1976 (Lei Antitóxico), estabelece valores diferentes em relação à fiança. Tais valores foram alterados pela Lei ri.

7.780, de 22-6-1989? Obviamente não. Trata-se de lex specialis e, por

isso mesmo, no particular, somente poderia ser alterada se houvesse norma específica a respeito. Ademais, o valor da fiança na Lei Antitóxico é menor na sua aparência. Apenas na aparência, porquanto aquele diPloma, no seu art. 30, § 2.', determina seja o valor da fiança devidamente atualizado, isto é, corrigido.

0 Código do Consumidor, no seu art. 79, dispõe que "o valor da fiança, nas infrações de que trata este Código, será fixado pelo juiz, ou pela autoridade que

presidir o inquérito, entre 100 (cem) e 200.000 (duzentas núl) vezes o valor do BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo".

29. Extinção da riança

Há vários modos pelos quais a fiança se extingue: quebramento, perdimento, cassação ou, então, quando fica sem efeito.

30. Quebramento

Ocorre quando o afiançado descumpre os ônus processuais que lhe foram impostos quando da concessão da fiança e aos quais fazem referência os arts. 327, 328

e 341 do CPP. Assim, se o afiançado deixa de comparecer, sem motivo justo, perante a Autoridade, todas as vezes em que for notificado para atos do inquérito, da

instrução criminal ou mesmo para o julgamento, haverá quebramento. 0

mesmo ocorrerá se o afiançado mudar de residência, sem previa permissão da Autoridade

processante, ou ausentar-se por mais de 8 dias de sua residência, sem comunicar àquela Autoridade o lugar onde será encontrado. Quebramento também haverá, nos

termos do art. 341, se o afiançado praticar nova infração penal. Havendo, contudo, motivo justo, não há que se cogitar dele, conforme anotações anteriores.

31. Quem pode decretar o quebramento? Recurso

0 Código não diz qual a autoridade competente para decretar o quebramento da fiança. Tudo faz crer seja o Juiz (art. 341 do CPP). Também pode julgar quebrada

a fiança o Tribunal, em grau de recurso, ou, nas infrações da competência originária dos Tribunais, o Relator, uma vez que este exerce, nesses casos, as

mesmas

atribuições que a legislação processual confere aos Juízes singulares, nos termos do parágrafo único do art. 2.' da Lei n. 8.038/90. E a Autoridade Policial poderá

fazê-lo? Há quem responda de modo afirmativo. Não acreditamos (v.

Tornaglii, Manual, cit., v. 2, p. 906). Em primeiro lugar, é de observar que a Carta Magna

consagrou, como dogma constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição, e, assim, se o Código prevê recurso do despacho que julga quebrada a fiança, evidente

que tal recurso há de ser, inquestionavelmente, de órgão Jurisdicional para órgão

1

1

Jurisdicional. DO contrário, quebrado estaria o principio. Se a lei prevê recurso strictu senso para essa hipótese (art. 5 8 1, VII, do CPP), e como os recursos em

sentido estrito, repetimos, estão intimamente ligados ao duplo grau de jurisdição, não teria sentido recorrer-se do Delegado para o Juiz. Notese que a regra contida no

art. 582 do CPP (permitindo recurso, na hipótese do art. 581, V, do CPP) embora deixe claro que, nesse caso, o recurso nem sempre é para o Tribunal, não quer dizer

seja do Delegado para o Juiz, mas sim do órgão jurisdicional hierarquicamente inferior para Juiz, como acontecia com os Pretores ou Juízes Preparadores. Se a

Autoridade Policial non habetjurisílictionem, ficaria difícil explicar como poderia o Promotor de Justiça recorrer da decisão que decretar quebrada a fiança. Deveria

ele ir à Delegacia inter-

por recurso contra aquele ato do Delegado, na hipótese de entender injusto o quebramento? E se o Advogado quisesse recorrer desse ato?

Interposto o recurso o

Delegado mandaria dar vista dos autos ao Promotor para apresentar contra-razões... Verdadeiro disparate. Certo que nos embargos declaratórios não há o duplo grau,

mas o legislador contentou-se com o simples reexame do próprio órgão julgador. Ponderese, ainda, que os recursos previstos no CPP pressupõem atos juri sdicionais,

e, evidentemente, se a Autoridade Policial julgasse quebrada a fiança, estaria praticando um ato administrativo... Para os atos administrativos, temos o habeas corpus e

o mandado de segurança... E pode a Autoridade Policial decretar o perdimento da fiança? A resposta é negativa. Faltalhe competência.

Somente o Juiz é que poderá

fazê-lo. E da sua decisão caberá recurso para o Tribunal. Mas se, malgrado essa observação, vier a fazê-lo, caberá habeas corpus endereçado ao Juiz, com fulcro no

art. 648, 111, do CPP..

A competência, pois, é do Juiz, do Relator, em casos de competência originária, e, finalmente, do Tribunal, apreciando eventual recurso.

Interposto o recurso, se o Juiz reformular seu entendimento (CPP, art.

589), ou se a instância superior vier a reformá-lo, a fiança subsistirá em todos os seus

efeitos, segundo dispõe o art. 342 do CPP.

32. Consequencias

Uma vez decretado o quebramento da fiança, tal ato importará: a) na perda da metade do seu valor; b) o réu não mais poderá, naquele processo, prestar uma

segunda fiança (CPP, art. 324, 1); c) expedir-se-á contra o réu o competente mandado de prisão, se, porventura, ele pró prio não se recolher à cadeia; d) enquanto não for preso, o processo correrá à sua revelia.

33. Destino da rança

Uma vez quebrada a fiança, se não houver recurso desse despacho, ou, havendo-o, for ele mantido, aguarda-se o trânsito em julgado da sentença final. Se

conderiatória, a metade do valor da fiança será restituída a quem a prestou. Da outra metade deduzem-se as despesas processuais e outros encargos a que estiver

obrigado o afiançado, e, se houver saldo, será recolhido ao Tesouro Nacional, por meio de depósito na Coletoria Federal, Banco do Brasil ou Caixa Econômica

Federal. E se vier a ser absolvido? Pensamos que somente será devolvida a metade a quem a prestou, a despeito da regra contida no art. 337. A outra metade será

perdida e recolhida aos cofres públicos, conforme vimos, como sanção ao descumprimento das obrigações a que se sujeitara o afiançado.

34. Liberdade provisória, mesmo quebrada a fiança Vimos em que consiste o quebramento da fiança e qual a sua conseqüência.

Entretanto não se deve olvidar que o parágrafo único do art. 310 do CPP

permite a

liberdade provisoria, ainda que a infração seja inafiançável, dês que inocorra qualquer dos motivos que autorizam a prisão preventiva. Assim, se o cidadão for preso

em flagrante e prestar fiança, será posto em liberdade imediatamente.

Enquanto os autos do inquérito não chegarem ajuízo, poderá o indiciado

descumprir alguma das

obrigações a que se sujeitou, quando da prestação daquela. Nessa hipótese, a fiança será julgada quebrada, com o conseqüente perdimento da metade do seu valor,

uma vez transitada em julgado a decisão respectiva. Mas, se o motivo do quebramento não se identificar com um daqueles que autorizam a decretação da prisão

preventiva, ou não consistir em desatender, a despeito de regularmente notificado, a qualquer ato do inquérito ou do processo, evidente que o Juiz não lhe poderá negar

a liberdade provisória, embasado no parágrafo único do art. 3 10 do CPP.

Seria extremamente injusto devesse o Juiz conceder a liberdade provisória ao autor de um

crime inafiançável (severamente punido), sujeitando-o apenas à obrigação de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação, e não o fizesse em

relação àquele que praticou uma infração levemente apenada, prestou fiança e, por exemplo, se ausentou da sua residência por 15 dias, sem avisar a Autoridade houvesse deixapolicial onde poderia ser encontrado. Se, porventura~ do de comparecer a

qualquer ato do inquérito, injustificadamente, nova liberdade provisória seria muita liberalidade.

Por outro lado, não se poderá dizer que o quebramento da fiança perdeu aquela importância que lhe empresta o CPP. Diminuiu-lhe, um pouco, a autoridade. Só.

Observe-se que a fiança não pressupõe, apenas, a prisão em flagrante. Se o réu prestar fiança para aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri, ou o

resultado de recurso que interpuser da sentença de pronúncia ou mesmo de

sentença condenatória, e vier a descumprir qualquer uma das obrigações a que se sujeitar

quando da prestação da caução, evidente que o quebramento, aí, terá aquelas conseqüências a que se refere o art. 343 do CPP: perda da metade do valor da fiança e a

obrigação de recolher-se ao xadrez. Nessas hipóteses, nenhuma aplicação terá o disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP.

35. Perdimento da rança

Este ocorrerá se o réu, uma vez condenado, não se apresentar à prisão.

Trata-se de outro ônus processual: a obrigação de se apresentar à cadeia, se for condenado

por sentença trânsita em julgado, desde que, é óbvio, não lhe tenha sido concedido o sursis. Muitas vezes, o réu não sabe se a instância superior confirmou ou não a

sentença condenatória e, assim, seria demais exigir-se-lhe a apresentação espontânea. Por isso, entendemos que o perdimento ocorrerá se o réu, à vista do mandado de

prisão, vier a fugir. Já agora não haveria desculpas: ele teve ciência inequívoca de que a Justiça o condenou definitivamente.

36. Conseqüência

Além de ser o condenado procurado para o cumprimento da pena, perderá, também, o valor integral da fiança. Neste caso, feitas as deduções das custas e demais

encargos a que estiver obrigado, o saldo será recolhido ao Tesouro Nacional. E o que se contém no art. 345 do CPP. E se ele se apresentar à prisão? Nesse caso,

deduzidos os encargos a que estiver obrigado, o saldo será devolvido a quem prestou a fiança.

37. Recurso

Ainda é o recurso em sentido estrito, previsto no inc. VII, segunda parte, do art. 581 do CPP. Trata-se de recurso com efeito suspensivo, tal como previsto no art.

584, caput, do mesmo diploma. Assim, somente após o pronunciamento final da instância superior e que as conseqüências do perdimento da fiança se tornam

definitivas.

38. Cassação da fiança

Em duas hipóteses pode ocorrer a cassação dafiança: a) Se, concedida, não for cabível, será cassada em qualquer fase do processo. Assim, se a Autoridade

Policial, por exemplo, supôs que o delito era afiançável ou, então, julgou erroneamente que a situação permitia fiança (desconhecimento de ser o indiciado reincidente

em crime doloso, de estar no gozo do sursis, p. ex), o benefício será revogado, nos termos do art. 338 do CPP. Nessa hipótese, o quantum da caução será devolvido a

quem a prestou, e o indiciado recolhido ao xadrez. Todavia, se for o caso de se aplicar o disposto no parágrafo único do art. 3 10 do mesmo diploma, a liberdade

provisória ser-lhe-á deferida, sujeitando-se o beneficiário à obrigação de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Se a fiança foi concedida,

nos termos do § 2.' do art. 408 ou mesmo do art. 594, e o delito era inafiançável e o réu não primário, o seu valor será restituído, e o réu recolhido ao xadrez. b)

Cassada também será a fiança, nos termos do art- 339 do CPP, se houver inovação na classificação do delito. Normalmente essa inovação se opera na fase da sentença,

tal como previsto nos arts. 383, 384 e parágrafo único, e, finalmente, no

§ 4.' do art. 408, todos do CPP. Assim, se o Promotor denunciar alguém por um crime

afiançável e, na sentença, houver desclassificação para um inafiançável (furto e roubo, p. ex), a fiança será cassada.

A rigor, pois, tendo em vista o parágrafo único do art. 3 10 do CPP, permitindo a liberdade provisória em qualquer infração, dês que ausente qualquer das

circunstâncias -que autorizam a decretação da prisão preventiva, o problema da cassação da fiança ficou relegado para outras hipóteses.

Suponha-se a ré pronunciada

por infanticídio, que é afiançável. Ela não tem bons antecedentes. Quer aguardar, em liberdade, o julgamento. Deve prestar fiança. Feita a caução, se o Tribunal der

provimento a eventual recurso da acusação, no sentido de ser a infração desclassificada

para homicídio, que é inafiançável, haverá inovação, e, nesse caso, a fiança será cassada. De conseguinte, o seu valor restituído, e a ré recolhida ao xadrez aguardando

o julgamento pelo Tribunal do Júri.

39. Conseqüência

Cassada a fiança, obviamente ela ficou sem efeito, e, portanto, é de se aplicar a regra contida no art. 337 do CPP, isto é, seu valor será devolvido a quem a

prestou, e o réu recolhido ao xadrez, salvante as hipóteses vistas acima.

40. Recurso

Do despacho que julgar cassada a fiança caberá recurso em sentido estrito, nos termos do art. 5 8 1, V, do CPP.

Tal recurso nem sempre é dirigido ao Tribunal (Tribunal de Justiça, de Alçada ou TRF). É o que proclama o art. 582 do CPP. 0 dispositivo, entretanto, não diz

nem quer dizer que o recurso não possa ser dirigido a um daqueles Tribunais, mas exclui, apenas, que o seja sempre.

Nos Estados-Membros, onde houver órgão jurisdicional hierarquicamente inferior ao Juiz de Direito, poderá aquele cassar a fiança e eventual recurso, dirigido e

apreciado por este. Pode a Autoridade Policial cassar a fiança?

Evidentemente, não. Se os recursos previstos no CPP pressupõem atos jurisdicionais, não se concebe a interposição de recurso de ato da Autoridade Policial para

o Juiz. Haveria, por outro lado, quebra do princípio do duplo grau de jurisdição, e os recursos processuais penais visam a mantê-lo. 0 ato da Autoridade seria

meramente administrativo, comportando, no máximo, habeas corpus ou mandado de segurança. Se a lei previu, no inc. V do art. 581 do CPP, recurso específico,

evidente que pressupõe ato de um órgão jurisdicional. Por essa razão discordamos do entendimento do saudoso Des. José Duarte, ao afirmar a competência da

Autoridade Policial para tal fim (cf. Habeas Corpus n. 2.595, de 13-41944, in Espínola Filho, Comentários, cit., 1955, v. 3, p. 5130, n.

674).

41. Fiança sem efeito

Embora a cassação da fiança a tome sem efeito, o certo é que o CPP fala especificamente enifiança sem efeito nos ai-ts. 340, parágrafo único, e 337. Assim, sem efeito ficará a fiança se cassada, nos termos dos arts. 338 e 339 do CPP; sem efeito, ainda, se, na hipótese do art.

340, 1, 11 e III, não houver

o indispensável reforço. Observe-se que o art. 58 1, V, do CPP não fala em fiança sem efeito, mas sim em inidoneidade da fiança. Por outro lado, falando aquele

dispositivo em cassação da fiança e na sua inidoneidade, e não se referindo àfiança sem efeito, conclui-se que fiança inidônea é aquela que, não reforçada, tal como

exige o parágrafo único do art. 340 do CPP, ficou sem efeito.

Assim, para o legislador processual penal, fiança sem efeito é aquela não reforçada. Nessa hipótese, quais as conseqüências? A primeira delas está prevista no art.

337: declarada a fiança sem efeito, o valor que a constituir será devolvido a quem a prestou. A segunda e última conse~ qüência vem tratada no parágrafo único do art.

340: "A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada".

42. Reforço

Às vezes, a Autoridade, no arbitrar o valor da fiança, o faz sem maiores exames, tomando-a insuficiente; outras vezes, há uma depreciação ou perecimento dos

bens caucionados ou hipotecados; pode, também, ocorrer a hipótese de a infração ser objeto de inovação, isto é, quando da denúncia ou da condenação, o órgão do

Ministério Público, no primeiro caso, ou o Juiz, no segundo, pode dar uma classificação jurídico-penal diversa ao fato, sem, contudo, tirar-lhe o caráter de afiançável.

Mas, em face da inovação, o delito passa a ser outro, alterando, assim, o valor da fiança (veja-se a tarifa constante do art. 325 do CPP). Em todas essas hipóteses, será

o réu, ou quem por ele prestou fiança, notificado a reforçá-la. Não o fazendo, a fiança fica sem efeito, isto é, toma-se inidônea, advindo daí as conseqüências

supracitadas.

Não se deve esquecer, contudo, que, em face da possibilidade de o indiciado ou réu poder conseguir a liberdade provisoria sem fiança, nos termos do parágrafo

único do art. 3 10 do CPP, a regra contida no parágrafo único do art. 340

desse diploma não pode ser aplicada integralmente. Toma-se necessário, pois, analisar

situação por situação. Senão, vejamos: a) A Autoridade Policial, por exemplo, após a lavratura de auto de prisão em flagrante por homicídio culposo (cUja pena

máxima cominada é de 3 anos), equivocadamente, arbitrou a fiança em 40

BTN (mínimo legal da fiança, quando o máximo da pena cominada não ultrapassa 2

1

anos). Ora, in casu, o mínimo da fiança é de 200 BTN. Descoberto o engano, poderá aquela exigir o reforço. Mas, nessa hipótese, bem poderá o indiciado, nos termos

do parágrafo único do art. 3 10, solicitar ao Juiz sua liberdade provisória, sem reforçar a caução e, ao mesmo tempo, pedindo-lhe a devolução do quantum já

depositado. b) E se houver pronúncia e estiver o réu em liberdade e quiser aguardar em liberdade o julgamento? Se o crime for afilançável e o réu primário e de bons

antecedentes, não precisará prestar a caução. Na verdade, se na infração inafiançável, desde que satisfeitos os requisitos legais, pode o pronunciado aguardar o

julgamento em liberdade sem a menor caução, por que exigi-Ia daquele que cometeu um delito afiançável, se os requisitos legais também estão satisfeitos? Mas, se o

autor de crime afiançável não for primário e não tiver bons antecedentes, é claro que poderá prestar fiança. Nessa hipótese, se o Magistrado, por engano, tomar uma

fiança insuficiente, à evidência notificara o reu para refôrçá-la. Não o fazendo, inteira aplicação terá

• disposto no parágrafo único do art. 340 do CPP. c) Diga-se o mesmo se

• réu for condenado e quiser apelar solto, tudo nos termos do art. 594.

Sem efeito também ficará a fiança "quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou

pedras preciosas" e não houver reforço. Se tal acontecer, na fase do inquérito, dificilmente a fiança ficará sem efeito, uma vez que o indiciado poderá lograr a liberdade

provisória, nos termos do parágrafo único do art. 310. Inteira aplicação terá aqui o que dissemos quando a fiança for tomada por engano, na fase do inquérito.

Entretanto, se a depreciaçao ou perecimento do bem dado em caução ocorrer quando da prestação da fiança, após a pronúncia ou mesmo após a sentença condenatória

recorrível, se o réu não a reforçar, tomar-se-á ela sem efeito, e, assim, o seu valor será devolvido, e ele recolhido à cadeia.

A terceira hipótese ocorre "quando for inovada a classificação do crime".

Assim, por exemplo, se a Autoridade Policial, para efeito de arbitrar a fiança, classificar

a infração de uma forma e o Promotor, quando da denúncia, der outra qualificação jurídica ao fato, estará havendo inovação. Neste caso, se, em face

dessa alteração, o

valor da fiança for maior, o reforço é exigível.

E se a inovaçao ocorrer na fase da pronúncia? Se ambas as infrações forem da alçada do Júri, impossível ocorrer a hipótese. E o é, porque Os crimes afiançáveis

da alçada do Tribunal leigo são o infanticídio e o auto-aborto. Ora, se a ré foi denunciada por aquele crime, é quase imPossível, na pronúncia, ser a infração

desclassificada para este. Mas o

delito poderá ser conexo. Aí é diferente. B cometeu um homicídio, e M, lesão leve e resistência simples. Houve conexão. M, por não ser primário, prestou fiança para,

em liberdade, aguardar o julgamento. 0 Ministério Público recorreu da pronúncia, e o Egrégio Tribunal deu provimento ao recurso para considerar a resistência como

qualificada... Neste caso, deverá haver o reforço...

43. Autoridade competente para julgar a fiança sem efeito Já vimos que a expressãofiança sem efeito tem, aqui, o mesmo sentido de fiança inidônea. Como cabe recurso do despacho que ajulga (CPP, art. 581, V),

conclui-se que somente o órgão jurisdicional é que poderá decretar-lhe a inidoneidade. Poderá ser o Juiz de Direito. Mas poderá ser, também, órgão jurisdicional

hierarquicamente inferior ao Juiz de Direito, e, nesse caso, o recurso será dirigido a este, como se constata pelo art. 582 do CPP. Assim, nos Estados onde houver

órgão jurisdicional hierarquicamente inferior aos Juízes de Direito, se a decisão for daquele, o recurso será dirigido a este. Se partir deste, será dirigido ao Tribunal. Na

B ahia, por exemplo, havia a figura do Pretor, órgão j urisdicional inferior ao Juiz de Direito. Se aquele julgasse a fiança inidônea, por exemplo, o recurso era

endereçado ao Juiz de Direito. A Autoridade Policial não poderá fazê-lo.

A propósito, vejam-se os verbetes 32 e 41 deste capítulo.

44. Absolvição

Absolvido o réu por sentença trânsita em julgado, perde a fiança seu objetivo, e, por isso mesmo, ser-lhe-á restituída sem qualquer desconto.

É como soa o art.

337 do CPP. E se houver quebramento da fiança e, depois, for o réu absolvido? Nessa hipótese, cremos, apenas a metade do seu valor lhe será devolvida. A outra

metade é julgada perdida, em face do descumprimento das obrigações a que ele se sujeitou, quando da prestação da caução.

E se, prestada a fiança, vier o órgão do Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito? Acolhido o requerimento, será devolvida integralmente, pois,

nesse caso, ela perde, também, seu objetivo.

45. Extiução da punibilidade

E se for declarada extinta a punibilidade? Tratando-se de extinção da punibilidade, perderá a fiança seu objetivo, e a restituição se impõe, tal como determina o art. 337. Mas, se se tratar de extinção dos jus punitionis, por exemplo, reconhecimento da prescrição após o trânsito em julgado da sentença

condenatória, impossível a restituição. É como soa o parágrafo único do art. 336 do CPP.

46. Condenação

E se o réu cumprir todos os ônus processuais e for condenado? Pagas as custas, eventual multa e satisfação do dano, se for o caso, o saldo será restituído a quem a

prestou.

47. Execução

Se a fiança consistiu em depósito de pedras, metais ou objetos preciosos, caberá ao próprio Juiz penal determinar sua avaliaçao e venda, por meio de leilão ou

corretor. Se se tratar de hipoteca, caberá ao órgão do Ministério Público a sua execuçao no juízo cível.

48. Abolição da fiança

Em face da Lei ri. 6.416, de 24-5-1977, o instituto da fiança, no Direito brasileiro, perdeu aquela importância que sempre teve como medida de contracautela,

mesmo porque o parágrafo único do art. 3 10 do CPP, acrescido pelo referido diploma, confere ao Juiz o poder de, em toda e qualquer infração, afiançável ou não,

conceder ao indiciado a liberdade provisória sem fiança, mediante simples termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, desde que

não haja qualquer circunstância que autorize a decretação da prisão preventiva. Assim, se alguém cometer um crime de estelionato e for preso em flagrante, nada obsta

que, em vez de solicitar a concessão da fiança, tal como permitido pelo art. 323, 1, do CPP, requeira, simplesmente, a liberdade provisória, sem caução, mediante o

compromisso, tomado por termo, de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação. E se fosse um homicídio? Tal infração é inafiançável. Pouco

importa. A lei não faz qualquer distinção. Observe-se que, se a infração for afiançável, prestada a caução, o indiciado fica em liberdade; nesse mesmo caso, se não

puder prestá-la, o Juiz, nos termos do art. 350, poderá dar-lhe a liberdade provisória. Então, por que o parágrafo único do art. 310 não pode ser estendido a toda e

qualquer infração? Afiançável, ou não, satisfeitos os pressupostos legais (ausência de cir

cunstância que autorize a decretação da prisão preventiva), surge para o indiciado o direito subjetivo processual à liberdade provisória, sem qualquer garante,

limitando-se a assinar termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Por outro lado, se prestou fiança, seria um contra-senso sem nome a não-aplicação do parágrafo único do art. 3 10, se for o caso, mesmo porque não teria sentido

que alguém preso em flagrante por crime inafiançável possa ficar em liberdade provisória sem fiança, e outra pessoa que houvesse cometido um crime afiançável, para

gozar da liberdade provisória, devesse ficar sujeita a todos os ônus que a fiança requer e, ainda mais, com uma certa restrição ao seu património.

Dir-se-á, então, que a fiança foi abolida do nosso Código. Não é bem assim. Ela perdeu grande parte do prestígio de medida de contracautela.

Mas continua como

providência para se jugular, de imediato, em certas infrações, a restrição ao jus libertatis do indiciado ou réu. Se A foi preso em flagrante por infração afiançável, após

a lavratura do respectivo auto, arbitrada e prestada a fiança, será ele, de pronto,

posto em liberdade. Mais tarde, quando os autos do inquérito chegarem a juízo, poderá

ele requerer ao Juiz a conversão da liberdade provisória, mediante fiança, em liberdade provisoria sem caução, mediante compromisso de comparecer a todos os atos

do processo, desde que satisfeitos os pressupostos legais, i. e., ausência de qualquer das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva. E se o Juiz lhe negar? Nada

obsta possa ele impetrar ordem de habeas corpus, com fundamento no art.

648, 1, do CPP.

Na verdade, se a liberdade a que se refere o parágrafo único do art. 3 10

do CPP é um direito subjetivo processual do indiciado ou réu, o Juiz não lha poderá

negar. Dir-se-á que, sob fiança, ele não está sofrendo um constrangimento na sua liberdade ambulatória. Não é verdade. Basta simples leitura do art. 328 do estatuto

processual penal, e a outra conclusão não se poderá chegar. Ademais, não tem sentido possa um réu de crime inafiançável gozar do benefício do parágrafo único do

art. 3 10, e o autor de infração afiançável não. Se B foi preso em flagrante por uma infração inafiançável, continuará preso, pelo menos até o término do inquérito.

Depois, em juízo, num procedimento mais moroso, ouvido o órgão do Ministério Público e uma vez reconhecida a ausência de qualquer circunstância que legitime a

prisão preventiva, fará ele jus à liberdade provisória, nos termos daquele dispositivo. Então, não se poderá dizer que a fiança perdeu, de todo, a sua importância.

Conclui-se, pois, que a fiança continuará sendo medida pronta e eficaz para se impedir qualquer restrição à liberdade. Diga-se mais: a liberdade provisória sob

fiança é medida pronta, rápida. Já a liberdade provisória prevista no parágrafo único do art. 310 é providência que demanda um pouco mais de tempo. 0 procedimento

é mais solene. Para a concessão da fiança, não se ouve o Ministério Público. Na hipótese do parágrafo único do art. 3 10, sim.

Por outro lado, a fiança não pressupõe, apenas, a prisão em flagrante. E

se o réu for condenado por crime afiançável e não tiver bons antecedentes e não for

primário? Para apelar, terá de prestar fiança. Diga-se o mesmo se for pronunciado. Evidente, repetimos, que, se for primário e tiver bons antecedentes, não precisará

prestar caução. De fato. Se o crime for inafiançável, sendo o réu primário e de bons antecedentes, não poderá apelar em liberdade, nos termos do art. 594 do CPP? Por

que, pois, exigir mais de quem foi condenado por infração afiançável?

Entretanto, sendo a infração afiançável, não tendo o réu bons antecedentes e não sendo

primário, poderá prestar a caução e recorrer em liberdade. Mais uma vez repetimos: a prisão de que tratam o art. 393, 1, c/c o art. 594 e os art.

585 c/c o art. 408, § 2.',

todos do CPP, em face da Carta Magna, somente poderá ser decretada se a Autoridade Judiciária o fizer em decisão fundamentada, a teor do art.

5.', LXI, da CF. E

fundamentar um decreto condenatório não é declinar o artigo de lei. É

mostrar ser ela indispensável aos fins do processo. E o será, se houver nos autos prova da

existência de qualquer daquelas circunstâncias referidas no art. 312 do CPP, pelo fato de serem estas a pedra de toque das prisões de natureza processual. A propósito,

RT, 703/408, 7071369, 7261609, dentre outras.

OBSERVAÇAO: Quando da prestação da fiança em moeda corrente - e é o que comumente ocorre -, deverá a Autoridade fazê-la recolher nas Caixas Econômicas, Banco do Brasil ou Banco do Estado, em nome de quem a prestou e à disposição da Autoridade Judiciária competente. Tal depósito deverá ser feito em

conta sujeita a juros e correção monetária. É possível que o processo se arraste por um bom espaço de tempo, e, quando do levantamento do valor dado como fiança,

este, em face da inflação, tenha-se minimizado.

Se a fiança for arbitrada pela Autoridade Policial, e esta não souber qual a Autoridade competente para apreciar a espécie, nada obsta se faça o depósito à

disposição do "Juízo Criminal desta comarca", ou desta ou daquela Vara Distrital.

Há quem entenda que o valor da fiança não será depositado em conta com correção. Não nos parece. Prestada uma fiança, e uma vez recolhido esse valor aos

cofres públicos, obviamente o Estado vai movimentá-lo, auferindo vantagens. E se dois ou quatro anos após o réu for absolvido? Serájusto devolver-lhe aquela

minguada cifrajá corroída pela inflação? Será justo o enriquecimento ilícito do Estado, obtendo vantagens à custa do dinheiro alheio?

guinte Lei:

1

i

capítulo 49

0 Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a se-Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984

Institui a Lei de Execução PenaL

TíTULO 1

DO OBJETO E DA APLICAÇÃO DA

LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Art. 1.' A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do

condenado e do internado.

Art. 2." A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade

desta lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito

à jurisdição ordinária.

Art. 3.' Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4." 0 Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

TiTULO Il

DO CONDENADO E DO INTERNADO

CAPíTULO 1

DA CLASSIFICAÇÃO

Art. 5." Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6.'A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas

privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões.

Art. 7.0 A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo Diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço,

um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa da liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do Serviço Social.

Art. 8.' 0 condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos

necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

Art. 9."A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou

informações do processo, poderá:

entrevistar pessoas;

- requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;

111 - realizar outras diligências e exames necessários.

CAPíTULO 11

DA ASSISTÊNCIA

Seção 1

Disposições Gerais

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

1 - material;

11 - à saúde;

111 -jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Seção 11

Da Assistência Material

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. 0 estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de

produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Seção III

Da Assistência à Saúde

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1.0 (Vetado.)

§ 2.' Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização

da direção do estabelecimento.

Seção IV

Da Assistência Jurídica

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais.

Seção V

Da Assistência Educacional

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução esco lar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. 0 ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa.

Art. 19. 0 ensino profissional será ministrado em nível de inicia ção ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional religio

adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofere gam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada esta belecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de re clusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

Seção VI

Da Assistência Social

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social: 1 - conhecer os resultados dos diagnósticos e exames; 11 - relatar, por escrito, ao diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentados pelo assistido;

111 - acompanhar o resultado das Permissões de saídas e das saídas temporárias;

IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retomo à liberdade; VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da previdência social e do seguro por acidente no trabalho;

VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

Seção VII

Da Assistência Religiosa

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no

estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1.' No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos

§ 2.0 Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Seção VIII

Da Assistência ao Egresso

Art. 25. A assistência ao egresso consiste: na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

- na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de dois meses.

Parágrafo único. 0 prazo estabelecido no inciso 11 poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na

obtenção de emprego.

Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta lei: 1 - o liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento;

11 - o liberado condicional, durante o período de prova.

Art. 27. 0 serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

CAPiTULO III

DO TRABALHO

Seção 1

Disposições Gerais

Art. 28. 0 trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1.'Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2.0 0 trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. 0 trabalho do preso será remunerado, mediante previa tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo.

§ 1." 0 produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas

letras anteriores.

§ 2." Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em cadernetas de poupança, que será entregue ao

condenado quando posto em liberdade.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

Seção 11

Do Trabalho Interno

Art. 3 1. 0 condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

i

Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades

oferecidas pelo mercado.

§ 1.' Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§ 2.' Os maiores de sessenta anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§ 3.' Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

Art. 33. Ajornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados.

Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

Art. 34. 0 trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formaçao profissional do

condenado.

Parágrafo único. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de

sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada.

Art. 35. Os órgãos da administração direta ou indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência

pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua

falta, do estabelecimento penal.

Seção 111

Do Trabalho Externo

Art. 36. 0 trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizados por órgãos da administração direta

ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1.0 0 limite máximo do número de presos será de dez por cento do total de empregados na obra.

§ 2.0 Caberá ao órgão da administração, à entidade ou a empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3." A prestação de trabalho a entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do

cumprimento mínimo de um sexto da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver

comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

CAPfTULO IV

DOS DEVERES, DOS DIREITOS E DA DISCIPLINA

Seção 1

Dos Deveres

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

1 - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; 11 - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

111 - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal. Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o

disposto neste artigo.

Seção 11

Dos Direitos

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41. Constituem direitos do preso:

1 - alimentação suficiente e vestuário;

Il - atribuição de trabalho e sua remuneração; 111 - previdência social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

de direito;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons

costumes.

1

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser

suspensos ou restringidos do estabelecimento.

mediante ato motivado do diretor

Art. 42. Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

Art. 43. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou

dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz de execução.

Seção 111

Da Disciplina

Subseção I

Disposições gerais

Art. 44. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.

Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

§ 1.'As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.

§ 2." É vedado o emprego de cela escura.

§ 3.' São vedadas as sanções coletivas.

Art. 46. 0 condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão,

será cientificado das normas disciplinares.

Art. 47. 0 poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao juiz da execução para os fins dos arts. 118, inciso 1, 125, 127, 18 1, § § 1.0, letra d, e 2." desta lei.

Subseção II

Das faltas disciplinares

Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

1 - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

11 - fugir;

111 - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta lei.

Parágrafo único. 0 disposto neste artigo aplica-se, no que cou ao preso provisório.

tos que:

1 - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; 11 - retardar,

injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; 111 - inobservar os deveres previstos nos incisos 11 e V do art. 39 desta lei.

Art. 5 1. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direi-Art. 52. A pr

disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver falta grave e sujeit

sujeito o condenado.

prejuízo da sanção penal.

i o preso, ou condenado, à sanção disciplinar, sem Subseção III

Das sanções e das recompensas

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

1 - advertência verbal;

11 - repreensão;

111 - suspensão ou restrição de direitos (art. 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no art. 88 desta lei.

Art- 54. As sanções dos incisos 1 a 111 do artigo anterior serão aplicadas pelo diretor do estabelecimento; a do inciso IV, por conselho disciplinar, conforme

dispuser o regulamento.

Art. 55. As recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao

trabalho.

Art. 56. São recompensas:

1 - o elogio;

11 - a concessão de regalias.

Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias.

Subse~do IV

Da aplicação das sanções

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares levar-se-á em conta a pessoa do faltoso, a natureza e as circunstâncias do fato, bem como as suas conseqüências.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se.as sanções previstas nos incisos 111 e IV do art. 53 desta lei.

Art. 58. 0 isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias.

execução.

Parágrafo único. 0 isolamento será sempre comunicado ao juiz da Subseção V

Do procedimento disciplinar

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão será motivada.

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso, pelo prazo máximo de dez dias, no interesse da disciplina e da

averiguação do fato.

Parágrafo único. 0 tempo de isolamento preventivo será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

TfTULO III

DOS ORGAOS DA EXECU(~AO PENAL

CAPíTULO 1

DISPOSIÇOES GERAIS

Art. 61. São órgãos da execução penal: 1 - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; 11 - o Juízo da Execução; 111 - o Ministério Público; IV - o

Conselho Penitenciário; V - os Departamentos Penitenciários; VI - o Patronato; VII - o Conselho da Comunidade.

CAPíTULO 11

DO CONSELHO NACIONAL DE POUTICA CRIMINAL E

PENITENCIÁRIA

Art. 62. 0 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com sede na Capital da República, é subordinado ao Ministério da Justiça.

Art. 63. 0 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária será integrado por treze membros designados através de ato do Ministério da Justiça, dentre

professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social.

Parágrafo único. 0 mandato dos membros do Conselho terá duração de dois anos, renovado um terço em cada ano.

Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política CrirnÍnaI e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe: 1 - propor diretrizes da política criminal quanto a prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

11 - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária; 111 - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País;

IV - estimular e promover a pesquisa criminológica; V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor;

VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados; minal;

VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística cri VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros

meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbidas as medidas necessárias ao

seu aprimoramento;

IX - representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

CAPiTULO III

DO JUíZO DA EXECUÇÃO

Art. 65. A execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Art. 66. Compete ao juiz da execução:

1 - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

11 - declarar extinta a punibilidade;

111 - decidir sobre:

a) soma ou unificação de penas;

b) progressão ou regressão nos regimes;

c) detração e remição da pena;

d) suspensão condicional da pena;

e) livramento condicional;

f) incidentes da execução;

IV - autorizar saídas temporárias;

V - determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscali zar sua execução;

b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em priva tiva de liberdade;

reitos;

c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de di-d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

e) a revogação da medida de segurança;

f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra Comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1.' do art. 86 desta lei;

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a

apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos

desta lei;

IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade.

CAPíTULO IV

DO MINISTÉRIO PúBLICO

Art. 67. 0 Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.

Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público: 1 - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;

11 - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

d) a revogação da medida de segurança;

e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

111 - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

Parágrafo único. 0 órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

CAPíTULO V

DO CONSELHO PENITENCIARIO

Art. 69. 0 Conselho Penitenciário é órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena.

§ 1.' 0 Conselho será integrado por membros nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre professores e profissionais da

área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade.

A legislação federal e estadual regulará o seu funcionamento.

§ 2.' 0 mandato dos membros do Conselho Penitenciário terá a duração de quatro anos.

Art. 70. Incumbe ao Conselho Penitenciário:

1 - emitir parecer sobre livramento condicional, indulto e comutação de pena;

II - inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; III - apresentar, no primeiro trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício

anterior;

IV - supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos.

CAPíTULO VI

DOS DEPARTAMENTOS PENITENCIÁRIOS

Seção 1

Do Departamento Penitenciário Nacional

Art. 7 1. 0 Departamento Penitenciário Nacional, subordinado ao Ministério da

Justiça, é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e

Penitenciária.

Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional: 1 - acompanhar a fiel aplicação das normas de execuçao penal em todo o território nacional;

11 - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais;

111 - assistir tecnicamente as unidades federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta lei;

IV - colaborar com as unidades federativas, mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais; V - colaborar com as unidades federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado.

Parágrafo único. Incumbem também ao Departamento a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais.

Seção 11

Do Departamento Penitenciário Local

Art. 73. A legislação local poderá criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.

Art. 74. 0 Departamento Penitenciário local, ou órgão similar, tem por finalidade supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da unidade da Federação a

que pertencer.

Seção 111

Da Direção e do Pessoal dos Estabelecimentos Penais Art. 75. 0 ocupante do cargo de diretor de estabelecimento deverá satisfazer os seguintes requisitos:

1 - ser portador de diploma de nível superior de Direito, ou Psicologia, ou Ciências Sociais, ou Pedagogia, ou Serviços Sociais; 11 - possuir experiência administrativa na área; 111 - ter idoneidade moral e reconhecida aptidão para o desempenho da função.

Parágrafo único. 0 diretor deverá residir no estabelecimento, ou nas proximidades, e dedicará tempo integral à sua função.

Art. 76. 0 Quadro do Pessoal Penitenciário será organizado em diferentes categorias funcionais, segundo as necessidades do serviço, com especificação de

atribuições relativas às funções de direção, chefia e assessoramento do estabelecimento e às demais funções.

Art. 77. A escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes

pessoais do candidato.

§ L" 0 ingresso do pessoal penitenciário, bem como a progressao ou a ascensão funcional dependerão de cursos específicos de formação, procedendo-se à

reciclagem periódica dos servidores em exercício.

§ 2.' No estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado.

CAPíTULO VII

DO PATRONATO

Art, 78. 0 Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (art. 26).

1

Art. 79. Incumbe também ao Patronato:

1 - orientar os condenados à pena restritiva de direitos; 11 - fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço a comunidade e de limitação de fim de semana;

111 - colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

CAPíTULO VIII

DO CONSELHO DA COMUNIDADE

Art. 80. Haverá, em cada Comarca, um Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes

Sociais.

Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade:

1 - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na Comarca;

11 - entrevistar presos;

111 - apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário;

IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

TiTULO IV

DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS

CAPíTULO 1

DISPOSIÇõES GERAIS

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1.' A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

§ 2.' 0 mesmo conjunto arquitetõnico poderá abrigar estabelecimentos de destínação diversa desde que devidamente isolados.

Art. 83. 0 estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação,

trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1." Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários.

§ 2.' Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos.

Art. 84. 0 preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

0 preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

0 preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

Art. 85. 0 estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. 0 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua

natureza e peculiaridades.

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou

da União.

§ 1.' A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a quinze anos, quando a medida se justifique no interesse da

segurança pública ou do próprio condenado.

§ 2.' Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas.

CAPiTULO Il

DA PENITENCIÁRIA

Art. 87. A Penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Art. 88. 0 condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

1

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aera~

insolação e condicionamento térmico adequado à existência huma b) área mínima de seis metros quadrados.

Art. 89. Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a p tenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e pa riente e de creche com a

finalidade de assistir ao menor desampar cuja responsável esteja presa.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída em local a tado do centro urbano a distância que não restrinja a visitação.

CAPíTULO 111

DA COLÔNIA AGRíCOLA, INDUSTRIAL OU SIMILAR

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. 0 condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a do parágrafo único do art. 88 desta lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

CAPfTULO IV

DA CASA DO ALBERGADO

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. 0 prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para

cursos e palestras.

Parágrafo único. 0 estabelecimento terá instalações para os servi-

Ços de fiscalização e orientação dos condenados.

CAPíTULO V

'r~

DO CENTRO DE OBSERVA(;AO

4_

Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação.

Parágrafo único. No Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas.

Art. 97. 0 Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal.

Art. 98. Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação.

CAPíTULO VI

DO HOSPITAL DE CUSTóDIA E TRATAMENTO

PSIQUIÁTRICO

Art. 99. 0 Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do Código

Penal.

Parágrafo único. Aplica-se ao Hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único do art. 88 desta lei.

Art. 100. 0 exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.

Art. 10 1. 0 tratamento ambulatorial, previsto no art. 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.

CAPíTULO VII

DA CADEIA PúBLICA

Art. 102. A Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Art. 103. Cada Comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em

local próximo ao seu meio social e familiar.

Art. 104. 0 estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no

art. 88 e seu parágrafo único desta lei.

TíTULO V

DA EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE

CAPíTULO 1

DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Seção 1

Disposições Gerais

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de

recolhimento para a execução.

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o juiz, será remetida à autoridade administrativa

incumbida da execução e conterá:

1 - o nome do condenado;

11 - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação;

111 - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;

IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; V - a data da terminação da pena;

VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

mento.

§ 1." Ao Ministério Público se dará ciência da guia de recolhi-

§ 2.' A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução, ou ao tempo de duração da pena.

§ 3." Se o condenado, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal, far-se-á, na guia, menção dessa circunstância, para fins do

disposto no § 2.' do art. 84 desta lei.

Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

§ U' A autoridade administrativa incumbida da execução passará recibo da guia de recolhimento, para juntá-la aos autos do processo, e dará ciência dos seus termos ao condenado.

§ 2.'As guias de recolhimento serão registradas em livro especial, segundo a ordem cronológica do recebimento, e anexadas ao prontuário do condenado,

aditando-se, no curso da execução, o cálculo das remições e de outras retificações posteriores.

Art. 108. 0 condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

Art. 109. Cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do juiz, se por outro motivo não estiver preso.

Seção 11

Dos Regimes

Art. 110. 0 juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no art. 33 e

seus parágrafos do Código Penal.

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita

pelo resultado da soma ou unificação das peras, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo conderiação no curso da execução, somar-se-á pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz,

quando o preso tiver cumprido ao menos uni sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressào.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

i

Art. 114. S omente poderá ingre s s ar no regime aberto o condenado que:

1

Art. 113. 0 ingresso do condenado em regime aberto supõe a acei~ tação de seu programa e das condições impostas pelo juiz.

I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

R - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de

responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no art. 117 desta lei.

Art. 115. 0 juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

dicial;

11 - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; 111 - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização ju-IV - comparecer ajuízo, para informar e

justificar as suas atividades, quando for determinado.

Art. 116. 0 juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado,

desde que as circunstâncias assim o recomendem.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: 1 - condenado maior de setenta anos;

II - condenado acometido de doença grave;

111 - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o

condenado:

1 - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; 11 - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).

§ 1.' 0 condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a

multa cumulativamente imposta.

§ 2." Nas hipóteses do inciso 1 e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Art. 119. A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art.

36, § 1.', do

Código Penal).

Seção 111

Das Autorizações de Saída

Subseção I

Da permissão de saída

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento,

mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos: 1 - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

11 - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do art. 14).

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.

Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá duração necessária à finalidade da saída.

Subseçâo II

Da saída temporária

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta,

nos seguintes casos:

1 - visita à família;

11 - freqüência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; 111 - participação

em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da

satisfação dos seguintes requisitos:

1 - comportamento adequado;

11 - cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente;

111 - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a sete dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano.

Parágrafo único. Quando se tratar de freqüência a curso profissionalizante, de instrução de segundo grau ou superior, o tempo de saída será o necessario para o

cumprimento das atividades discentes.

Art. 125. 0 benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as

condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da

demonstração do merecimento do condenado.

Seção IV

Da Remição

Art. 126. 0 condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§ 1." A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de um dia de pena por três de trabalho.

§ 2." 0 preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 3." A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

Art. 127. 0 condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Art. 128. 0 tempo remido será computado para a concessão de livramento condicional e indulto.

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao Juízo da Execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando e dos

dias de trabalho de cada um deles.

599

Parágrafo único. Ao condenado dar-se-á relação de seus dias remidos.

Art. 130. Constitui o crime do art. 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição.

Seção V

Do Livramento Condicional

Art. 13 1. 0 livramento condicional poderá ser concedido pelo juiz da execução, presentes os requisitos do art. 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal,

ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário, Art. 132. Deferido o pedido, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1.' Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;

b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; c) não mudar do território da Comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste.

§ 2." Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; b) recolher-se à habitação em hora fixada;

c) não freqüentar determinados lugares.

Art. 133. Se for permitido ao liberado residir fora da Comarca do Juízo da Execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao juízo do lugar para onde

ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção.

Art. 134. 0 liberado será advertido da obrigação de apresentar-se imediatamente às autoridades referidas no artigo anterior.

Art. 135. Reformada a sentença denegatória do livramento, os autos baixarão ao Juízo da Execução, para as providências cabíveis.

Art. 136. Concedido o benefício, será expedida a carta de livramento com a cópia integral da sentença em duas vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário.

Art. 137. A cerimônia do livramento condicional será realizada solenemente no dia marcado pelo presidente do Conselho Penitenciário, no estabelecimento onde

está sendo cumprida a pena, observandose o seguinte: 1 - a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na

falta, pelo juiz;

II - a autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento;

111 - o liberando declarará se aceita as condições.

§ 1.' De tudo, em livro próprio, será lavrado termo subscrito por quem presidir a cerimônia e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não souber ou não puder

escrever.

§ 2.' Cópia desse termo deverá ser remetida ao juiz da execução.

Art. 138. Ao sair o liberado do estabelecimento penal, ser-lhe-á entregue, além do saldo de seu pecúlio e do que lhe pertencer, uma caderneta, que exibirá à

autoridade judiciária ou administrativa, sempre que lhe for exigida.

§ 1." A caderneta conterá:

a) a identificação do liberado;

b) o texto impresso do presente Capítulo;

c) as condições impostas.

§ 2.' Na falta de caderneta, será entregue ao liberado um salvoconduto, em que constem as condições do livramento, podendo substituir-se a ficha de identificação

ou o seu retrato pela descrição dos sinais que possam identificá-lo.

§ 3.0 Na caderneta e no salvo-conduto deverá haver espaço para consignar-se o cumprimento das condições referidas no art. 132 desta lei.

Art. 139. A observação cautelar e a proteção realizadas por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade terão a finalidade de:

1 - fazer observar o cumprimento das condições especificadas na sentença concessiva do benefício;

11 - proteger o beneficiário, orientando-o na execução de suas obrigações e auxiliando-o na obtenção de atividade laborativa.

Parágrafo único. A entidade encarregada da observação cautelar e da proteção do liberado apresentará relatório ao Conselho Penitenciário, para efeito da

representação prevista nos arts. 143 e 144 desta lei.

Art. 140. A revogação do livramento condicional dar-se-á nas hipóteses previstas nos arts. 86 e 87 do Código Penal.

Parágrafo único. Mantido o livramento condicional, na hipótese da revogação facultativa, o juiz deverá advertir o liberado ou agravar as condições.

Art. 141. Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de

prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas.

Art. 142. No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à

mesma pena, novo livramento.

Art. 143. A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou de ofício, pelo juiz, ouvido o

liberado.

Art. 144. 0 juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as

condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inciso 1 do art. 137

desta lei, observado o disposto nos incisos II e 111 e §§ 1.' e 2.' do mesmo artigo.

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo

o curso do livramento condicional, cuj a revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Art. 146. 0 juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena

privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação.

CAPiTULO Il

DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Seção 1

Disposições Gerais

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Art. 148. Em qualquer fase da execução, poderá o juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de

limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou

estatal.

Seção 11

Da Prestação de Serviços à Comunidade

Art. 149. Caberá ao juiz da execução:

1 - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; 11 - determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;

111 - alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

§ U' 0 trabalho terá a duração de oito horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar

ajornada

normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo juiz.

§ 2.'A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

Art. 150. A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do

condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar.

Seção 111

Da Limitação de Fim de Semana

Art. 151. Caberá ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena.

Parágrafo único. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

I

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Art. 153. 0 estabelecimento designado encaminhará, mensalmente, ao juiz da execução, relatório, bem assim comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta

disciplinar do condenado.

Seção IV

Da Interdição Temporária de Direitos

Art- 154. Caberá ao juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinada a intimação do condenado.

§ 1." Na hipótese de pena de interdição do art. 47, inciso I, do Código Penal, a autoridade deverá, em vinte e quatro horas, contadas do recebimento do ofício,

baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início.

§ 2.' Nas hipóteses do art. 47, incisos 11 e 111, do Código Penal, o Juízo da Execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do

direito interditado.

Art. 155. A autoridade deverá comunicar imediatamente ao juiz da execução o descumprimento da pena.

Parágrafo único. A comunicação prevista neste artigo poderá ser feita por qualquer prejudicado.

CAPiTULO III

DA SUSPENSÃO CONDICIONAL

Art. 156. 0 juiz poderá suspender, pelo período de dois a quatro anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, na forma prevista nos

arts. 77 a 82 do Código Penal.

Art. 157. 0 juiz ou Tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada no artigo anterior, deverá pronunciar-se,

motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue.

Art. 158. Concedida a suspensão, o juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo fixado, começando este a correr da audiência

prevista no art. 160 desta lei.

§ 1.'As condições serão adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, devendo ser incluída entre as mesmas a de prestar serviços à comunidade, ou limitação de fim de semana, salvo hipótese do art. 78, §

1% do Código Penal.

§ 2.' 0 juiz poderá, a qualquer tempo, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do Conselho Penitenciário, modificar as condições e

regras estabelecidas na sentença, ouvido o condenado.

§ 3.' A fiscalização do cumprimento das condições, regulada nos Estados, Territórios e Distrito Federal por normas supletivas, será atribuída a serviço social

penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério

Público, ou ambos, devendo o juiz da execução suprir, por ato, a falta das normas supletivas.

§ 4.' 0 beneficiário, ao comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para

comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicará, também,

a sua ocupação e os salários ou proventos de que vive.

§ 5.'A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do

benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições.

§ 6.' Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais o primeiro deverá

apresentar-se imediatamente.

Art. 159. Quando a suspensão condicional da pena for concedida por Tribunal, a este caberá estabelecer as condições do benefício.

§ 1.' De igual modo proceder-se-á quando o Tribunal modificar as condições estabelecidas na sentença recorrida.

§ 2.' 0 Tribunal, ao conceder a suspensão condicional da pena, poderá, todavia, conferir ao Juízo da Execução a incumbência de estabelecer as condições do

benefício, e, em qualquer caso, a de realizar a audiência admonitória.

Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das conseqüências de nova infração penal e do

descumprimento das condições impostas.

Art. 161. Se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de vinte dias, o réu não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará

sem efeito e será executada imediatamente a pena.

Art. 162. A revogação da suspensão condicional da pena e a prorrogação do período de prova dar-se-ão na forma do art. 81 e respectivos parágrafos do Código

Penal.

Art. 163. A sentença condenatória será registrada, com a nota de suspensão, em livro especial do juízo a que couber a execução da pena.

§ 1.' Revogada a suspensão ou extinta a pena, será o fato averbado à margem do registro.

§ 2.' 0 registro e a averbação serão sigilosos, salvo para efeito de informações requisitadas por órgão judiciário ou pelo Ministério Público, para instruir processo

penal.

CAPiTULO IV

DA PENA DE MULTA

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos

apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

§ 1.' Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir

a execução.

§ 2.'A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil.

Art. 165. Se a penhora recair em bem imóvel, os autos apartados serão remetidos ao juízo cível para prosseguimento.

Art. 166. Recaindo a penhora em outros bens, dar-se-á prosseguimento nos termos do § 2.' do art. 164 desta lei.

Art. 167. A execução da pena de multa sera suspensa quando sobrevier ao condenado doença mental (art. 52 do Código Penal).

Art. 168. 0 juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do art. 50, § 1.',

do Código Penal, observando-se o seguinte:

1 - o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo o de um décimo;

11 - o desconto será feito mediante ordem do juiz a quem de direito; 111 - o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia

fixado pelo juiz, a importância determinada.

Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o art. 164 desta lei, poderá o condenado requerer ao juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e

sucessivas.

§ 1.' 0 juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número

de prestações.

§ 2.' Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, revogará o benefício

executando-se a multa, na forma prevista neste Capítulo, ou prosseguindo-se na execução Já iniciada.

Art. 170. Quando a pena de multa for aplicada cumulativamente com pena privativa da liberdade, enquanto esta estiver sendo executada, poderá aquela ser

cobrada mediante desconto na remuneração do condenado (art. 168).

§ 1." Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á a cobrança nos termos deste

Capítulo.

§ 2." Aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior aos casos em que for concedida a suspensão condicional da pena.

TíTULO VI

DA EXECUÇAO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

CAPíTULO 1

DISPOSIÇOES GERAIS

Art. 17 1. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

Art. 172. Ninguém será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de

segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

Art. 173. A guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a subscreverá com o juiz, será

remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: 1 - a qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação;

11 - o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado; 111 - a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial;

IV - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internamento.

§ 1.0 Ao Ministério Público será dada ciência da guia de recolhimento e de sujeição a tratamento.

§ 2.'A guia será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao prazo de execução. .

Art. 174. Aplicar-se-á, na execução da medida de segurança, naquilo que couber, o disposto nos arts. 8.' e 9.0 desta lei.

CAPiTULO Il

DA CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE

tiver;

V - o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de

segurança;

VI - ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o juiz proferirá a sua decisào, no prazo de cinco dias.

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessa-Art. 175. A cessação da periculosidade sera averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do

agente, observando-se o seguinte:

1 - a autoridade administrativa, até um mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao juiz minucioso relatório que o habilite a resolver

sobre a revogação ou permanência da medida;

11 - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico; III - juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de três dias

para cada um;

IV - o juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o do, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

Art. 177. Nos exames sucessivos para verificar-se a cessaçao da periculosidade, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto no artigo anterior.

Art. 178. Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (art. 97, § 3.', do Código Penal), aplicar-se-á o disposto nos arts. 132 e 133 desta lei.

Art. 179. Transitada em julgado a sentença, o juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação.

TíTULO VII

DOS INCIDENTES DE EXECUÇÃO

CAPíTULO 1

DAS CONVERSõES

Art. 180. A pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que: 1 - o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; 11 - tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena; 111 - os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.

Art. 18 1. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1.'A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;

b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;

c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi Imposto;

d) praticar falta grave;

e) sofrer condenação por outro crime a pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

§ 2.OA pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena,

recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras a, d e e do parágrafo anterior.

§ 3.' A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das

hipóteses das letras a e e do § 1." deste artigo.

Art. 182. (Revogado pela Lei ri. 9.268, de L'-4-1996).

Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a

requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

Art. 184. 0 tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida.

Parágrafo único. Nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de um ano.

CAPiTULO Il

DO EXCESSO OU DESVIO

Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que al gum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Art. 186. Podem suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução:

1 - o Ministério Público;

11 - o Conselho Penitenciário;

111 - o sentenciado;

TV - qualquer dos demais órgãos da execução penal.

CANTULO III

DA ANISTIA E DO INDULTO

Art. 187. Concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade.

Art. 188. 0 indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade

administrativa.

Art. 189. A petição do indulto, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário, para a elaboração de parecer e posterior

encaminhamento ao Ministério da Justiça.

Art. 190. 0 Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo e do prontuário, promoverá as diligências que entender necessárias e fará, em relatório, a

narração do ilícito penal e dos fundamentos da sentença condenatória, a exposição dos antecedentes do condenado e do procedimento deste depois da prisão, emitindo

seu parecer sobre o mérito do pedido e esclarecendo qualquer formalidade ou circunstâncias omitidas na petição.

Art. 191. Processada no Ministério da Justiça com documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição será submetida a despacho do Presidente da

República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar.

Art. 192. Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de

comutação.

Art. 193. Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do

Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior.

TíTULO VIII

DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

Art. 194. 0 procedimento correspondente às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução.

Art. 195. 0 procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em três dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem Como requerentes da medida.

1

§ 1.' Sendo desnecessária a produção de prova, o juiz decidirá de plano, em igual prazo.

§ 2.' Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.

Art. 197. Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

TíTULO IX

DAS DISPOSIÇõES FINAIS E TRANSITORIAS

deral.

Art. 198. É defesa ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos

estabelecimentos, bem como exponha o preso a inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena.

Art. 199. 0 emprego de algemas será disciplinado por decreto fe-Art. 200. 0

condenado por crime político não está obrigado ao trabalho.

Art. 201. Na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil e da prisão administrativa se efetivará em seçao especial da Cadeia Pública.

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça,

qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Art. 203. No prazo de seis meses, a contar da publicação desta lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos

dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1.' Dentro do mesmo prazo deverão as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de

estabelecimentos e serviços penais previstos nesta lei.

§ 2." Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

§ 3." 0 prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

§ 4.' 0 descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e

medidas de segurança.

Art. 204. Esta lei entra em vigor concomitantemente. com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, revogadas as disposições em contrário, especialmente

a Lei n. 3.274, de 2 de outubro de 1957.

Brasília, em 11 de julho de 1984; 163.' da Independência e 96.' da República.

Jako FIGUEIREDO

Ibrahim Abi-Ackel

APENDICE

1

Portaria n. 26, de 14 de agosto de 1990 *

Dispõe sobre a transmissão das cartas rogatórias.

0 Chefe do Departamento Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e o Secretário Nacional dos Direitos da Cidadania e Justiça do Ministério da

Justiça, no uso de suas atribuições legais:

Considerando o disposto no art. 102, 1, h, da Constituição, combinado com os arts. 210 a 212 do Código de Processo Civil; 783 a 786 do Código de Processo

Penal; 225 a 229 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem assim com as Convenções, Tratados e Acordos Internacionais firmados pela República

Federativa do Brasil com Países estrangeiros, sobre comunicação de Cartas Rogatórias;

Considerando os inúmeros procedimentos indispensáveis à instrução dos feitos, referentes a Cartas Rogatórias encaminhadas ao Ministério da Justiça, com vistas

à remessa ao Ministério das Relações Exteriores, para, via diplomática, serem transmitidas aos Juízes Rogados;

Considerando a necessidade de se abreviar a forinalização das Cartas Rogatórias para sua transmissão ao Ministério das Relações Exteriores, a fim de serem

cumpridas nos Países destinatários;

Considerando a urgência de evitar-se que o Ministério das Relações Exteriores restitua as Cartas Rogatórias ao Ministério da Justiça, por falta de elementos

essenciais e, conseqüentemente, que as mesmas sejam devolvidas aos Juízes

Rogantes, solicitando os dados básicos à

*DOU de 16-8-1990, p. 15523-4.

I MF>

efetivação das medidas judiciais no Juízo Rogado, resolvem determinar a divulgação da seguinte lista de condições que possibilitarão, sem maiores delongas, a

transmissão, via diplomática, das Cartas Rogatórias aos Países destinatários:

1 - original e uma cópia, em português, da Carta Rogatória e dos documentos julgados indispensáveis pelo Juízo Rogante; 2 - original e uma cópia da tradução da Carta Rogatória e dos documentos julgados indispensáveis pelo Juízo Rogante, para o vernáculo do País Rogado;

3 - original e uma cópia da denúncia em português; 4 - original e uma cópia da tradução e da denúncia, para o vernáculo do País destinatário;

5 - nome e endereço completos da pessoa a ser citada, notificada, intimada ou inquirida no Juízo Rogado;

6 - nome e endereço completos da pessoa responsável, no destino, pelo pagamento das despesas processuais, decorrentes do cumprimento da Carta Rogatória no

País destinatário;

7 - designação de audiência com antecedência mínima de 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar da expedição da Carta Rogatória, pelo Juízo Rogante;

8 - nas Cartas Rogatórias para inquirição é indispensável que as perguntas sejam formuladas pelo Juízo Rogante - original em português, com uma cópia, e

tradução para o vernáculo do País Rogado, com uma cópia; 9 - indicação na Carta Rogatória de que o interessado é beneficiário da Justiça Gratuita, quando for o caso;

10 - nas Cartas Rogatórias para cumprimento nos Estados Unidos da América devem ser observadas as seguintes condições e demais indicações emanadas do

Departamento de Estado Norte-Americano:

a) devem ser fornecidos nome e endereço completos do destinatário da comunicação judicial;

b) não existe gratuidade;

c) a assistência de profissional apressa a execução das Cartas Rogatórias, embora não constitua pre-requisito; d) não é exigida a autenticação consular no País Rogante; e) nos casos de tomada de depoimento, é indispensável a formulação de quesitos pelo Juízo Rogante;

1

1

J) somente serão aceitas para cumprimento as Cartas Rogatórias expedidas por órgão do Poder Judiciário;

g) não aceita Cartas Rogatórias referentes a medidas executórias; penhora; seqüestro; busca e apreensão; averbação; prisão - que deve ser feita pelo procedimento

próprio - pedido de extradição;

h) a homologação de sentença estrangeira depende da legislação do Estado; i) nas citatórias: cheque de US$ 15.00 (quinze dólares) para cada uma das pessoas a ser citada, em favor de "Treasure of the United States", expedido pela Seção

de Câmbio de estabelecimento bancário, nacional ou estrangeiro sediado no Brasil, cujo prazo de validade é de dois meses - caso ultrapasse tal tempo deverá ser

renovado;

j) nas interrogatórias: cheque de US$ 100.00 (cem dólares), em favor de

"Brazilian Embassy", expedido pela Seção de Câmbio de estabelecimento bancario,

nacional ou estrangeiro sediado no Brasil, cujo prazo de validade é de dois meses - caso ultrapasse tal período deverá ser renovado; como caução das custas -

adianta-se que a diferença entre os US$ 100.00 e as custas reais serão devolvidas ou cobradas a posteriori, conforme o caso; k) as custas, nas Cartas Rogatórias expedidas em processos movidos pelo Ministério Público, serão pagas pela Embaixada do Brasil em Washington (Verba de

Manutenção de Chancelaria);

1) nas Cartas Rogatórias Citatórias com data certa, a apresentação ao Departamento de Estado Norte-Americano só é aceita com pelo menos 45

(quarenta e cinco)

dias de antecedência à data de audiência. Para maior segurança é recomendável que a audiência seja designada com antecedência de 240

(duzentos e quarenta) dias;

m) nas interrogatórias, os quesitos deverão ser formulados pelo Juízo Rogante brasileiro e constar do traslado em português e da tradução para o inglês;

n) em caso de citação, o Departamento de Estado Norte-Americano condiciona a transmissão das Cartas Rogatórias à concessào, a pessoa a ser citada, pelo Juízo

Rogante, do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para contestação, a contar do recebimento da comunicação judicial. Essa exigência não conflita, na prática, com os

prazos estabelecidos pela lei brasileira, já que estes últimos só começam a ser contados a partir da data em que se juntar a Carta Rogatória cumprida aos autos de

origem;

o) indispensáveis 2 (dois) traslados originais da Carta Rogatória, incluindo a petição inicial e demais documentos julgados necessários pelo Juízo Rogante, em

português;

p) indispensáveis 2 (dois) traslados originais da tradução, por tradutorjuramentado, de todos os documentos integrantes da Carta Rogatória;

q) necessárias 2 (duas) cópias dos traslados em português; e r) necessárias 2 (duas) cópias dos traslados da tradução para o inglês.

11 - os pedidos de busca e apreensão de veículos no Paraguai obedecem ao Decreto n. 97.560, de 8 de março de 1989, in Diário Oficial da União de 9

seguinte,

Seção 1, que promulgou o Acordo firmado pelo Brasil e pelo Paraguai sobre veículos roubados ou furtados, aprovado pelo Decreto Legislativo ri. 73, de 2 de

dezembro de 1988, pelo qual, após os trâmites legais, o Consulado-Geral do Brasil em Assunção é instruído a gestionar, junto à Alfândega paraguaia, a apreensão e a

restituição do veículo descrito;

12 - a prestação de Alimentos no Estrangeiro e regida pela Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 10, de 195 8, e promulgada pelo Decreto n. 56.826,

de 2 de setembro de 1965, in Diário Oficial da União de 8 seguinte, sendo a Procuradoria-Geral da República a Autoridade Remetente e Instituição Intermediária;

13 - todo pedido de auxílio judiciário em matéria penal endereçado à Suíça, consoante indicações do Departamento Federal da Justiça e Polícia da Confederação

Suíça, deve respeitar as condições e conter as indicações seguintes: 13.1 - Base legal:

a) Convenção européia de auxilio judiciário em matéria penal de 20 de abril de 1959 / outro Acordo contendo as disposições sobre auxílio judiciário; ou

b) Tratado bilateral; ou

c) Declaração / acordo de reciprocidade.

13.2 -Autoridade requerente:

a) designar a autoridade encarregada do inquérito ou da investigação penal; e

b) indicar o órgão / a autoridade penal competente de onde se originou o pedido.

13.3 - Objeto do requerimento:

1 1

1

~71

a) inquérito ou procedimento penal iniciado perante uma autoridade judiciária; ou

b) inquérito preliminar de uma autoridade encarregada da instrução das infrações dentro da medida ou se é possível fazer apelação ao juiz penal no curso do

procedimento estrangeiro.

13.4 - Pessoas demandadas / culpadas:

a) indicar, também, precisamente, de forma que possibilite a identificação da pessoa demandada 1 culpada (nome, prenome, nacionalidade, data e lugar de

nascimento, profissão, endereço etc.).

13.5 - Exposição dos fatos e qualificação jurídica: a) descrever os fatos essenciais, indicando o lugar, a data e a maneira pela qual a infração foi cometida. Quando o estado dos fatos for complexo ou se aconteceu

em co-autoria, um resumo dos fatos principais; e b) indicar a qualificação jurídica dos fatos (assassinato, roubo, estelionato etc.).

13.6 - Motivo do requerimento:

a) demonstrar a relação do processo estrangeiro com as medidas solicitadas;

b) indicar, de forma precisa, as provas requeridas e as diligências solicitadas (bloqueio da conta X junto ao banco Y, penhora / remessa dos documentos XY-,

oitiva da testemunha Z etc.);

c) no caso de inquirir pessoas, elaborar um questionário; d) em caso de investigação, de busca, de penhora e de remessa, juntar um atestado da legalidade das medidas no Estado requerente (não se aplica aos Estados

com os quais não existe acordo de auxilio judiciário em matéria penal).

13.7 -Aplicação do direito processual estrangeiro para a execução (exceção):

a) mencionar a razão de se aplicar o dispositivo legal estrangeiro para a execução; e

b) reproduzir o dispositivo legal em questão.

13.8 - Presença de pessoas participantes ao procedimento desde a execução (exceção):

a) justificar a presença da pessoa desde a execução; b) descrever de maneira precisa a identidade e a função da pessoa.

13.9 - Forma do requerimento:

a) escrito;

b) a legalização dos documentos oficiais não é necessária.

13. 10 - Língua / tradução:

a) redigir o requerimento na língua alemã, francesa ou italiana; ou b) juntar uma

tradução em uma destas três línguas oficiais.

13.11 - Forma de remessa:

a) por via diplomática ao "Office Fédéral de La Police du Département de Justice et Police à Berne", a não ser que uma outra forma de remessa seja conveniente (por intermédio do Ministro da Jus tiça ou por correspondência direta com a autoridade requerida); b) em caso de urgência por intermédio da INTERPOL; o requeri mento deve, então, ser confirmado, encaminhando o original pela via ordinária ao "Office Fédéral de La Police".

Fernando Fontoura

Carlos Eduardo de Araújo Lima

DCJ/MRE

SNDCJIMJ

(Of. n. 160/90)

Bibliograraria

A. GALATI. Divieto di deporre e falsa testimonianza. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, jan./man 1970, p. 407.

A. GHIARA. Presunzione di innocenza. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, jan./mar. 1974, p. 220.

Ada Pellegrini GRINOVER. As condições da ação penal. Bushatsky, 1977.

. 0 processo em sua unidade. Saraiva, 1978.

Adherbal Orlando Girolamo de BARROS. A investigação criminosa da prova.

Justitia, 97117.

. Fins do processo penal e os princípios da verdade real e o do nulla poena sine juditio. Justitia, 82/147.

Alcides de MENDONÇA LIMA. 0 STF e os habeas corpus. Jurispenal do STF, 30/27.

Aldo Almeida PRADO DE MAGALHAES. Apuração do crime falimentar. Justitia, 71157.

Alfredo BUZAID. Do agravo de petição. Saraiva, 1956.

Alfredo DE MARSICO. Diritto processuale penale. Napoli, 1966.

Alípio SILVEIRA. 0 tratamento penal em liberdade (probation) do direito francês. Justitia, 74/9 1.

Aloysio de CARVALHO FILHO. Comentários ao Código Penal. Forense, 1955. v.

4.

André VITU. Procédure pénale. Paris, PUF, 1957.

Ambal BRUNO. Direito penal. Rio de Janeiro, Ed. Nacional, 1956. t. 1 e 3.

Antônio Carlos de ARAúJO CINTRA, Cândido Rangel DINAMARCO & Ada Pellegrini GRINOVER. Teoria geral do processo. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1979.

Antônio de SAMPAIO DóRIA. Direito constitucional. São Paulo, Max Limonad, 1960.

Antônio Evaristo de MORAES FILHO. A prisão cautelar na lei de segurança nacional: um atentado à liberdade. RT. 540/259.

Antônio Luiz da CAMARA LEAL. Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro. Freitas Bastos, 1942.

Antônio MACEDO DE CAMPOS. "Habeas corpus". Jalovi, 1982.

Antônio Raphael da SILVA SALVADOR. Ministério Público: defensor do interesse público e não representante da parte. Justitia, 931165.

Arion Sayon ROMITA. Atuação do Ministério Público no processo de falência e concordata. Justitia, 89133.

. Recurso de ofício em processo por crime contra a saúde pública.

Justitia,

831123.

Arthur COGAN. 0 perdão judicial. Justitia, 841231.

Ary A. FRANCO. Código de Processo Penal. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

Athos TESCAROLLO. Descrição de pessoas e retrato falado. Justitia, 84/137.

Basileu GARCIA. Preservação da liberdade no anteprojeto do Código Penal.

Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 9135.

Instituições de direito penal. Max Limonad, 1956.

0 advogado no inquérito policial. RT, 30217.

Benedito Silvério RIBEIRO. Identificação dactiloscópica é obrigatória ou facultativa para quem já é identificado civilmente? RT, 4991269.

Benjamin MORAES. Crimes eleitorais. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 4177.

BENTO DE FARIA. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Ed. J. Ribe~ro dos Santos, 1942.

C. J. A. MITTERMAIER. Tratado da prova em matéria criminal. Rio de Janeiro, 1879.

Cândido Rangel DINAMARCO. Reflexões sobre direito e processo. Justitia, 71/201.

Carlos A. AYARRAGARAY. Crítica do testemunho. Trad. Deraldo de Souza.

Bahia, Progresso, 1950.

Celso DELMANTO. Código Penal. Saraiva, 1980.

Christiano José de ANDRADE. Dos indícios no processo penal. Justitia, 72/87.

Darcy Arruda MIRANDA. Comentários à Lei de Imprensa. Revista dos Tribunais, 1969.

D. Evangelista de JESUS. Reincidência e primariedade em face do sursis.

Justitia, 891313.

Questões criminais. Saraiva, 1981.

Eficácia temporal da condenação anterior. Justitia, 821109.

Prescrição retroativa. Jurispenal do STF, 23123.

A prescrição retroativa no futuro Código Penal. Justitia, 91/23.

Direito penal. Saraiva, 1980.

Código de Processo Penal anotado. Saraiva, 1980.

Decisões anotadas do STF Saraiva, 1980.

Dínio de Santis GARCIA. Diretrizes da reforma do processo penal. RT, 432/265.

Donnedieu de VABRES. Traité de droit criminel et législation pénale comparée. Paris. Sirey, 1947.

E. AMODIO. Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.

2/73, p. 310.

Eberhard SC14MIDT. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Trad. J. M. Nufiez. Buenos Aires, Ed.

Bibliográfica Argentina, 1957.

Edgard MAGALHAES NORONHA. Curso de direito processual penal. Saraiva, 1978.

Edinund MEZGER. Derecho penal. Trad. 6. ed. Conrado A. Finzi. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

Eduardo ESPNOLA FILHO. Código de Processo Penal brasileiro anotado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

Eduardo J. COUTURE. Fundamentos del derecho procesal civil. 3. ed. Buenos Aires, Depalma, 1972.

. Introdução ao estudo do processo civil. 3. ed. Trad. Mozart Vitor Russomano.

Rio de Janeiro, Konfino, 1951.

Eduardo MASSARI. Il processo penale. Napoli, 1931.

Eduardo Muylaert ANTUNES. Natureza jurídica da declaragáo universal dos direitos humanos. Justitia, 831171.

Eliézer ROSA. Dicionário de Processo Penal. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975.

Eloy Parraga VILLAMARIN. Lecciones de derecho procesal penal. Maracaibo, Imprenta del Estado, 1964.

Emilio Gomez ORBANEJA & Vicente Hace QUEMADA. Derecho procesal penal.

Madri d, Artes Gráficas Ed., 1975.

Enrico REDENTI. Diritto processuale civile. Milano, Giuffrè, 1949.

Enrique Jimenez ASENJO. Derecho procesal penal. Madrid, Revista de Derecho Privado, s.d.

Ernst BELING. Derecho procesal penal. Trad. Miguel Fenech. Madrid, Labor, 1945.

Eugenio FLORIAN. Elementos de derecho procesal penal. Trad. Prieto Castro. BarceIona, Bosch, s.d.

F. A. de MIRANDA ROSA. Patologia social. Rio de Janeiro, Zahar, 1973.

Fábio FANUCCHI. Da prescrigáo e da decadéncia. Justitia, 89/97.

Fernando CAPEZ. Curso de processo penal. 2. ed. Sáo Paulo, Saraiva, 1998.

Fernando da Costa TOURINHO FILHO. Aditamento á queixa. Jurispenal do STF, 35/ 23 e Ajuris, 21/226.

Francesco ANTOLISEI. Manual de derecho penal. Trad. Juan del Rosal y Angel Tório. Buenos Aires, Uteha, 1960.

Francesco CARNELUTTI. Lecciones sobre elprocesopenal. Trad. Santiago S.

Melendo. Buenos Aires, Bosch, 1950.

. Sistema del derecho procesal civil. Trad. Alcalá-Zamora e Santiago S.

Melendo. Argentina, Utelia, 1944.

Franco CORDERO. Procedura penale. Giuffrè, 1971.

G. Brière DE L'ISLE & Paul COGNIARD. Procédure pénale. Paris, Ed. A.

Colin, 197 1.

G. ILLUMINATI. Osservazioni in tema di libertà provvisoria. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 2173, p. 603.

G. LOZZI. La comunicazione giudiziaria all'indiziato e all'imputato.

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 2/73, p. 363.

Gaetano FOSCHINI. Sistema del diritto processuale penale. Milano, Giuffrè, 1968

Galdino SIQUEIRA. Curso de processo criminal. 2. ed. São Paulo, Ed.

Magalhães, 1930.

Geraldo Batista de SIQUEIRA. Processo cautelar: atividade recursal.

Justitia, 95/201.

. Ministério Público; legitimidade, denúncia inepta, inépcia substancial, co-autoria. Justitia, 97/185.

. Ministério Público; opinio delicti, conseqüência vinculatória.

Jurispenal do STF, 25/23.

Ação penal: aspectos da atividade acusatória. RT, 534/291.

& Henrique BARBACENA NETO. Estupro, atentado violento ao pudor e rapto: crimes complexos? Jurispenal do STF, 35/7.

Geraldo GOMES. Os alucinógenos e o direito; LSD. São Paulo, Juriscrédi, 1972.

Gian Domenico PISAPIA. Primi lineamenti del nuovo processo penale.

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Giuffrè, fasc. 3, jul./set. 1975.

Gil de ALMEIDA. Da prescrição retroativa. Considerações preliminares. A Súmula 146. Comprometimento da repressão penal. Indivisibilidade da sentença. Justitia, 70/55.

Gilberto PASSOS DE FREITAS. Da competência em matéria de falso. RT, 5391255

Giovanni BRICHETTI. La evidencia en el derecho procesal penal. Trad.

Santiago S. Melendo. Buenos Aires, 1973.

Giovanni LEONE. Trattato di diritto processuale penale. Napoli, Jovene, 1961.

Giuglio BATTAGLINI. Direito penal. Trad. Paulo José da Costa Jr. & Ada Pellegrini Grinover. Saraiva, 1964.

Giuseppe BETTIOL. Instituições de direito e processo penal. Trad. Miguel da Costa Trindade. Coimbra Ed., 1974.

Giuseppe CHIOVENDA. Instituições de direito processual civil. Trad. J. J.

Menegale. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1965.

Giuseppe MAGGIORE. Derecho penal. Trad. J. J. Ortega Torres. Bogotá, Ed.

Temis, 1954.

Giuseppe SABATINI. Principii costituzionali del processo penale. Napoli, Jovene, 1976.

Guillermo Colin SANCHES. Derecho mexicano. México, Porrúa, 1970.

Heinrich KRANZ. El narcoanalisis. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1951.

Heleno C. FRAGOSO. Notas sobre a prova no processo penal. Revista de Direito Penal, 23/23.

Hélio B. TORNAGHI. A relação processual penal. Rio de Janeiro, Ed. J.

Ribeiro dos Santos, s.d.

Curso de processo penal. Saraiva, 1980.

Instituições de processo penal. Forense, 1959.

Comentários ao Código de Processo Penal. Forense, 1956. v. 1, t. 1 e 2.

Hélio Pereira BICUDO. 0 art. 29 do CPP em face do disposto no art. 141, §

37, da Constituição Federal (de 1946). RT, 224120.

Inocêncio BORGES DA ROSA. Processo penal brasileiro. Porto Alegre, Globo, 1942.

João Lopes GUIMARAES. A posição do Ministério Público na fase pré-

processual e o projeto do Código de Processo Penal. Justitia, 9219.

João Marcelo de ARAúJO JR. Delitos de trânsito. Forense, 1981.

João Mendes de ALMEIDA JR. 0 processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1911.

João Milanez da CUNHA LIMA. Humanização da investigação criminal.

Justitia, 93/ 137.

Joaquim Canuto MENDES DE ALMEIDA. Princípios fundamentais do processo penal. Revista dos Tribunais, 1973.

Jorge Alberto ROMEIRO. Da ação penal. Rio de Janeiro, Forense. 1. ed.

1949; 2. ed. 1978.

José Antônio de ANDRADE GóES. Da intervenção do Ministério Público e defesa no interrogatório do acusado. Justitia, 83/131.

José Antônio PIMENTA BUENO. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1922.

José Carlos G. XAVIER DE AQUINO. A prova testemunhal no processo penal brasileiro. 2. ed. Saraiva, 1994.

José Celso de MELLO FILHO. A tutela judicial da liberdade. Justitia, 105/35.

José FREDERICO MARQUES. Curso de direito penal. Saraiva, 1956.

. Apontamentos sobre o processo brasileiro, de José Antônio Pimenta Bueno. Revista dos Tribunais, 1959 (ed. atual.).

Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

Elementos de direito processual penal. Forense, 1961.

José Luiz de ALMEIDA. Do interrogatório. Justitia, 74/55.

. Da condução coercitiva. Justitia, 971133.

José Roberto BARAUNA. Lições de processo penal. Bushatsky, 1978.

José Salgado MARTINS. Direito penal. Saraiva, 1974.

Juan José Gonzales BUSTAMANTE. Principios de derecho procesal penal mexicano. México, Porrúa, 1971.

Júlio E MIRABETE. Processo penal. Atlas.

Jürgen THORWALD. As marcas de Caim. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho.

Civilização Brasileira, 1968.

Justino Magno ARAúJO. 0 Poder Judiciário brasileiro a partir da Independência.

Justitia, 811259.

Kleber de MENEZES DóRIA. Finalidade da pena privativa de liberdade.

Justitia, 891 173.

Lionel R. C. HAWARD. Alguns aspectos psicológicos da prova testemunhal.

Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 5117.

Luciano Marques LEITE. 0 sistema acusatório no anteprojeto de Código de Processo Penal. RT 464/289.

. 0 conceito de lide no processo penal; um tema de teoria geral do processo, Justitia, 701181.

Luigi LUCCHINI. Elenienti di procedura penale. Giuffrè, 1921.

Luiz Dória FURQUIN. Da analogia entre a denúncia e a portaria no processo sumário das contravenções. Justitia, 87191.

. 0 Ministério Público e a ação penal privada subsidiária. Justitia, 88/257.

Luiz Roberto Pimenta PEREIRA DE MELLO. Um estudo sobre a revelia no processo do júri. Justitia, 1031143.

M. 1. GARCIA-VELASCO. Curso de derecho procesal penal. Ed. Universidad de Madrid, 1969.

M. SPASARI. Appunti sulla discrezionalità del giudice penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 1, 1976.

M. VIARO. Riflessioni sui valori della prova. Rivista di Diritto e Procedura Penale, fase. 314, 1972, p. 582.

Manoel Messias BARBOSA. A imprudência nos delitos de automóvel. Jalovi, 1979.

Marcelo Fortes BARBOSA. Condições objetivas de punibilidade. Justitia, 851273.

Ensaio sobre a ação penal. Justitia, 92197.

A prescrição retroativa com base na Súmula 146 e o novo Código Penal.

Justitia, 79/17.

. A justa causa e o recebimento da denúncia no anteprojeto de Código de Processo Penal. Justitia, 78/61.

Marco Antônio Martins de ARAúJO. Da persecução penal e as formas de investigação no processo penal brasileiro. RT, 502/263.

Mauro Otávio NACIF. Da prescrição somente ao acréscimo no crime continuado. Justitia, 89/157.

Miguel FENECH. Derecho procesal penal. Barcelona, Labor, 1952.

Nélson HUNGRIA. Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955. v. 1, t. 1 e 2.

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1945.

. Proceso, autocomposición y defensa. UNAM, Ed. Textos Universitarios, 1970.

. Estudios procesales. Madrid, Teclinos, 1975.

Oscar Xavier de FREITAS. A prisão em flagrante e a liberdade na nova lei.

Justitia, 97/27.

. Fiança e efeitos da sentença condenatória no anteprojeto de Código de Processo Penal. Justitia, 69/117.

. Medidas cautelares no anteprojeto de Código de Processo Penal.

Justitia, 73/149.

OskarVON BOLOW. La teoría de las excepcionesprocesales y

lospresupuestosprocesales. Trad. Miguel A. R. Lichtschein. Buenos Aires, EJEA, 1964.

OttorinoVANNINI. Manuale didirittoprocessualepenale italiano. 3. ed.

Milano, Giuffrè, 1948.

Paulo Cláudio TOVO. Aditamento da queixa pelo Ministério Público; amplitude. Ajuris, 18/27.

Rejeição da denúncia. Ajuris, 17128.

Limitações ao princípio da verdade real no processo penal pátrio. Ajuris, 19/57.

Paulo Edson MARQUES. 0 interrogatório por carta precatória. RT, 536/260.

. Da liberdade provisória com ou sem fiança. RT, 542/287.

Paulo José da COSTA & Ada Pellegrini GRINOVER. A nova lei penal; a nova lei processual penal. Revista dos Tribunais, 1977.

Paulo Roberto LEITE VENTURA. Direito processual penal resumido. Ed. Rio, 1974.

Paulo Sérgio LEITE FERNANDES. Nulidades no processo penal. Revista dos Tribunais, 1976.

Piero CALAMANDREI. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires, Ed.

Bibliográfica Argentina, 1961.

PINTO FERREIRA. Direito constitucional moderno. 4. ed. Saraiva, 1962.

PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946. 3. ed. Borsoi, 1960.

R.VENDITTI. Profili critici del processo penale militare. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, jan.Ijun. 1971, fasc. 1-2, p. 96.

Raimundo MACEDO. Da extinção da punibilidade. Rio de Janeiro, Forense,

1946.

Raymundo PASCOAL BARBOSA. Da prova suficiente para a condenação.

Justitia, 103181.

René GARRAUD. Traité d'Instruction Criminelle. 1929. v. 6.

Robert VOUIN & Jacques LEAUTÉ. Droit pénal et procédure pénale. Paris, PUF, 1959.

Roberto LYRA. Etica e técnica no foro criminal. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 1017.

Imunidades penais de agente diplomático. RT, 211156.

& Nélson HUNGRIA. Compêndio de direito penal. Rio de Janeiro, Ed. J.

Ribeiro dos Santos, 1938.

Rogério Lauria TUCCI. Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro. Saraiva, 1978.

Romeu Pires de CAMPOS BARROS. Direito processual penal brasileiro.

Sugestões Literárias, 1969.

. Insuficiência de provas e causas de exclusão da infração penal ou da pena. Jurispenal do STF, 1819.

. A reforma do direito processual penal brasileiro. Jurispenal do STF, 27118.

Rosa Maria BRACCO. Prisão por dívida alimentícia. Justitia, 941219.

Ruy Cardoso de MELLO TUCUNDUVA. Da ação penal subsidiária. Justitia, 69147.

Santiago SENTíS MELENDO. "In dubio pro reo". EJEA, 1971.

. Naturaleza de la prueba. Justitia, 841211.

Sebastian SOLER. Derecho penal argentino. Buenos Aires, Ed. Argentina, 1953.

Sérgio Demoro HAMILTON. A presença do Ministério Público na ação penal privada. Justitia, 101131.

Sergio Garcia RAMIREZ. Derecho procesal penal. México, Porrúa, 1974.

Silvio RANIERI. Manuale di diritto processuale penale. Padova, 1965.

Simão Isaac BENJó. A posição do Ministério Público em face do novo Código de Processo Civil. Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 20/21.

Solon FERNANDES FILHO. Juiz incompetente; eficácia de seus pronunciamentos. Justitia, 931149.

Stefano RICCIO. La preclusione processuale penale. Milano, Giuffrè, 1951.

Sydney SANCHEZ. Poder cautelar geral do juiz. São Paulo, 1978.

Tales CASTELO BRANCO. Da prisão em flagrante. Saraiva, 1980.

Themístocles BRANDAO CAVALCANTI. A Constituição Federal comentada. Rio de Janeiro, Konfino, 1948.

Tomas JOFRÉ. Manual de procedimiento. 1941.

Trevor GIBBENS. A probation na Inglaterra contemporânea. Justitia, 86/17.

Ugo ROCCO. Trattato di diritto processuale civile. Torino, 1957.

Valentin Cortés DOMINGUEZ. La cosa juzgada penal. Bolonia, 1975.

Vélez MARICONDE. Estudios de derecho procesal penal. Universidad de Córdoba, 1956.

Vicente de Paulo Vicente de AZEVEDO. Direito judiciário penal. Justitia, 471151.

. Direito judiciário penal. São Paulo, Saraiva, 1952 (apostilas).

Vicente GRECO FILHO. Manual de processo penal. Saraiva.

Vicente RÁO. Poder de polícia. RT, 204155.

Victor B. RIQUELME. Instituciones de derecho procesal penal. Asunción, s.d. e s. ed. 2 t.

Vincenzo MANZINI. Derecho procesal penal. Trad. Santiago S. Melendo.

Buenos Aires, EJEA, 195 1.

Vito GIANTURCO. La prova indiziaria. Giuffrè, 1958.

Walter P. ACOSTA. Processo penal. 10. ed. Rio de Janeiro.

1

1

1

Impressão e Acabamento

M" Gráfica Círculo

Fone: (011) 421-4633

Brasil

Filmes fornecidos pelo Editor.