FERNANDO DA COSTA
TOURINHO FILHO

PROCESSO PENAL

31ª edição

De acordo com as
Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719,
todas de junho de 2008.

4

Editora Saraiva

i

kC

i

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

è1 p f= 1011r p R 110r ^ R-

REGISTRO PATRIMONIAL No 3472

Obs nao retire esta etiqueta

i

PROCESSO PENAL

4

~1,

5,1

1

Capa de Sylvia Tourinho

4."VOLUME

21.' edição

revista e atualizada

1999

Editora

Q6 Saraiva

.li. ~, 11,

ISBN 85-02-02184-2 obra completa

ISBN 85-02-02304-7 volume 4

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

Tourinho Filho, Fernando da Costa, 1928-

Processo penal / Fernal 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

3379

Ed~a

Q* 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 - Fax Vendas: (011) 861-3268 - S. Paulo - SP

Endereço Internet: httpÁl~ saraiva. Com. br

1

Distribuidores Regionais

AMAZONASIRONDÔNIAIRORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 - Centro

Fone/Fax: (092) 633-4227 / 633-4782

Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dores, 23 - Brotas

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

Fax: (071) P81-0959 - Salvador

BAURUISAO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 2-55 - Centro

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

Bauru

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 131. B - Loja 97 - Setor Industrial Gráfico Fone: (061) 344-2920 / 344-2951

Fax: ~061) 344-1709 - Brasília

GOIASITOCANTINS

Rua 70, 661 - Setor Central

Fone: (062) 225-2882 / 212-2806

Fax: (062) 224-3016 - Goiânia

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) 464-3499 / 464-3309

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

Curitiba

PERNAMBUCO/PARAíBAIR. G. DO NORTE/

ALAGOASICEARÁIPIAUUMARANHÃO

Rua Gervásio Pires, 826 - Boa Vista

Fone: (081) 421-4246

Fax: (081) 421-4510 - Recife

RIBEIRÃO PRETOISÃO PAULO

Rua Padre Feijó, 373 - Vila Tibério

Fone: (016) 610-5843

Fax: (016) 610-8284 - Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPíRITO SANTO

Av. Marechal Rondon, 2231 - Sampac

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

l (051) 343-2986 - Porto Alegre

SAO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697

(antiga Av. dos Emissários) - Barra Funda

Fone: PABX (011) 861-3344 - São Pauio

o

4

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

0 AUTOR

Indice

Teoria da relação jurídica Outras teorias ..... A teoria dominante

.....

Sujeitos da relação processual

..... Objeto da relação jurídico-processual

..... Autonomia da relação processual .

9. Caracteres

10. Pressupostos processuais

11. Início e fim do processo

CAPíTULo 50

PROCESSO E PROCEDIMENTO

1. Processo. Noções gerais

.....

4

2. Sua natureza jurídica. Teorias do contrato e do quase-contrato .. 3.

4. 5. 6. 7. 8.

5

CAPíTULo 51

DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

1.

0 processo como sucessão de atos e como relação jurídica .....

2.

Pressupostos processuais

.....

3.

A teoria dos pressupostos como requisitos para a válida forma ção do processo .....

4. A teoria dos pressupostos de existência e de validez

.....

5. Os pressupostos de existência

.....

6.

Ospressupostosdevalidez.....

.....

11 12

12 13 15 15

Vil

CAPíTULo 52

FORMAS PROCEDIMENTAIS

1.

Conceito de procedimento ..

2.

Processo e procedimento

.....

3. As alterações introduzidas no Processo Penal

.....

4. Formas procedimentais

.....

5.

Procedimento na hipótese de foro pela prerrogativa de função ..

6.

Procedimento-regra (ou procedimento comum) para os crimes apenados com reclusão

..... 7.

Suspensão condicional do processo

.....

8.

Crimes apenados com reclusão sujeitos a procedimentos especiais 9.

Crimes da competência do Júri

.....

10.

Impronúncia. Absolvição sumária e desciassificação

.....

11. Pronúncia. Efeitos. Libelo. Contrariedade

.....

12.

A competência do Tribunal do Júri

.....

13.

0 Júri e suas linhas estruturais. A soberania dos veredicta

.....

14.

Organização e funcionamento do Júri

.....

15.

Sentença condenatória. Sentença absolutória. Desclassificação .

16.

Modelo de sentença absolutória

.....

17. Modelo de sentença condenatória

.....

18.

Modelo de sentença, em caso de desclassificação

.....

19.

Questionário

.....

.....

CAPíTULo 53

OUTROS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS PARA

CRIMES APENADOS COM RECLUSÃO

1.

0 procedimento dos processos por crimes falimentares .....

2.

0 foro competente

.....

...

3.

0 inquérito judicial

.....

..

4.

A contrariedade do inquérito judicial

.....

5.

Apensamento

.....

.....

6.

Denúncia

.....

.....

7.

Queixa

.....

.....

Vill

19

20

22

25

26

38

43

58

64

65

70

76

77

90

115

116

117

118

121

141 142 142 143 145 146 147

8.

9.

A importância da sentença declaratória da falência

.....

10. A ação penal nas pequenas falências

.....

11. Crimes de imprensa

.....

.

12. Os prazos prescricionais

.....

13. 0 procedimento

.....

.....

14. Crimes eleitorais

.....

.....

15. Crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais

.....

16. Entorpecentes

.....

.....

17. Crimes de responsabilidade de funcionários públicos

.....

18. Crimes contra a fauna

.....

19. Crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores ...

CAPíTULo 54

PROCEDIMENTO PARA OS CRIMES

APENADOS COM DETENÇÃO

1P

148

151

152

154

155

157

159

162

166

175

176

176

1. 0 procedimento comum dos crimes apenados com detenção 179

2. 0 procedimento na hipótese dos crimes apenados com detenção, cuja pena máxima não ultrapassar um ano e que não se subordinem a procedimento especial

181

3. Procedimento sumariíssimo 187

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE CRIMES APENADOS

COM DETENÇAO

4.

Crimes de abuso de autoridade

.....

S.

Crimes contra a economia popular

.....

6.

0 Júri de economia popular

.....

7.

Crimes de imprensa

.....

.

8.

Crimes de infanticídio e de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento

.....

9.

Crimes falimentares

.....

.

10. Crimes de responsabilidade de Prefeitos

.....

11. Crimes contra a propriedade imaterial.

.....

12. Crimes de responsabilidade de funcionário público

.....

13. Crimes contra a honra

.....

14. Crimes da Lei das Licitações

.....

189 190 192 197

197 197 198 198 204 208 215

lx

CAPíTULo 55

PROCEDIMENTO DAS CONTRAVENÇõES

1. Preliminares

.....

.....

2. 0 procedimento comum para as contravenções segundo o CPP.

3. 0 procedimento sumariíssimo

.....

0 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E A TRANSAÇÃO

5

6

217

218

219

A transação. Justiça negociada

21

0 procedimento especial

.....

Pode qualquer do povo provocar a iniciativa do Promotor na con travenção do jogo do bicho? E se o Promotor requerer o arqui vamento das informações?

.....

7. 0 procedimento das contravenções eleitorais. Observações .....

CAPíTULo 56

DA SENTENÇA

1.

Tripartição dos Poderes

.....

2.

Atos judiciários em sentido lato e sua classificação

.....

3.

Jurisdição voluntária

.....

4.

Atos anômalos

.....

.....

5.

Atos jurisdicionais

.....

...

6.

Os atos jurisdicionais penais

.....

7.

Os atos jurisdicionais civis

.....

8.

Classificação dos atos jurisdicionais segundo o órgão do qual promanam

.....

.....

9.

Sentenças executáveis, não executáveis e condicionais

.....

10. Sentenças simples e subjetivamente complexas

.....

11. Conceito de sentença

.....

12. Estrutura lógica

.....

.....

13. Natureza jurídica

.....

.....

14. Função da sentença

.....

..

15. Requisitos da sentença

.....

16. Clareza e precisão da sentença civil

.....

17. Clareza e precisão da sentença penal

.....

X

221

222

222

225

226

228

229

230

231

234

235

236

236

237

238

239

240

243

248

250

18. Jura novit curia

251

19. A mutatio fibelli 252

20. Conceito de "circunstância elementar"

253

21. 0 procedimento a ser observado na hipótese do art. 384 e pará grafo único do CPP

255

CANTULo 57

DA SENTENÇA

1. Publicação da sentença

.....

2. Efeito da publicação

.....

3. Intimação da sentença

.....

4. Efeitos da sentença no cível

.....

5. Sentença penal absolutória

.....

6. Efeitos da sentença penal ~bsolutória

.....

7. Sentença penal condenatória

.....

8. 0 problema da aplicação da pena

.....

9. Efeitos da sentença penal condenatória

.....

CAPíTULo 58

DA COISA JULGADA

261 263 265 269 272 272 274 275 285

1. Coisa julgada 291

2M- Fundamento político da coisa julgada 293

3. Natureza jurídica

294

4. Limites objetivos da coisa julgada

298

5. Limites subjetivos da coisa julgada

299

CAPíTULo 59

DOS RECURSOS

1. Conceito. Generalidades

.....

2. Fundamento

.....

.....

3. Pressupostos lógico e fundamental

.....

4. Classificação da sucumbência

.....

5. Pressupostos recursais objetivos

.....

6.

Pressupostossubjetivos.....

.....

303

306

307

307

312

320

7. Juízo de admissibilidade

.....

8. Extinção anormal dos recursos

.....

9. Classificação dos recursos

.....

10. Recursos voluntário e necessário

.....

11. Efeitos dos recursos

.....

.

CAPíTULo 60

DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

1. A variedade de recursos em matéria processual penal .....

2. 0 recurso em sentido estrito

.....

3. A enumeração feita pelo art. 581 é taxativa?

.....

4. Forma de interposição

.....

5. 0 recurso em sentido estrito sobe nos próprios autos ou em sepa-6.

Prazo para as razões e contra-razões

.....

7.

0 Juiz pode retratar-se? Retratando-se o Juiz, poderá a parte contrária recorrer?

.....

... 8. A quem é endereçado o recurso em sentido estrito?

.....

9.

Quando o recurso em sentido estrito deve ser endereçado ao Tribunal de Alçada e ao Tribunal de Justiça?

..... 10. 0 recurso em sentido estrito será sempre endereçado ao Tribunal

de Alçada e ao Tribunal de Justiça?

..... 11. As decisões que comportam recurso em sentido estrito .....

12. 0 recurso por termo nos autos

.....

13. Efeitos

.....

.....

CAPíTULo 61

DA APELAÇÃO

321

321

322

323

326

333

335

336

337

337

338

340

342

342

344

345

356

356

1. Noções 359

2. Quais as decisões que comportam o recurso de apelação? 361

3. Toda sentença condenatória ou absolutória é apelável?

362

4. Forma de interposição

363

5. Se o Juiz denegar o recurso de apelo, que providência poderá ser tomada?

363

XII

6.

Prazo para as razões e contra-razões

.....

7.

Podem ser juntados documentos nas razões ou contra-razões?

...

8.

Pode o apelante apresentar suas razoes na superior instância?

...

9.

A quem é endereçado o recurso de apelo?

.....

10. Apelação plena e limitada

.....

11. Prazo para a remessa dos autos à superior instância

.....

12. Pressupostos do recurso de apelo

.....

13. Prazo para a apelação

.....

14. Extinção anormal da apelação

.....

15. Em qualquer apelação, o juízo ad quem funciona sempre como judicium rescindens?

.....

16. A apelação sobe nos próprios autos?

.....

17. Absorção do recurso em sentido estrito

.....

18. 0 prazo para o assistente apelar

.....

19. Prazo para o Ministério Público apelar

.....

20. Apelação sumária e ordinária

.....

21. Efeitos do recurso de apelação

.....

22. A apelação do assistente tem efeito suspensivo?

.....

23. A refôrmatio in pejus

.....

24. Refôrmatio in melius

.....

25. Refôrmatio in pejus indireta

.....

CAPíTULo 62

DO PROTESTO POR NOVO JúRI

1.

Noções

.....

.....

2.

0 protesto é recurso exclusivo da defesa

.....

3.

Quando cabe o protesto

.....

4.

Se a pena for aumentada em grau de recurso, caberá o protesto?.

5.

Poderá a defesa protestar e apelar?

.....

6.

Quantas vezes poderá o réu protestar por novo Júri?

.....

7.

Realizado o segundo julgamento, poderá o Tribunal do Júri im por pena superior àquela imposta no primeiro?

.....

8.

Razão histórica do protesto

.....

9.

Se o Juiz não receber o protesto, que providência poderá ser tomada?

.....

.....

364 364 365 367 367 369 370 371 376

377 382 382 383 386 387 388 402 402 419 423

425 426 426 427 429 430

431 431

434

XIII

10.

Poderá o jurado que participou do julgamento anterior fazer par te do Conselho de Sentença no segundo julgamento9

435

.

11. Não-realização do Júri

436

CAPíTULo 63

DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

1. Considerações preliminares

..... 2. Os embargos infringentes e os de nulidade

..... 3. 4.

Prazo para a sua interposição e o respectivo procedimento ..... Os embargos infringentes e de nulidade são oponíveis contra toda decisão de 2.' instância?

..... 5. Os embargos na Suprema

Corte .....

6. A particularidade que apresentam os embargos infringentes na Justiça Militar

.....

..... 7. Para o réu opor embargos infringentes e de nulidade deverá recolher-se

à prisão?

.....

..... 8. Embargos no STJ

.....

.....

CAPíTULo 64

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

1. Generalidades

.....

.....

2. Quando podem ser opostos

.....

3. A quem são dirigidos. Prazo

.....

4. Pressupostos

.....

.....

5. Procedimento

6. Cabe recurso do despacho do Relator que indefere liminarmente o requerimento?

.....

.....

7. Extensão dos embargos declaratórios

.....

8. Quem pode interpô-los

.....

9. Quem os julga

.....

.....

10. Os embargos na inferior instância

.....

11. Retratabilidade

.....

.....

12. Suspende o prazo de outro recurso?

.....

13. Embargos de declaração opostos aos embargos de declaração ...

IV

CAPíTULo 65

1

DA CARTA TESTEMUNHAVEL

437

439

440

442

443

446

446

446

449

450

450

451

451

451

453

454

454

455

455

455

456

1. A carta testemunhável é recurso?

.....

2. Quando cabe?

.....

.....

3. E se o recurso denegado for o extraordinário?

.....

4. A denegação de outros recursos

.....

5. A quem é requerida a carta testemunhável?

.....

6. Procedimento

.....

.....

7. A entrega do recibo pelo escrivão

.....

8. A carta tem efeito suspensivo?

.....

9. Procedimento na superior instância

.....

10. Por que a denominação "carta testemunhável"?

.....

11. Como se conta o prazo do ;Vt. 640 do CPP

.....

CAPíTULo 66

DA CORREIÇAO PARCIAL

1. Generalidades

457

457

459

460

460

461

461

462

462

462

463

467

2.

Cabimento 467

3. Admite-se a correição no Processo Civil?

469

4. Origem da correição 469

5. Surgimento da correição no Estado de São Paulo. Orgão compe tente para apreciá-la

6. E inconstitucional?

7. É um recurso?

8. A correição, no Estado de São Paulo

9. Procedimento

CAPíTULo 67

DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

469

470

471

471

472

1. Noções gerais 475

2. Recurso extraordinário: conceito, razão de ser 476

3. A denominação "extraordinário"

.....

4. Outras funções do STF

.....

5. Quando é cabível o recurso extraordinário?

.....

6. Legitimidade

.....

.....

7. Procedimento

.....

.....

8. Denegação. Recurso oponível

.....

9. Procedimento no juízo ad quem

.....

10. 0 prequestionamento

.....

11. Súmulas do STF em matéria criminal

.....

CAPíTULo 68

RECURSO ESPECIAL

1. Cabimento

.....

.....

2. Procedimento

.....

.....

3. 0 problema da relevante questão federal

.....

4. Finalidade do recurso especial

.....

5. A exigência de esgotamento das vias ordinárias

.....

6. Interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial..

7. Denegação do recurso especial. Providência

.....

8. Os recursos interpostos antes da CF de 1988. Como ficaram .....

9. Efeitos do recurso especial

.....

10. 0 prequestionamento

.....

11. Súmulas do STJ em matéria criminal

.....

12. Súmulas do extinto TFR em matéria criminal

.....

CAPíTULo 69

DOS AGRAVOS NO PROCESSO PENAL

478

478

479

481

481

483

484

485

486

493

494

494

495

496

497

497

498

499

500

500

505

507

2. Agravo de instrumento

510

3. Agravo em execução 514

4. Agravo regimental

516

5. Recurso inominado

517

XV1

1. Histórico

-

-

-

CAPíTULo 70

RECURSO ORDINÁRIO-CONSTITUCIONAL

1. Os três tipos de recurso ordinário-constitucional

..... 2. 0 recurso criminal ordinário-constitucional previsto no art. 102,

11, b, da Lei Básica

.....

..

3. Providência contra a denegação do recurso criminal ordinárioconstitucional

.....

.....

4. 0 outro tipo: recurso ordinário-constitucional

.....

5. Procedimento do recurso ordinário-constitucional para o STF ...

6. Recurso ordinário-constitucional para o STJ. Procedimento .....

CAPíTULo 71

"HOLBEAS CORPUS"

1. Histórico. 0 habeas corpus no Brasil

2. A entrada do habeas corpus em texto constitucional brasileiro.

A polêmica entre Rui e Pedro Lessa

.....

3. A reforma constitucional de 1926 e as demais Constituições até 519

520

4. Natureza jurídica do habeas corpus

..... 5. 0 habeas corpus como verdadeira ação
..... 6. Quem pode impetrar

.....

7. Relaxamento da prisão

..... 8.

0 constrangimento

.....

... 9. 0 recurso ex officio

.....

.. 10. Competência originária

..... 11.

Competência recursal.

.....

12. 0 recurso ordinário-constitucional e o agravo de instrumento .... 13.

0 habeas corpus na Justiça Militar

..... 14.

15.

16.

17.

18.

Casos especiais

.....

..... Observações

.....

..... 0 órgão competente dos Tribunais para julgar

..... Quando o constrangimento é ilegal

..... Salvo-conduto

.....

.....

531

534 535 536 538 540 541 541 542 550 553 553 554 554 555 556 565

XV11

19. 0 habeas corpus tranca o processo?

565

20. Apresentação do paciente 567

21. Sanções

567

22. Pedido de informações

567

23. Intervenção do Ministério Público

568

24. Como pode ser impetrada a ordem de habeas corpus 568

569

570

571

571

572

573

574

575

577

25. Concessão

.....

..... 26. Liminar em habeas corpus

..... 27. 28.

Reiteração. 29. Recursos extraordinário e especial 30. Nâo-cabimento de habeas

corpus.. 31. Ato de particular ..... 32. 33.

Problemas especiais

.....

. Mandado de segurança

.....

CAPíTULo 72

DA REVISÃO

4. A revisão criminal no Brasi

5. Natureza

6. Pressuposto primordial da revisão

..... 7. Oportunidade

.....

..... 8. Legitimidade

.....

..... 9. 0 Ministério Público

poderá requerer a revisão? ..... 10. A revisão e a decisão do Júri

..... 11.

Competência.

12. Os fundamentos do pedido

13. Extinção da punibilidade

14. Unificação de

15.

16.

1. Observações preliminares 579

2. 0 erro judiciário e a coisa julgada

582

3.

A revisão pro societate

584

1

586

jurídica

587

590

590

590

593

594

597

599

602

604

606

606

99

Revisão para aumentar a pena

.....

Pode o Tribunal conceder mais do que lhe foi pedido? .....

XVIII

17. 0 condenado precisa recolher-se à cadeia?

..... 18. Conversão em diligência

.....

19. A regra dos arts. 621 e 626

.....

20.

21.

22. 0 pedido

.....

.....

23. Procedimento

.....

.....

24. Julgamento

.....

.....

25. Improcedência

.....

.....

26. Procedência

.....

.....

27. Conseqüências

.....

.....

28. Anulado o processo, poderá ser aumentada a pena? .....

29. Reiteração

.....

.....

30. Sentença estrangeira

.....

31. A Justiça Eleitoral

4

32. Morte do condenado

.....

33.Aindenização

Absolvição e revisão ...

Prazo .....

APÊNDICE

607

607

608

609

609

609

610

612

612

613

613

614

617

618

618

618

619

Lei Complementar n. 851, de 9-12-1998

623

BIBLIOGRAFIA .....

.

.

633

XIX

1

capítulo 50

1. Processo. Noções gerais

Processo e Procedimento

SUMÁRIO: 1. Processo. Noções gerais. 2. Sua natureza jurídica. Teorias~do contrato e do quase-contrato. 3. Teoria da relação jurídica. 4. Outras teorias. 5. A teoria dominante. 6. Sujeitos da relação processual. 7.

Objeto da relação jurídico-processual.

8. Autonomia da relação processual. 9. Caracteres. 10. Pressupostos processuais. 11. Início e fim do processo.

Processo deriva de pro cedere - avançar, ir para a frente, prosperar, fazer progresso, alongar. Daí dizer-se que processo é aquela atividade desenvolvida pelo Juiz, com o concurso dos demais sujeitos processuais - partes e auxiliares da justiça - visando à solução do litígio.

A noção de processo alia-se a de procedimento. Para que o Juiz possa solucionar o litígio, fazendo atuar a vontade concreta da lei e, assim, dando a cada um o que é seu, praticam-se, perante ele, numerosos atos: o pedido do autor, o chamamento do réu, sua resposta, a produção de provas, o seu exame crítico e, finalmente, a sentença, a resolução da lide. Ao conjunto de atos processuais que se sucedem, coordenadamente, com a finalidade de resolver, jurisdicionalmente, o litígio, denomina-se processo. Mas, sob esse aspecto, isto é, seqüência, coordenação e ordem dos atos processuais, fala-se,

tecnicamente, em

1

1

procedimento. Este, pois, é a exteriorização do processo, isto é, o processo visto pelo lado de fora, externamente.

Entretanto, conforme vimos em outras oportunidades, o processo não é apenas aquele conjunto de fatos e atos processuais que se sucedem concatenadamente. Notou-o a visão aguda de Oskar von Bülow, ao publicar em Giesen, Alemanha, em 1868, a famosa Teoria das exceções e dos pressupostos processuais (Die Lebre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen). Ele encerra uma verdadeira relação jurídica.

Abolida a autodefesa, e ficando a Administração da Justiça a cargo do Estado-Juiz, fácil concluir-se que, praticado o ato infringente da norma, o titular do bem ou interesse lesado, coarctado no seu direito de fazer justiça com as próprias mãos, pode ou deve dirigir-se ao EstadoJuiz, exigindo-lhe a restauração do seu direito violado. Ora, se o lesado pode exigir (direito subjetivo) do Estado-Juiz solução para o litígio, e se este tem a obrigação de fazê-lo, dês que satisfeitos os pressupostos gerais para a instauração do processo, parece claro que, no instante em que o interessado ingressa em juízo com o seu pedido, expondo, deduzindo a

sua pretensão, surge, de logo, um vínculo entre o que a deduziu e aquele perante o qual foi ela exposta circunstanciadamente.

2. Sua natureza jurídica. Teorias do contrato e do quase-contrato Qual a natureza desse vínculo? Eis aí o punctum dolens. Várias teorias procuram dar a devida explicação.

Teoria do contrato. A doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX, ainda sob a influência da litis contestatio dos romanos, viu no processo um verdadeiro acordo de vontades entre demandante e demandado em aceitar a decisão do Magistrado, e como tal acordo implicava um verdadeiro contrato surgiu, então, a teoria contratualista. Mas como falar em contrato entre as partes se a relação processual se inicia e se desenvolve independentemente do acordo entre elas e, muitas e muitas vezes, ou quase sempre, contra a vontade do réu?

Maupoint, na sua obra Le contrat judiciaire, faz considerações sobre a teoria. Inteira razão assiste a Couture, ao dizer, criticando a tese: "Sólo subvertiendo Ia naturaleza de las cosas es posible ver, en el proceso, situación coactiva, en la cual un litigante, el actor, conmina a su adversario, aún en contra 2

de sus naturales deseos, a contestar sus reclamaciones, el fruto de un acuerdo de voluntades" (Fundamentos del derecho procesal civil, 3. ed., p. 127-8).

Quase-contrato. Não sendo contratual o vínculo que se estabelece no processo, isto é, não sendo este um contrato, uma vez que a resposta do réu e sua aquiescência ao decidido não são espontâneas

- porque, se o fosse, disse muito bem Alcalà-Zamora, haveria autocomposição -, parte da doutrina enveredou-se na tese do quase-contrato. Como a natureza jurídica do processo "não apresenta o caráter de um contrato, posto que o consentimento das partes não é inteiramente livre, nem o de um delito ou de um quase-delito, porquanto o litigante nada mais faz que exercer seu direito - longe de violar o dos outros", alguns autores concluíram tratar-se de um quase-contrato. Se não é um contrato, se não é um delito ou quase-delito, é um quase-contrato.

Esqueceram-se os responsaveis pela teoria

de que,&a lei é a principal fonte das obrigações. E é até ridículo comparar-se o processo a uma gestão de negócios alheios...

Embora seja de origem tedesca, a teoria encontrou seu representante máximo em Arnault de Guényveau, com seu trabalho Le quasicontratjudiciaire.

Diga-se de passagem que, segundo Couture, os autores alemães, engendrando tal teoria, valeram-se de um fragmento clássico injudicio quasi contrahimus, sem que o houvessem lido atentamente, pois, do contrário, chegariam a outra conclusão... (Fundamentos, cit., p. 13 1).

3. Teoria da relação jurídica

Relação jurídica. Foi Oskar von Bülow quem, em 1868, com o seu trabalho Teoria das exceções e dos pressupostos processuais, pela primeira vez, deu o devido destaque ao processo, como verdadeira relação jurídica, distinta da relação jurídico-material que nele se discute.

É certo que, muito antes dele, Bulgaro de Sassoferrato já dizia:

'Vudicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei".

Também Bernardo Dorna, na sua obra Summa libellorum, afirmava: "Sicut in causa civili, exiguntur tres personae, scilicet actoris et rei etjudicis, ita in criminalibus tres exigunturpersonae,

scilicet accusantis, accusati et judicis" (cf. Alcalà-Zamora, Derecho procesal penal, v. 2, cap. XI, n. 10, nota 14).

3

Entretanto, sem embargo desses antecedentes bem remotos, foi com Bülow que a teoria adquiriu contornos científicos e foros de cidadania jurídica, espraiando-se pelo mundo inteiro, tendo Augusto von Kries adotado e feito sua adaptação ao Processo Penal.

Se a relação jurídica é o liame, a ligação, o vínculo entre dois ou mais sujeitos, "atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus", não se pode negar seja o processo uma verdadeira

relação jurídica. Se o autor tem o direito de exigir do Estado-Juiz um provimento jurisdicional e se ele é obrij,ado a fazê-lo, ainda que para dizer que o autor não tem razão, é inegá9

vel o nexo ligando autor e Estado-Juiz, um exercendo o seu direito, e o outro cumprindo sua obrigação.

Se o Estado-Juiz, uma vez satisfeitos os pressupostos normais para a instauração do processo, vier a proferir um despacho liminar positivo, dando por iniciado "propriamente" o processo, à evidência mandará chamar o réu para defender-se, e este tem o direito de ver j ulgada sua exceção, isto é, sua defesa, aquilo que expôs para rechaçar a pretensão deduzida. E o Estado-Juiz, obrigado a julgá-la.

Nota-se, aí, outro vínculo entre o réu e o Estado-Juiz. Por outro lado, o simples dever de lealdade recíproca (entre autor e réu) já demonstra um certo ligame entre os contendores.

Insta adiantar, contudo, não haver concordância entre os adeptos dessa teoria quanto às pessoas entrelaçadas por essa relação.

Para Kohler, a relação se estabelece horizontalmente, entre autor e réu, amesquinhando e apoucando a figura mais proeminente, que é a do Juiz.

Graficamente teríamos o seguinte quadro:

Juiz

Autor 4

7. Réu

Segundo Hellwig, a relação se entretece entre o autor e o Juiz e entre este e o réu, vale dizer, o liame se estabelece entre o Juiz, que é a sua figura central, e as partes. Para ele, não há nenhum nexo das partes entre si. Graficamente, teríamos: Autor L111 Juiz \\

4

Réu

Finalmente, a mais difundida e aceita é a teoria da relação jurídica triangular (Bülow, Wach), que entre nós teve o apoio de Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos, Gabriel de Rezende Filho, Romeu Pires de Campos Barros, Alfredo Buzaid, sendo seus continuadores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Sérgio Demoro Hamilton, Paulo Cláudio Tovo, Geraldo Batista Siqueira, Afrânio Silva Jardim e tantos e tantos outros de real expressão.

A relação existe triangularmente, isto é, tanto no sentido horizontal como no ascendente e descendente, vale dizer: entre o autor e o Juiz, entre este e o réu (e vice-versa) e entre autor e réu reciprocamente. Podemos representar com a seguinte figura:

/~ Juiz

ILI~41

\\

Autor ~

, Réu

Com razão assinala Couture que a idéia de uma relação apenas angular é insuficiente, porque exclui nexos e liames processuais que verdadeiramente ocorrem entre as partes, de que é exemplo a obrigação de o vencido reembolsar o vencedor das custas despendidas (cf.

Fundamentos, cit., p. 135).

4. Outras teorias

Outras teorias, como a do processo como "situação jurídica", de James Goldschmidt, e a de Guasp, que entreviu no processo verdadeira

"instituição", não chegaram a entusiasmar a doutrina, formando prosélitos, muito embora Couture, a princípio, houvesse aderido à teoria de Guasp. Posteriormente corrigiu sua posição, empregando o vocábulo instituição com o significado de organização, criação, instituto, de que são exemplos a família, o Estado, a

empresa, e, nesse sentido, acrescentou: podemos dizer que o processo é uma instituição - um complexo de atos, um método, um modo de ação unitário que foi regulado pelo direito para a obtenção de um fim... E, mais adiante, esclareceu: o vocábulo instituição só pode ser empregado neste sentido, que no excluye la concepción del proceso como relación jurídica (cf. Fundamentos, cit., p. 143 e s.).

5

W9

S. A teoria dominante

Hoje, a doutrina dominante, e que recebeu as mais amplas ades5es, é a da relajáo jurídica. "Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil" (e o penal, evidente) "determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica". Estas as primeiras palavras do célebre livro de Bülow (cf.

Excepciones procesales y presupuestos procesales, trad. esp. Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, EJEA, 1964).

Convém ponderada a observação de que a relação jurídico-processual não se confunde com a relação jurídico-material, chegando, muitas vezes, a independer desta.

6. Sujeitos da relação processual

Conforme já foi dito, três são os sujeitos processuais: Estado-Juiz, Autor e Réu. 0 Estado-Juiz, como órgão superpartes e destas eqüidistante, é quem soluciona o litígio. 0 Autor é o que deduz a pretensão, e o Réu, a pessoa contra quem a pretensão é deduzida. De assinalar, contudo, que, quando se fala em três pessoas, ninguém pretende referir-se à quantidade numérica, e sim às três distintas posições dos três principais sujeitos da relação processual. Pode haver um litisconsórcio (ativo ou passivo), e, nesse caso, o número seria bem maior... Quando há recurso, funciona no processo o órgão de segundo grau e, às vezes,

outro mais elevado. Sem embargo, continuam sendo três os sujeitos principais do processo: o que deduz a pretensão, pouco importando se há, ou não, um litisconsórcio ativo, aquele contra quem a pretensão é deduzida, sendo de somenos importância a existência, ou não, de litisconsórcio passivo, e, finalmente, o EstadoJuiz. Mesmo haja recurso, o órgão de segundo grau continua atuando em nome do Estado. A posição, pois, é a mesma.

7. Objeto da relação jurídico-processual

Poderia parecer que, ao menos quanto ao objeto, haveria uma identidade entre a relação j urídico- material e a jurídico-processual. Naque-6

Ia, o objeto é o bem da vida que se disputa, que se litiga. Nesta, a prestação jurisdicional. Há, pois, diferença. Tênue, mas há. Afinal, com o provimento jurisdicional, o autor ou o réu alcançará seu objetivo... Não se pode dizer, contudo, seja a mesma coisa. Se A deve a B

a quantia de R$ 5.000,00, o objeto da relação jurídico-material é aquela cifra. B quer recebê-la. A a tanto se opõe. B ingressa em juízo e invoca um provimento condenatório ou um provimento satisfativo do seu direito, isto é, pede ao Estado-Juiz condene A a satisfazer o débito.

Então, o objeto da relação jurídico-processual, no caso, é o provimento jurisdicional...

8. Autonomia da relação processual

Diz-se autônoma a relação processual porque independente da relação jurídico-material. Mesmo que esta não exista, pode haver aquela. Suponha-se que o Juiz absolva o réu, afirmando a inexistência do fato. 0 fato que se imputa ao réu, afirma o Juiz, à evidência não houve. Que se deduz daí? Houve o processo, isto é, a relação jurídico-processual iniciou-se, desenvolveu-se e se extinguiu validamente, sem que houvesse a relação jurídico-material...

9. Caracteres

A relação jurídico-processual, além de ser autônoma, é pública, complexa, unitária e progressiva. Pública, porquanto nela intervém, como o sujeito mais eminente, o Juiz, representando o Estado soberano. Aliás, qualquer que seja a

relação em que haja a intervenção do Estado soberano, como um dos seus sujeitos, ela adquire a qualidade de pública. No processo, quer penal, quer extrapenal, o Estado soberano, representado pelo Orgão Jurisdicional, assume o papel de sujeito mais eminente. Logo, é pública a relação processual.

Sua complexidade advém da circunstância de que a relação processual contém, dentro de si, uma série de relações jurídicas secundárias, porque decorrentes da principal, compreendendo direitos, obrigações, faculdades, ônus e poderes que vão surgindo à proporção que a relação principal vai se desenvolvendo.

Muito embora haja, no processo, diversas fases - postulatória, instrutória, decisória - e sem embargo da sucessão de fatos e atos processuais e das relações jurídicas secundárias, é incontestável o cará-

ter unitário da relação processual, uma vez que tudo se faz, tudo se realiza com uma única finalidade: a solução do litígio. A idéia de processo é, conforme proclama a doutrina, necessariamente teleológica.

Nele, tudo quanto se faz é para atingir a meta optata: a solução do litígio. Daí se conclui que os diversos atos que compõem e informam o processo estão reunidos para um fim comum. Inegável, pois, o caráter unitário da relação processual.

Progressividade. A relação processual é eminentemente progressiva. 0

processo (quer penal, quer civil), ou outro qualquer tipo de processo (físico, químico, biológico), apresenta sempre um aspecto de continuidade, pois ele é um avançar, um progredir, um desenvolver. Ele é constituído de atos "que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión". Proposta a ação e triangularizada a relação processual, os atos vão sendo praticados até o definitivo pronunciamento jurisdicional. Isto é progressividade. 0 próprio Bülow chamava a atenção para tal particularidade: "EI proceso es una relación jurídica que avariza gradualmente y que se desenrrolla paso a paso" (cf.

Excepciones, cit., p. 2).

No Processo Penal ainda há uma particularidade: condenado o réu e uma vez

transitada em julgado a respectiva decisão, passa-se à fase da execução.

Enquanto no cível há o processo de

conhecimento, distinto do de execução, no penal, o processo de execução é, por assim dizer, o exaurimento do processo de conhecimento, valer dizer, condenado o réu, normalmente já se ingressa na fase de execução, sem maiores formalidades.

A relação processual é, pois, uma relação em movimento, atravessando diversas fases, sem perder sua unidade: fase postulatória, probatória, das alegações, decisória, e, eventualmente, a recursal e a executória.

10. Pressupostos processuais

Se o processo é uma relação jurídica, evidentemente deve sujeitarse, também, à maneira do que ocorre com toda relação jurídica, à existência de certos requisitos.

Disse Bülow: "Se o processo é uma relação jurídica, apresentamse na ciência processual análogos problemas aos que surgiram, e foram resolvidos anteriormente, a respeito das demais relações jurídicas" (cf. Excepciones, cit., p. 4). Assim, da mesma forma que o nascimento e a

validade de uma relação jurídica subordinam-se a certos requisitos, não poderia fugir a tal exigência a relação jurídico-processual, pelo simples fato de ser, também, relação jurídica, se bem que adstrita ao processo. Aos requisitos exigidos para existência válida da relação processual, Bülow denominou pressupostos processuais: a) um órgão investido de jurisdição; b) o pedido ou demanda; c) as partes.

Não havendo um pedido, consubstanciado numa denúncia ou queixa, não haverá processo. Não o haverá, também, se o pedido não for formulado a um Orgão Jurisdicional. Outrossim, deixará de existir se quem formulou o pedido não tinha capacidade para fazê-lo ou se a pessoa contra quem o pedido for formulado não

tiver capacidade para sofrer pena ou medida de segurança.

Em capítulo destacado, faremos maiores comentários sobre o desenvolvimento da teoria dos pressupostos.

11. Início e fim do processo

4

Como se inicia o processo? Com a propositura da ação. E quando se tem por proposta a ação penal? Entre nós, dispõe o art.102 do CP que "a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia", e, por outro lado, o CPP, no seu art. 25, dispõe, também, que a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia. Daí se conclui que, para o nosso CPP, a ação se inicia com a simples oferta da peça acusatória.

E que, ofertada a denúncia ou queixa, se o Juiz vier a rejeitá-la, pode o autor interpor recurso, e, assim, inegável o surgimento da relação processual, pelo menos linearmente (entre autor e Juiz).

Contudo a relação se triangulariza e se aperfeiçoa com a citação válida do réu. Entretanto, mesmo na primeira hipótese, havendo recurso, deverá o Juiz, por analogia, aplicar o disposto no § 2.' do art. 82 da Lei n. 9.099/95 Quizado Especial Cível e Criminal), que prevê a intimação do réu para se manifestar sobre o recurso interposto contra a decisão que rejeita a denúncia.

Normalmente, o processo se finda quando o Juiz, após percorrer todo o iter procedimental, entrega, definitivamente, a prestação jurisdicional invocada, isto é, soluciona o litígio, dizendo qual dos dois tem razão.

As vezes o processo termina de maneira anormal, com ou sem julgamento de mérito. Assim, quando o Juiz rejeita a peça acusatória (CPP, art. 43), quando, na ação penal privada, o querelante dela desiste, quer pela perempção, quer pelo perdão, quando o Juiz acolhe as exce-9

i

ções de coísajulgada ou de litispendência (CPP, arts. 60, 51 e 110). Em todos esses casos a relação processual morre, extingue-se, finda-se, sem apreciação do

mérito (a lide penal). Às vezes, com apreciação do mérito, quando o Juiz reconhece a inexistência do direito de punir (CPP, art. 6 1).

10

capUlo 51

Dos Pressupostos Processuais

SUMÁRIO: 1. 0 processo como sucessão de atos e como re lação jurídica. 2. Pressupostos processuais. 3. A teoria dos pres supostos como 4 requisitos para a válida formação do processo.

4. A teoria dos pressupostos de existência e de validez. 5. Os pressupostos de existência. 6. Os pressupostos de validez.

1. 0 processo como sucessão de atos e como relação jurídica Já vimos as noções de fato e ato processuais. Ao conjunto de atos processuais que se sucedem, dispostos em ordem preestabelecida, com a finalidade de se resolver, jurisdicionalmente, a lide, denomina-se processo. Este, por outro lado, não é apenas um conjunto de atos coordenados, mas, também, uma relação de direitos e obrigações recíprocas, vale dizer, verdadeira relação jurídica que se entretece naquela série de atos. Sob o primeiro aspecto, fala-se, tecnicamente, em procedimento. Quanto ao segundo, em relação processual.

0 processo pode ser encarado sob dois ângulos: quer como sucessão de atos que lhe dão vida, quer como relação entre os sujeitos que o compõem.

Inicia-se com a demanda e finda, normalmente, quando o órgão Jurisdicional, após percorrer todo o iter procedimental, entrega, definitivamente, a prestação jurisdicional invocada, isto é, soluciona a lide, dizendo qual dos litigantes tem razão.

Considerando-se o processo como sucessão de atos, não se pode olvidar a noção de procedimento, que, com ele, guarda profundo e estreito relacionamento. Enquanto o processo é, em última análise, o instrumento de que se vale o órgão Jurisdicional para a resolução do litígio, o procedimento é a sua exteriorização, ou, como já se disse, o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e termina o processo. Enquanto este é de natureza teleológica, porquanto visa à

resolução da lide, aquele é de índole formal.

Encarando-se o processo como relação jurídica entre os sujeitos que nele se envolvem, é incontestável que o surgimento dessa relação fica subordinado a determinados requisitos, da mesma forma que a relação jurídico-material se condiciona a certos elementos. Há, na relação jurídico-processual, um profundo ligâmen entre o que deduz a pretensão (autor) e aquele contra quem a pretensão é deduzida (réu), entre o autor e o Estado-Juiz e entre este e o réu. 0 autor tem o direito de invocar um provimento jurisdicional, isto é, direito de se dirigir ao Juiz, dele postulando o julgamento de uma pretensão. 0 Juiz, por seu turno, a tanto não se pode furtar, ao menos para desacolher o pedido formulado. 0 réu, por sua vez, defende-se contra a pretensão deduzida, e o Juiz, por outro lado, não pode fugir à apreciação das razões por ele invocadas. Inegável, pois, a relação jurídico-processual, porquanto se entretece no processo.

2. Pressupostos processuais

Sendo, pois, o processo uma relação jurídica, natural esteja esta sujeita a certos requisitos. Daí a teoria dos pressupostos processuais, requisitos para que a relação jurídíco-processual surja valídamente.

3. A teoria dos pressupostos como requisitos para a válida formação do processo

Mas qual o alcance da expressão pressupostos processuais? A doutrina, no particular, está longe de pacificação. De modo geral, há duas correntes doutrinárias, sem se falar nas nuanças que

apresentam.

A) Uma entende que os pressupostos processuais são as condições mínimas para a existência da relação processual. Eles são indiferentes à existência, ou não, de uma decisão sobre o mérito. Ainda que o Juiz profira decisão para anular todo o processo, este existiu, ao menos para

ensejar aquela decisão do Orgão Jurisdicional. Vejam-se, a propósito, Eugenio Florian (Elementos de derecho procesal penal, trad. Prieto Castro, p. 84-6) e Ada Pellegrini Grinover (0 processo em sua unidade, Saraiva, 1978, p. 167 e s.).

Para esta corrente (que já sofreu profunda alteração no pensamento de Ada), a relação processual para existir pressupõe um órgão investido de jurisdição, o pedido e as partes. Assim, se, no curso do procedimento, o reu. arguir a exceção de coisa julgada e o Juiz vier a acolhê-la, nem por isso a relaçao processual deixou de existir. E tanto é verdade, aduzem, que a decisão do Juiz, extinguindo o processo, é perfeitamente válida.

Para Ada Pellegrini Grinover, o único pressuposto processual de existência é o Orgão Jurisdicional, isto é, uma pessoa realmente investida do poder de julgar. Nos demais casos (falta de capacidade da parte e pedido), a relação processual existe, posto que nula (ef. 0

processo, cit., p. 170).

B) A outra corrente, à quál nos filiamos, distingue os pressupostos de existência dos de validez.

Pressupostos processuais, na lição de Manoel. Cavaleiro de Ferreira, são requisitos que devem verificar-se para que se possa proferir no processo uma decisão de mérito ou uma decisão meramente processual (Curso de processo penal, Lisboa, Ed. Danúbio, 1986, v. 11, p.

10).

Não basta que a relação processual esteja constituída. E preciso, também, que ela se desenvolva eficazmente (rectius: validamente). Daí os pressupostos de existência e os pressupostos de validez.

Sem qualquer daqueles, haverá um não-processo. Sem a presença destes, o processo existe, mas inválido, ineficaz, podendo, contudo, eventual sentença transitar em julgado (se absolutória), mas... por considerações de ordem pública, como veremos a seguir.

4. A teoria dos pressupostos de existência e de validez 0 que a relação processual, para poder existir, pressupõe? Um órgão investido dejurisdição; o pedido, ato por meio do qual se postula a prestação jurisdicional; e, finalmente, as partes, isto é, a que deduz e aquela contra quem se deduz a pretensão.

A ausência de qualquer desses pressupostos acarretará a inexistência da relação processual, ou, então, esta ficará tão desfigurada que equivalerá à própria inexistência.

1

WF

Quanto ao Juiz, cremos não basta tratar-se de órgão desvestido absolutamente de jurisdição. Se pressupostos processuais de existência são condições para a constituição de uma relação processual, é induvidoso que, se o Juiz for absolutamente incompetente, embora não se possa negar que a relação processual surgiu, ela estará tão desfigurada que é como se não houvesse surgido. Ou melhor: ela existe materialmente, mas não apresenta nenhuma existência jurídica.

Tanto é verdade que, se um Juiz de Direito proferir decisão absolutória num processo contra um Ministro de Estado, haverá necessidade de se anular o processo? A resposta é não. Se um Juiz do Cível proferir sentença penal (fora a hipótese de crime falimentar, que, em São Paulo, é da sua alçada), haverá possibilidade de se formar a coisa julgada? Não. A sentença é inexistente (cf. Pontes de Miranda, F. Hélie e Frederico Marques, in Da competência em matéria penal, p. 307). A não ser que se queira dizer: a relação surgiu, embora absoluta e irremediavelmente imprestável. E tão imprestável que nem haverá necessidade de se procurar anulá-la... E que, nesses casos, o órgão, embora munido de jurisdição, atuou com usurpação ou excesso de poder, como bem o diz Frederico Marques (cf.

Elementos, v. 2, p. 388). Assim, também, se o Juiz da Vara de Família processasse e julgasse alguém, haveria um não-processo.

Se, porventura, um militar cometer um crime militar e vier a ser absolvido pela Justiça Comum, a sentença sequer poderá ser acobertada pela coisa julgada (cf. D. Evangelista de Jesus, Julgado unânime do STF, in Decisões anotadas do STF, Saraiva, 1978, p. 39).

Respeitante às partes, é de convir ser inexistente um processo sem acusador e sem acusado. Não se concebe, por exemplo, a instauração de um processo, no

Brasil, contra um Chefe de Estado estrangeiro. Se se pensar num Processo Penal contra animais, é de se lhe constatar a inexistência. Sobre o tema, vejam-se os Estudiosprocesales, deAlcalàZamora (Madrid, Teclinos, p. 684 e s.).

Diga-se o mesmo quando se tratar de pessoas mortas ou pessoas jurídicas.

Também não poderá haver processo contra menores de 18 anos. Falta-lhes absoluta capacidade. A idade constitui requisito subjetivo absoluto para que alguém possa ser sujeito passivo de pretensão punitiva. A propósito, M. Fenech, Derecho procesal penal (Labor, 1952, v.

1, p. 432).

Quanto à figura do acusador, à evidência não se concebe um processo penal sem ele. Se o processo e um actum trium personarum: judicis, 14

actoris et rei, inexistirá, ausente a figura do autor, que, no Processo Penal condenatório, é denon-iinado acusador.

S. Os pressupostos de existência

Finalmente, o último pressuposto de existência: a demanda ou pedido.

Este, no Processo Penal condenatório, consubstancia-se na denúncia ou queixa. Realmente, não pode haver Processo Penal condenatório, não se instaura a relação processual, se não houver uma pretensão punitiva deduzida. Sem acusação, diz Frederico Marques, não há causa penal objeto de processo condenatório, visto lhe faltar objeto ou lide para ser decidida (cf. Elementos, cit., v. 2, p.

389).

6. Os pressupostos de validez

Ao lado dos de existência, os pressupostos de validez. Não basta a existência de uma relaçao processual apta a desenvolver-se. E preciso, também, que ela se desenvolva validamente, de molde a propiciar ao Juiz a entrega da prestação jurisdicional.

Já vimos que parte da doutrina resiste a essa ampliação, por entender que a relação processual nada tem que ver com o mérito. São categorias distintas. Se o processo for nulo, haverá relação processual, esta existirá, ao menos para que o Juiz possa, validamente, emitir um provimento de natureza processual. Esta a lição de Florian (cf.

Elementos, cit., § 18), e de Ada Pellegrini Grinover (cf. 0

processo, cit., p. 167).

E claro que, para o surgimento de uma relação processual, é necessária a existência de certas condições, dando-lhe vida. Contudo, ao contrário da relação jurídica que lhe serve de conteúdo (a lide), é progressiva. Não é estática; é dinâmica. Ela vai se desenvolvendo tendo em vista a sua causafinalis: o provimento de mérito. Aliás, o próprio Florian não nega seja a relação processual de índole formal, no sentido de ter por finalidade a definição de outra relação (de Direito Material); não é um fim em si mesma, mas serve à realização de uma relação concreta (de Direito Material) (cf. Elementos, cit., p.

8 1).

Na verdade, a idéia de processo é necessariamente teleológica. 0 que a caracteriza é o seu fim: a decisão do conflito mediante uma sentença com autoridade de coisa julgada (cf. Couture,

Fundamentos, cit., p. 122).

Entendemos não bastar a existência de uma relação processual com mera possibilidade de desenvolver-se validamente. É preciso que assim ela se desenvolva. Por isso, pensamos que tudo quanto possa invalidar o processo pode, rigorosamente, ser incluído no roi dos pressupostos processuais. Então, além daquelas circunstâncias apontadas no art. 95 do CPP, as causas de nulidades. Não importa que estas atinjam um ato processual ou parte do procedimento. Desde que eles tenham reflexo, de maior ou menor intensidade, na relação processual, não deixam de ser pressupostos processuais de validez.

Quando o órgão Jurisdicional profere uma sentença de mérito acobertada com a coisa julgada, não poderá esta, às vezes, ser invalidada, com reflexo na relação

processual, ante a alegação de nulidade?

Assim procedendo, não estará o réu afirmando a invalidade daquela relação? Pense-se numa sentença condenatória com trânsito em julgado, sem que houvesse, no processo, o exame de corpo de delito, direto ou indireto, desde que o crime tenha deixado vestígio; pense-se num processo em que, na fase da sentença, o Juiz observou que a relação processual nem sequer poderia ter sido constituída, por ser o reu menor de 18 anos. Na primeira hipótese, por meio de habeas corpus, proclamar-se-á a absoluta imprestabilidade do processo. Sua nulidade é absoluta e manifesta. Na segunda, o Juiz anulará o processo, ex radice, com fulcro no art. 564, 11, do CPP, ante a absoluta ausência de capacidade. Ali, estaríamos em face de um pressuposto de validez; aqui, de um pressuposto de existência...

Certo que, ausente um pressuposto de validade, proferida sentença absolutória, esta poderá formar a coisa julgada. Mas tal se verifica por considerações de ordem pública. Entre a renovação de um processo e o respeito à liberdade individual, o nosso legislador preferiu este àquele.

Entretanto nem por isso se pode negar sejam as causas de nulidade verdadeiros pressupostos processuais de validez. Como poderiam sê-lo se a sentença fosse condenatória e não quando absolutória?

Cremos, assim, não se poder restringir a noção de pressupostos processuais àqueles requisitos para a sua constituição. Afinal de contas, o processo e uma relação que se desenvolve

progressivamente. Não basta, pois, analisá-la no seu nascimento, mas, também, no seu desenvolvimento, tendo em vista que ela visa a uma finalidade: a composiçao do conflito. Desde que haja um obstáculo que produza a invalidez dessa relação, pode-se denominá-lo pressuposto processual de validade.

16

Couture professa: "Si por definición, son presupuestos procesales aquellas circunstancias sin las cuales el proceso carece de existencia jurídica o de validez formal, lo menos que se puede deducir es que un proceso nulo por vicio de forma cabe dentro de esa definición"

(cf. Fundamentos, cit., p. 107).

Irrepreensível, no nosso entender, a lição de Leone: "São, pois, duas as características dos pressupostos processuais, que, na verdade, surgem como dois aspectos de um fenômeno único: a) os pressupostos processuais condicionani a existência da relação processual; b) os pressupostos processuais condicionain o poder-dever do Juiz de emitir a

decisão" (cf. Trattato, v. 1, p. 239). E, adiante, após distinguir os pressupostos processuais de existência dos de validez, professa: "Quando faltam os pressupostos processuais, encontramo-nos ante uma relação processual não existente; quando faltam os pressupostos de validez, encontramo-nos ante uma relação processual viva, mas inválida"

(cf. Trattato, cit., p. 240). 4

No mesmo sentido, G. Sabatini (Principii, v. 1, p. 233); Massari (Processo penale, p. 560); De Marsico (Lezioni, p. 154); Spiezia (Pressupposti, p. 349); Tornaghi (A relação processual penal, p. 5 1); Adhemar Raymundo da Silva (Estudos de direito processual penal, p. 31); Frederico Marques (Elementos, cit., v. 2, p. 387).

Desse modo, uns pressupostos são necessarios para que o processo exista, como instrumento juris; outros, para lhe emprestar eficácia. Assim, de modo geral, tudo quanto seja necessário para validar um processo pode ser lançado na categoria de pressupostos processuais ou

"requisitos ou condições orgânicas do processo", como quer Asenjo, em substituição à palavra composta alemã

Prozessvoraussetzungen (cf. Derecho procesal penal, v. 1, p. 116).

Com rigor científico, pode-se afirmar, sem receio de contestação, que as condições da ação tornam admissível o seu exercício, os pressupostos processuais de existência permitem o surgimento da relação processual e, finalmente, os pressupostos de validez permitem a apreciação do meritum causae.

Observe-se: quando o Promotor requer o arquivamento de um inquérito, sob o

fundamento de o fato ser atípico, o Juiz, dele discordando, remeterá os autos do inquérito ao Procurador-Geral, nos

termos do art. 28 do CPP. Se o Procurador entender que a razão está com o Promotor, o inquérito será arquivado (art. 28, infine).

17

Por que isso? Porque o exercício do direito de ação compete ao Ministério Público. Cabe-lhe dizer se exerce ou se não exerce o direito. 0 Juiz, em face da sua absoluta neutralidade, não pode

obrigá-lo. Entretanto, se o Promotor oferecer uma denúncia e o Juiz disser que o fato é atípico, caberá ao Tribunal, mercê de recurso (CPP, art. 5 8 1, 1), dizer se o Promotor tem ou não razão.

Por que assim? No primeiro caso, cuidava-se do exercício do direito de ação (que compete ao Ministério Público). Já no segundo, uma vez proposta a ação, provocada, pois, a jurisdição, vem o Juiz e não admite o exercício da ação, por faltar a possibilidade jurídica do pedido, vale dizer, uma das condições da ação. Proposta a ação, surge a relação processual (Juiz, demanda, partes). Cabe, agora, ao Juiz observar se a ação tem, ou não, condições de viabilidade...

Exatamente por isso Germano Marques da Silva esclarece que os pressupostos processuais são, na perspectiva funcional, requisitos de admissibilidade, condições prévias para a tramitação de uma relação processual, e, na estrutural, são elementos constitutivos da relação jurídica processual, que devem verificar-se para que se possa proferir no processo uma decisão (Curso de processo penal, Lisboa, Ed.

Verbo, 1994, v. 1, p. 41).

Sem os pressupostos de existência (órgão investido de jurisdição, pedido e partes), não há processo; ausentes os pressupostos de validez e presentes aqueles, o processo existe, mas inválido.

2 ~

18

capítulo 52

Formas Procedimentais

SUMÁRIO: 1. Conceito de procedimento. 2. Processo e procedimento. 3. As alterações introduzidas no Processo Penal. 4. Formas proAedimentais. 5.

Procedimento na hipótese de foro pela prerrogativa de função. 6.

Procedimento -regra (ou proce-

dimento comum) para os crimes apenados com reclusão. 7. Suspensão condicional do processo. 8. Crimes apenados com reclusão sujeitos a procedimentos especiais. 9. Crimes da competência do Júri. 10.

Impronúncia. Absolvição sumária e des-

classificação. 11. Pronúncia. Efeitos. Libelo. Contrariedade. 12. A competência do Tribunal do Júri. 13. 0 Júri e suas linhas estruturais. A soberania dos veredicta. 14. Organização e funcionamento do Júri. 15.

Sentença condenatória. Sentença

absolutória. Desclassificação. 16. Modelo de sentença absolutória. 17.

Modelo de sentença condenatória. 18. Modelo de sentença, em caso de desclassificação. 19. Questionário.

1. Conceito de procedimento

Procedimento é o iter, a concatenação, a coordenação dos atos processuais. É a seqüência que estes devem guardar e obedecer. Se o processo é aquele conjunto de atos que se praticam com a finalidade de fazer atuar a vontade concreta da lei, isto é, de dar solução ao litígio (e a solução é dada quando se aplica a norma jurídica ajustável à espécie), o procedimento nada mais representa senão o ordenamento desses atos.

2. Processo e procedimento

Enquanto o processo representa aquela atividade do Juiz na sua função de aplicar a lei ao caso concreto, o procedimento, como já se disse, é o modusfaciendi com que essa atividade se realiza e se desenvolve.

Sendo o processo o conjunto de atos visando à atuação da vontade da lei, o procedimento é un ordenamiento de actos predispuestos a tal fin, como bem o disse Carnelutti (cf . Lecciones sobre el proceso penal, trad. Santiago S. Melendo, Buenos Aires, 1950, v. 4, p.

3).

Quando se promove uma ação penal, intensa atividade é desenvolvida pelo Juiz, a quem cabe dirigir o processo, prover à sua regularidade, manter a ordem no curso dos respectivos atos e, finalmente, praticar o ato culminante, o ato piá eminente, que é a sentença. Até atingi-Ia, praticam-se numerosos atos: oferecimento da peça acusatória, juízo de sua admissibilidade, citação, interrogatório, defesa prévia, colheita do material probatório, discussão da causa, possíveis diligências determinadas pelo próprio Juiz para sanar nulidades e suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade. Após esse trabalho intenso, a resolução da lide. 0 conjunto desses atos é que constitui o processo. Todavia a sua ordem, a seqüência, a sua disposição metódica é que se denomina procedimento.

Com acerto, diz Alcalà-Zamora: processo e procedimento refletem a idéia de marcha ou movimento (de uma cadeia ou sucessão de atos) hacia una meta o finalidad (cL Derecho, cit., v. 1, nota

18). E, particularizando a noção de procedimento, explica: Ia mera coordenación de actosprocesales en marcha hacia un determinado objetivo (cf, Derecho, cit., v. 1, p. 17).

Não se infira daí seja o processo coisa distinta do procedimento. Este é o próprio processo, com os atos coordenados.

Visto pelo lado de dentro, o processo é uma verdadeira relação jurídica, de natureza pública, progressiva, complexa, nela envolvendose direitos, deveres e

garantias entre os sujeitos processuais. Essa relação, entretanto, vista externamente, é um encadeamento de atos conexos

que se vão sucedendo, desde a dedução da pretensão até a decisão definitiva com trânsito em julgado.

Tais atos, entretanto, obedecem a uma ordem preestabelecida por lei, de molde a assegurar "uma resolução justa do conflito".

Nem teria sentido pudessem o Juiz e as partes praticar os atos que se aglutinam no processo de maneira desordenada e disforme. Cabe, pois, ao legislador estabelecer o modus procedendi, a fim de que se obtenha uma solução justa do litígio, evitando-se, destarte, "los peligros de Ia improvisación y del despotismo judicial y Ias sorpresas de una guerra de guerrillas entre los contendientes", como bem o disse AlcalàZamora, um dos mais lúcidos processualistas contemporâneos (Derecho, cit., v. 2, p. 191).

Mas essa ordenação dos atos processuais, conforme ainda pondera o mestre espanhol, deve ter reduzida, em certos casos, sua mínima expressáo formalista e, em outros, sobrecargado de trámites (Derecho, cit., v. 1, p. 17).

Se se objetiva, com o processo, a atuação da vontade concreta da lei, segundo conceito chiovendiano, isto é, a solução do litígio "conforme a norma reguladora da espécie", e se cabe ao legislador preordenar os atos que informam a aJidade jurisdicional, toda cautela deve ser pouca, para que o ideal dajustiça não seja sacrificado com um procedimento atabalhoado. É claro que justiça tardia, como dizia Rui, "é injustiça qualificada e manifesta", infame hipocrisia de j*ii,,Ilça. Por essa razão, deve a justiça ser célere, sem que a celeridade possa acarretar injustiça das decisões. Mas, como já se disse, se Ia

giustizia é sicura non é rápida, se é rápida non é sicura... Tal dilema, para o legislador, é uma verdadeira esfinge a bradar: decifra-me ou devoro-te!

Um procedimento por demais célere ou um abreviamento das formas não permite a perfeita discussão da causa, de molde a se lograr, tanto quanto possível, segurança e eficiência na realização da justiça. Haveria um simulacro

de justiça ou justiça perneta. Por outro lado, a tardança procedimental, além de gerar aquilo que Rui, com propriedade, denominava injustiça qualificada e manifesta, produz um definhamento das provas, notadamente a testemunhal, uma vez que o passar do tempo dilui algumas impressões e, às vezes, baralha outras.

As críticas que se fazem às formas procedimentais, adotadas pelo nosso legislador processual penal, em parte procedem. Não são, contudo, os procedimentos a razão única da crise que, de algum tempo para cá, afeta a nossa vida forense, abarrotando os pretórios e emperrando os trabalhos dos nossos Tribunais. Juízes há, felizmente em número reduzido, que desconhecem os prazos processuais, e um simples despacho de expediente é proferido em cinco ou mais dias.

Outros vêem,

numa diligência requerida pela parte, ainda que estapafúrdia e absurda, medida providencial para se livrar, por algum tempo, da decisão da causa.

Herotides Lima, citado por Mário Guimarães, conta de um litigante que pedira, para provar um fato ocorrido em São Paulo, a notificação de Stalin, na União Soviética... (cf. 0 Juiz e a função jurisdicional, p. 272).

Outras diligências, não tão descabeladas quanto essa, mas com indisfarçável e visível propósito de chicanice, são requeridas e deferidas por alguns juízes.

Às vezes, os autos permanecem meses a fio em cartório, aguardando a folha de antecedentes. Há casos, em alguns Estados da Federação, em que, para cumprimento de simples precatória, haverá

necessidade de intervenção do Desembargador Corregedor da Justiça... E

ainda se culpa o obsoletismo do Código! Quando se empresta maior celeridade ao procedimento, raros são os Juízes que o observam. Exemplo flagrante temos na Lei n. 4.898, de 9-12-1965, que cuida dos crimes de abuso de autoridade. Ainda não tivemos a oportunidade de ver o procedimento ali traçado seguido à risca.

Autoridades Policiais há que, num simples crime de lesão corporal leve, gastam 50 ou 70 dias para a conclusão do inquérito, quando, na verdade, o prazo não pode exceder de 30! Num Estado próximo a São Paulo, conheci um Promotor em cuja gaveta havia mais de 50

inquéritos! A crise, como se vê, é geral. 0 Estado, também, tem sua parcela de culpa, com a redução do material humano indispensável para a consecução dos seus fins. Felizmente, no Estado de São Paulo, tais anomalias se reduzem a um mínimo insignificante. Tudo são erros, são distorções que precisam ser corrigidas.

3. As alterações introduzidas no Processo Penal Não obstante o nosso Código esteja a exigir alterações, o certo, conforme sempre sustentamos, é que elas devem ser feitas por setores, possibilitando, assim, maior adaptação.

Hoje já possuímos um procedimento uniforme para a ação penal originária.

Seja a ação penal da competência exclusiva do STE seja do STJ, dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais ou Tribunais de Justiça, o procedimento é sempre aquele traçado na Lei n. 8.038/90. Os arts. 556 a 562 do CPP foram revogados pela Lei

n. 8.658/93, e este diploma se incumbiu, inclusive, de estabelecer a uniformização procedimental.

Para as infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções (quaisquer) e os crimes cuja pena máxima não supere um ano nem se subordinem a procedimentos especiais, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais criou mecanismos para uma resposta rápida, possibilitando ao Estado, sem abrir mão do seu poder punitivo, enfrentar o desafio da pequena criminalidade. Aliás o número estonteante de processos alusivos a essa pequena criminalidade praticamente emperrava a máquina judiciária de todo o Brasil. E, digase de passagem, sem resultado prático, pois muitas e muitas vezes os infratores eram beneficiados pela prescrição retroativa. Além disso, ainda na fase administrativa, o problema das infrações ditas de bagatela era solucionado, entre

nós, por meio de medidas não ortodoxas, incluindo-se acordos nas Delegacias entre autor do fato e vítima nos crimes culposos, pedidos ddarquivamento formulados por Promotores quando se tratava de infrações de pouca monta envolvendo marido, mulher e filhos, com invocação do art. 5.' da Lei de Introdução ao Código Civil, e, outras vezes, pedia-se o arquivamento ante o único argumento de que se tratava de infração sem maior expressividade. Não era um procedimento ético, porquanto, no fundo, o Ministério Público e o Juiz estavam julgando o legislador. Certo que de minima non curat Praetor, mas se o Estado

considerasse o fato insignificante, não 0 teria posto entre as infrações.

0 legislador, pela Lei n. 9.099/95, para essas infrações praticamente

"sem dignidade penal", criou dois institutos notáveis: a transação e o procedimento sumariÍssimo, sem falarmos da suspensão condicional do processo, que se aplica, também, e com mais freqüência, às infrações de médio potencial ofensivo, como veremos mais adiante.

Tomando a Autoridade Policial conhecimento da ocorrência de uma dessas infrações de pouca monta, deverá lavrar Termo Circunstanciado, em lugar do inquérito, e remetê-lo de imediato ao Juizado, com o autor do fato e a vítima. Se houver flagrância, não se lavrará o respectivo auto, dês que o autor do fato se comprometa a comparecer ao Juizado. Uma vez aí, se for possível a audiência, o Juiz indagará às partes sobre a possibilidade de composição de eventuais danos (se for o caso) e, inclusive, sobre a aceitação da proposta, formulada pelo Promotor de Justiça, de aplicação de multa ou de pena restritiva de direito (art. 43 do

CP). Se a infração for de ação penal pública condicionada à representação ou de iniciativa privada, a composição dos danos, homologada pelo Juiz, implica renúncia ao direito de representação ou queixa.

Logo em seguida à proposta para a satisfação dos danos, ou simultaneamente, é

feita a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade. Se o Juiz acolher a proposta feita e aceita, aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, sem que importe em reincidência.

Outra novidade introduzida pela Lei ri. 9.099/95 foi o procedimento sumarilssimo para essas mesmas infrações. Assim, se não for possível a transação por um daqueles motivos elencados no art. 77

do citado diploma, com respaldo naquele Termo Circunstanciado, o Promotor ou o querelante, se for o caso, ofertará a denúncia ou queixa oralmente, que será reduzida a termo, entregando-se cópia ao autor do fato, que, de logo, ficará ciente da audiência a ser realizada.

Na data aprazada será dada a palavra à Defesa para contestar a peça acusatória, após o que, se o Juiz receber a denúncia ou queixa, serão ouvidas vítima, testemunhas da acusação e da defesa e, por último, o acusado, seguindose os debates e julgamento.

Ao lado dessas duas importantes inovações, adotou-se, também, o instituto da suspensão condicional do processo ou do "sursis antecipado", como o denominava, desde os idos de 19 8 1, o eminente Prof. Des. Weber Martins Batista. Satisfeitas as exigências legais, se a pena míni-ma cominada à infração for igual ou inferior a um ano, uma vez recebida a denúncia ou queixa, será feita a proposta de suspensão do processo por 2

ou 4 anos. Se for aceita, o agente se submete a um período de prova. Vencido esse período sem revogação, extinguir-se-á a punibilidade.

E possível que no futuro, graças à excelente acolhida que esses institutos tiveram, sofra a transação um maior alargamento, para compreender os crimes contra a honra, podendo até mesmo ser estendida às infrações cuja pena máxima, in, abstracto, não supere os dois anos.

Pensamos que o legislador, ao lado dessas inovações, deverá criar um instituto semelhante ao plea guilty. Assim, para as infrações de menor e médio potencial ofensivo, quando reincidente o réu, ou quando não for possível, por outro motivo, a transação, o procedimento sumariíssimo ou a suspensão condicional do processo, uma vez ofertada a denúncia, caberá ao réu contestá-la. Recebida a

peça acusatória, se o réu confessar-se culpado, deverá o Juiz indagar da Defesa se pretende,

ou não, dar prosseguimento ao feito. Negativa a resposta e em homenagem a sinceridade do réu, o Juiz, ao aplicar a pena, deverá observar 0 seu patamar mínimo com uma diminuição de um terço.

4. Formas procedimentais

Sendo a noção de processo eminentemente teleológica, finalística, voltada para o resultado a obter-se, e a noção de procedimento, ao invés, eminentemente formal, conforme lição de Calmon de Passos (cf.

Comentários, cit., 1974, v. 3, p. 7), deve o legislador emprestar ao procedíniento notável funcionabilidade, isto é, adequá-lo e apropriá-lo a uma perfeita discussão da causa, de modo a permitir ao Estado-Juiz a resolução justa ao litígio, com razoável celeridade.

Desse modo, pode o legislador, considerando a natureza da causa, por exemplo, fixar procedimentos diversos.

Feitas essas observaçoe!j~ vejamos as várias formas procedimentais estabelecidas no nosso diploma processual penal.

Pela leitura do nosso CPP, conclui-se que o legislador admitiu três tipos de procedimento: a) o denominado comum, que se bifurca em solene e soleníssimo, o primeiro destinado aos crimes apenados com reclusão, da competência do Juiz singular, e o segundo, para os da al-

çada do Tribunal do Júri; b) os especiais; e c) o destinado aos processos da competência originária do STF e os dos Tribunais de Justiça.

Tal classificação, como bem o disse Frederico Marques, é absolutamente empirica e sem sistema (cf. Elementos, cit., v. 1, p. 402).

E realmente o é. Por que se denominar comum aquele procedirnento traçado nos arts. 394-405 e 498-502, parágrafo único, quando só se destina aos crimes apenados com reclusão? Por que incluir sob o mesmo título o procedimento sumario para as contravenções e o procedimento sumario para os crimes apenados com detenção, quando, na verdade, tínhamos, até antes do advento da Carta de 1988, um procedimento sumário para os crimes apenados com detenção e outro para as contravenções?

Considerando tal falta de sistematização, aconselhável se nos afigura, pelo menos para fins didáticos, a classificação feita por Frederico Marques (cf.

Elementos, cit., v. 1, p. 403 e s.).

A summa divisio das formas procedimentais, entre nós, é esta: a) procedimento de foro pela prerrogativa de função e b) procedimento de foro sem prerrogativa de função.

25

5. Procedimento na hipótese de foro pela prerrogativa de função Determinadas pessoas, em face da sua importância no cenário jurídico-político da nossa pátria, são processadas e julgadas, privativamente, pelos órgãos superiores da nossa Justiça. Fala-se, então, eniforo pela prerrogativa de função. Assim quando se tratar de processo penal condenatório da competência privativa dos órgãos superiores da Justiça, o procedimento é um, e, quando o sujeito passivo da pretensão punitiva não fizer jus ao foro pela prerrogativa de função, o procedimento é outro. Daí a dualidade: a) foro pela prerrogativa de função e b) foro sem a prerrogativa de função.

Vejamos, por primeiro, o foro pela prerrogativa de função. Quais os órgãos superiores que têm competência para, privativamente, processar e julgar determinadas pessoas? Quais são essas pessoas?

Atualmente, têm competência originária ratione personae o STF, o STJ, o STM, os TRF, os TRE, os Tribunais de Justiça e, em alguns Estados da Federação, o Tribunal de Justiça Militar. Quando do estudo que fizemos, no 2.' volume desta obra, sobre a competência pela prerrogativa

de função, mostramos quais as pessoas que têm foro especial. Sem embargo, faremos, a seguir, ligeira rememoração no que respeita ao STF, STJ, TRF e Tribunais de Justiça.

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigência, 1942, havia entre nós, como orgãos superiores da Justiça, o Supremo Tribunal Federal, o Supremo Tribunal Militar (era esta a denominação desde a Constituição de 1891 até a de 1937) e os Tribunais de Apelação (hoje Tribunais de Justiça). E, para as infrações cujo processo e julgamento fossem da competência privativa do STF e dos Tribunais de Justiça, o legislador estabeleceu aquele procedimento traçado nos arts. 556 a 562 do CPP.

A Constituição de setembro de 1946, para aliviar do sobrepeso que assoberbava o Supremo Tribunal Federal, criou mais um órgão jurisdicional superior, o Tribunal Federal de Recursos, não lhe conferindo, entretanto, competência originária ratione personae.

Mais tarde, em 1965, instituiu-se a Justiça Comum Federal, criando-se os Juízes Federais e alçando o Tribunal Federal de Recursos a órgão de segundo grau dessa Justiça, atribuindo- se-lhe uma competên-26

cia mais ampla, inclusive ratione personae. Já agora era da sua competência, também, processar e julgar, privativamente, os Juízes Federais e membros do Ministério Público da União, em quaisquer infrações penais. E, no seu Regimento Interno, aquele sodalício, como não podia deixar de ser, manteve o procedimento traçado nos arts. 556 a 562

do CPP.

Posteriormente, a Emenda Constitucional ri. 1/69 conferiu ao STF poderes para, em seu Regimento Interno, traçar normas sobre os processos da sua competência. Em face desses poderes, a Excelsa Corte, na sua Lei Interna de 1970, ao estabelecer o procedimento das infrações penais da sua competência privativa, manteve aquele mesmo rito traçado nos arts. 556 a 562 do CPP, com várias alterações, notadamente na fase postulatória. Assim é que o poder de receber ou rejeitar a denúncia ou queixa deixou de ser ato do Relator e passou para o próprio Tribunal. A resposta escrita à denuncia ou queixa, no prazo de 15 dias, passou a ser indispensável, ém qualquer circunstância, contrariamente ao que dispõe o art. 558 em seus incs. I e 11 do CPP. Houve, pois, notáveis alterações.

Os constituintes de 1988 extinguiram o Tribunal Federal de Recursos e, em seu lugar, foram criados 5 Tribunais Regionais Federais, como órgãos de segundo grau da Justiça Comum Federal.

Criou-se, também, para diminuir a sobrecarga do STF, o Superior Tribunal de Justiça, que passou a ser o órgão de cúpula da Justiça Estadual e da Justiça Comum Federal.

Esses novos Tribunais, com competência, também, para processar e julgar,

privativamente, determinadas pessoas, estabeleceram, em seus Regimentos, para a ação penal originária, aquele mesmo

procedimento traçado nos arts. 556 a 562 do CPP, inspirando-se, também, por força do art. 3.' do CPP, no Regimento Interno da Excelsa Corte.

Muitos Tribunais de Justiça procuraram alterar seus Regimentos, e acolheram algumas inovações introduzidas no procedimento da ação penal originária da Corte Maior. Posteriormente, a Lei ri. 8.038, de 28-5-1990, uniformizou o procedimento observado quando do processo das infrações da alçada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Aos 26 de maio de 1993, surgiu novo diploma legal (Lei ri. 8.658) revogando os arts. 556 a 562

do CPP e estabelecendo que "as normas dos arts. 1.' a 12, inclusive da Lei ri. 8.038, de 28 de maio de 1990, aplicam-se às ações penais de competência originária dos Tribu-27

nais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais".

Na competência originária, ratione personae, pouco importa saber se a infração é apenada com reclusão, detenção, prisão simples ou multa; se a infração penal é eleitoral, comum, cometida por meio da imprensa ou dolosa contra a vida. Considera-se, apenas e tão-somente, o sujeito passivo da pretensão punitiva. Apenas a distinção entre crime comum e de responsabilidade é que deve ser levada em conta, porquanto, na Lei Maior, a expressão crime comum está empregada em antagonismo a crime de responsabilidade.

Não se deve deslembrar que, para a Constituição, crime de responsabilidade é aquele por ela própria definido, ou tipificado em leis especiais, tal como sucede com a Lei n. 1.079, de 10-4-1950.

Assim, quando a Constituição diz competir ao STF processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns, isso significa deva ele ser processado e julgado pela Excelsa Corte em toda e qualquer infração penal

(comum, eleitoral ou militar), menos nos crimes de responsabilidade, quando, então, por força da própria Constituição, o processo e julgamento competem ao

Senado Federal.

Compete ao STF, nos termos do art. 102, 1, b e c, da CF, processar e julgar: a) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvada a hipótese de crime de

responsabilidade conexo com o do Presidente, quando, então, a competência se desloca para o Senado Federal, nos termos do art. 52, 1, da CF, os membros dos Tribunais Superiores (STJ, STM, TSE e TST), os membros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Quanto ao STJ, compete-lhe processar e julgar, privativamente, nos termos do art. 105, 1, a, da CF: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; b) nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.

28

Embora não haja na Constituição nenhuma regra implícita ou explícita autorizando esses órgãos Maiores da nossa Justiça (STF e STJ) a processar e julgar outras pessoas além das elencadas no seu texto, o direito pretoriano admite possam o STF e o STJ estender sua competência para processar e julgar outras pessoas, dês que haja uma relação de conexidade ou de continência entre as infrações cometidas por uma pessoa que desfrute do foro pela prerrogativa de função e outra qualquer, aplicando-se a regra do art. 78, 111, do CPR Todos sabemos que o STF recebeu denúncia por corrupção em relação ao ex-Presidente Fernando Collor de Mello e outras pessoas (sem foro privativo), que estariam envolvidas no denominado "esquema R C.

Farias".

Da ação penal originária da competência do Supremo Tribunal Federal, Superior

Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito

Federal

4

Em se tratando de infração da competência originária do STF, STJ, TRF ou Tribunal de Justiça, este o procedimento: se a infração penal for de ação pública, o Ministério Público terá o prazo de 15

dias para oferecer a denúncia ou pedir o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. Se o Ministério Público entender necessária a realização de diligências para a oferta da denúncia, se deferido o pedido pelo Relator, tal prazo será interrompido. Se o indiciado estiver preso, o prazo para o oferecimento da denúncia será de 5 dias. Neste caso, a realização de diligências complementares não interrompera o prazo, assim como sucede na hipótese de estar o indiciado solto, salvo se o Relator, ao deferir o pedido, determinar o relaxamento da prisão.

0 Relator, escolhido na forma regimental, será o Juiz da instrução, que se realizará segundo as normas fixadas na Lei n. 8.038/90, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal. 0 Relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos Juízes singulares.

Compete ao Relator:

lei.

I - determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão do Tribunal;

11 - decretar a extinção da punibilidade, nos casos previstos em 29

1

Apresentada a denúncia ou queixa ao Tribunal (STF ou STJ), farse-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de 15 dias. Com a

notificação serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do Relator e dos documentos por este indicados.

Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, será ele notificado por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em 5 dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de 15 dias, a fim de apresentar a resposta-contestação.

Se, com a resposta do acusado, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária (MP ou querelante) para sobre eles se manifestar, no prazo de 5 dias. Na ação penal de iniciativa privada, será ouvido, em igual prazo, o Ministério Público.

A seguir, o Relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

No dia desse julgamento será facultada sustentação oral pelo prazo de 15

minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto.

Recebida a denúncia ou a queixa, o Relator designará dia para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.

0 prazo para a defesa prévia será de 5 dias, contado do interrogatório ou da intimação do defensor dativo.

A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do CPP (arts.

396-405).

0 Relator poderá delegar 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.

Por expressa determinação do Relator, as intimações poderão ser feitas por carta registrada com AR (aviso de recebimento).

Concluída a inquirição de testemunhas, serão intimadas a acusação e a defesa para requerimento de diligências, tal qual ocorre com a 30

regra do art. 499 do CPP, com esta diferença: o prazo, aqui, não será de 24 horas, mas de 5 dias.

Realizadas as diligências, ou não sendo estas requeridas nem determinadas pelo Relator, serão intimadas a acusaçao e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de 15 dias, alegações escritas.

Se houver co-réus, o prazo para a defesa será comum.

Se houver assistente de acusação, o prazo do MP e do assistente será comum.

Se o processo se iniciar através de queixa, o Ministério Público terá vista dos autos, por igual prazo, após as alegações das partes.

0 Relator poderá, após as alegações escritas, determinar de ofício a realização de provas reputadas imprescindíveis para o julgamento da causa.

Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada no seu Regimento Interno, observando-se o seguinte: "I -a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação; Il - encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir".

E, como a Lei n. 8.038/90 dispõe que "finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo Regimento Interno...", segue-se que cada um desses Tribunais, na sua lei interna, poderá estabelecer, como entender mais conveniente, as normas a serem observadas na sessão de julgamento. Contudo, as duas regras transcritas no parágrafo anterior não poderão ser olvidadas (cf. art. 12 da Lei n. 8.038/90 c/c o art 1.' da Lei n. 8.658/93).

A instrução criminal nas ações penais originárias foi uniformizada.

Apenas o julgamento poderá apresentar singularidades, ditadas pelos Regimentos Internos. Na verdade, como os Tribunais têm poderes para estabelecer normas a serem observadas no julgamento, respeitada, evidentemente, a Lei n. 8.038/90, pode haver, neste ou naquele Regimento Interno, algumas peculiaridades.

A título de ilustração, vejamos a ordem dos atos na sessão de julgamento de ação penal de competência de alguns Tribunais.

31

11

A sessão de julgamento no Supremo Tribunal Federal 1 - o Relator apresentará o relatório lavrado e, se houver, o aditamento ou retificação do Revisor;

11 - as testemunhas arroladas serão inquiridas pelo Relator e, facultativamente, pelos demais Ministros; em primeiro lugar, as de acusação e, depois, as de defesa;

III - admitir-se-ão, a seguir, perguntas do Procurador-Geral e das partes;

IV - ouvir-se-ão os peritos para esclarecimentos previamente ordenados pelo Relator, de ofício, ou a requerimento das partes ou do ProcuradorGeral;

V - findas as inquirições e efetuadas quaisquer diligências que o Tribunal houver determinado, será dada a palavra à acusação e à defesa, pelo tempo de 1 hora, prorrogável pelo Presidente (assegurando-se ao assistente um quarto do tempo da acusação); VI - na ação penal privada, o Procurador-Geral falará por último, por 30

minutos;

VII - encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público o exigir (art. 12 da Lei n. 8.03 8/90), proclamando o resultado do julgamento em sessão pública;

VIII - o julgamento efetuar-se-á em uma ou mais sessões, a critério do Tribunal;

IX - nomear-se-á defensor ad hoc se o advogado constituído pelo réu ou o defensor anteriormente nomeado não comparecer à sessão de julgamento, a qual será adiada se aquele o requerer para

exame dos

autos.

A sessão de julgamento no Superior Tribunal de Justiça I - a Corte Especial reunir-se-a com a presença de pelo menos dois terços de seus membros, excluído o Presidente; 11 - aberta a sessão, apregoadas as partes e as testemunhas arroladas e admitidas, lançado o querelante que deixar de comparecer (CPP, art. 29), salvo o caso do art. 60, 111, do CPP, proceder-se-á às demais diligências preliminares;

32

111 - a seguir o Relator apresentará o relatório do feito, resumindo as principais peças dos autos e a prova produzida; se algum dos Ministros solicitar a leitura integral dos autos ou de parte deles, o Relator poderá ordenar seja ela efetuada pelo Secretário; IV - o Relator passará a inquirir as testemunhas cujo depoimento tenha deferido, podendo reperguntá-las os outros Ministros, o órgão do Ministério Público e as partes;

V - findas as inquirições e efetuadas as diligências que o Relator ou o Tribunal houver determinado, o Presidente dará a palavra, sucessivamente, ao querelante, se houver, ao órgão do Ministério Público e ao acusado, ou ao seu defensor, para sustentação oral, podendo cada um ocupar a tribuna durante 1 hora, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação;

VI - encerrados os debates, a Corte Especial passará a proferir o julgamento, podendo o Pre~dente limitar a presença no recinto às partes e aos seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público o exigir;

VII - o julgamento efetuar-se-á em uma ou mais sessões, a critério do Tribunal, observado, no que for aplicável, o disposto no Título XII do Livro 1 do CPP (arts. 381 a 393).

A sessão de julgamento no Tribunal Regional Federal da 3.' Região Ao designar

a sessão de julgamento, o Presidente determinará a intimação pessoal das partes e das testemunhas cujos depoimentos o Relator tenha deferido.

A Secretaria do Tribunal expedirá cópias do relatório e as distribuirá entre os Juízes.

Na sessão de julgamento, o Tribunal reunir-se-á com a presença de pelo menos dois terços de seus membros, excluído o Presidente, observando-se o seguinte procedimento:

1 - aberta a sessão, apregoadas as partes e as testemunhas, lançado o querelante, que deixar de comparecer (CPP, art. 29), salvo o caso do art.

60, 111, do CPP, proceder-se-á às demais diligências preliminares;

II - a seguir, o Relator apresentará relatório do feito, resumindo as principais peças dos autos e a prova produzida; se algum dos Juízes 33

solicitar a leitura integral dos autos ou parte deles, o Relator poderá ordenar seja a mesma efetuada pelo Secretário; III - o Relator passará a inquirir as testemunhas cujos depoimentos tenha deferido, podendo os outros Juízes e as partes reperguntá-las; IV - findas as inquirições e efetuadas as diligências que o Relator ou o Tribunal houver determinado, o Presidente dará a palavra, sucessivamente, ao acusador, se houver, ao órgão do Ministério Público Federal e ao acusado, ou ao seu defensor, para sustentarem oralmente a acusação e a defesa, podendo cada um ocupar a tribuna por 1

hora, prorrogável pelo Tribunal;

V - encerrados os debates, o Tribunal proferirá julgamento em sessão pública;

VI - o julgamento dar-se-á em uma ou mais sessões, a critério do Tribunal, observando, no que lhe for aplicável, o disposto no Título XII do Livro 1 do CPP (arts. 381 a 393).

Após os pregões, o réu poderá recusar um dos Juízes, e o acusador, outro.

Havendo mais de um réu ou mais de um acusador, e se não houver acordo, será determinado, por sorteio, quem deva

exercer o direito de recusa. Observe-se que essa recusa sem motivação não pode recair sobre o Relator. 0 acórdão será lavrado nos autos pelo Relator e, se vencido, pelo Juiz que for designado.

Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais, na conformidade da lei processual penal.

Da decisão cabem, para o Plenário, embargos de declaração e revisão criminal.

A sessão de julgamento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 0 Relator velará pelo cumprimento das diligências necessárias ao julgamento, principalmente quanto à intimação das partes e seus advogados, do Ministério Público e das testemunhas, indicando também as peças do processo que devam ser remetidas aos julgadores, com a necessária antecedência.

Abertos os trabalhos, far-se-á o pregão das partes, advogados testemunhas.

Se o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, o Presidente, ouvidos o Relator, o Revisor e o Plenário, declarará perempta a ação penal. Cuidando-se de ação privada subsidiária, e não justificando o querelante a ausencia, prosseguirá o julgamento com o Ministério Público como parte principal.

Após os pregões, cada uma das partes poderá recusar, sem motivação, um dos desembargadores, que não seja o Relator ou o Revisor. Havendo mais de um advogado, ou mais de um acusador, e se

não entrarem em acordo, será determinado, por sorteio, quem, dentre cada grupo, deva exercer o direito de recusa.

Se qualquer das partes deixar de comparecer por motivo justificado, a sessão poderá ser adiada, a critério do Plenário.

A ausência de testemuyha regularmente notificada, que já tenha prestado

depoimento na instrução, não acarretará o adiamento da sessão.

Tratando-se de testemunha que ainda não tenha prestado depoimento, e insistindo a parte em ouvi-Ia, deverá esclarecer as razões desse propósito, para que decida o Plenário, apos manifestação da parte contrária; se concluir pela necessidade do depoimento, a sessão será adiada, procedendo-se à condução da testemunha faltosa.

Sempre que for adiada a sessão, o Ministério Público, as partes, advogados e testemunhas serão intimados da nova designação.

Ultimadas as providências preliminares, o Relator apresentará o relatório, mencionando, se houver, o aditamento ou a retificação promovida pelo Revisor; se algum dos desembargadores solicitar a leitura total ou parcial dos autos, o Relator poderá incumbir o Secretário de promovê-la.

As testemunhas serão inquiridas pelo Relator e, facultativamente, pelos Desembargadores; após, possibilitar-se-ão reperguntas às partes e ao Ministério Público, por intermédio do Relator.

Se for o caso, ouvir-se-ão os peritos para esclarecimentos previamente ordenados pelo Relator, de ofício, ou a requerimento das partes ou do Ministério Público.

Findas as inquirições e realizadas quaisquer diligências que o Tribunal houver determinado, será dada a palavra, sucessivamente, ao 35

querelante, se a ação for privada, ao órgão do Ministério Público e ao acusado ou ao seu defensor, podendo cada um ocupar a tribuna pelo prazo de 1 hora, prorrogável por deliberação do Plenário, até ao máximo de 30 minutos, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação.

Na ação penal privada o Procurador-Geral de Justiça falará por último, pelo tempo de 30 minutos.

Encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto ao MP, bem como às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público o exigir.

0 resultado do julgamento será proclamado em sessão pública. Nessa

proclamação não serão individuados os votos vencedores ou vencidos, declarando-se, apenas, se a votação se deu por unanimidade ou maioria, em cada uma das questões suscitadas.

Nomear-se-á defensor ad hoc se, regularmente intimado, o advogado constituído pelo acusado ou anteriormente nomeado não comparecer à sessão de julgamento, adiando-se esta em caso de

requerimento do novo defensor.

0 julgamento se efetuará em uma ou mais sessões, a critério do Tribunal.

Desse modo, tal como já havíamos sugerido na edição anterior, o legislador uniformizou todo o rito das açoes penais de competência originária dos Tribunais Superiores (STF, STJ, TRF e Tribunais de Justiça). Por força de compreensão, esse procedimento se aplica, também, às ações penais de competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais.

Observações quanto à competência originária dos Tribunais de Justiça 1) Segundo entendimento jurisprudencial. predominante, a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para processar e julgar aquelas pessoas referidas na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e no art. 87 do CPP, restringe-se às infrações da alçada da Justiça Comum Estadual. Se praticarem infrações da alçada da Justiça Comum Federal ou da Justiça Eleitoral, a competência se deslocará para o Tribunal Regional Federal ou Tribunal Regional Eleitoral, conforme o caso. Sem embargo, somos de opinião que, não

havendo na Constituição Federal qualquer norma admitindo, implícita ou explicitamente, a competência dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais Eleitorais para processar e julgar outras pessoas além daquelas por ela indicadas, e, por outro lado, conferindo a Lei Maior, no seu art. 125, § 1.', às Constituições locais poderes para estabelecerem a competência dos Tribunais de Justiça, pensamos que a ação penal originária desses Tribunais abrange toda e qualquer infração penal, com aquela única restrição tratada no art. 96, 111, da Constituição Federal.

2) Consoante a Lei Maior, compete ao Tribunal de Justiça do Estado ou Distrito Federal processar ejulgar os Juízes Estaduais, os membros do Ministério Público e os Prefeitos Municipais (CF, arts.

96, 111, e 29, VIII). Por outro lado, o § 1.' do art. 125 da CF dispõe que "a competência dos Tribunais será definida na Constituição do Estado". Em face dessa norma, a competência ratione personae desses Tribunais deve apresentar certas peculiarid4des, tudo dependendo do que dispuserem as Constituições locais. No Estado de São Paulo, por exemplo, compete ao Tribunal de Justiça, nos termos do art. 74 da sua Constituição, processar e julgar, originariamente: 1 - nas infrações penais comuns,

• Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais,

• Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e os Prefeitos Municipais; 11 - nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Juízes dos Tribunais de Alçada e do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de Direito e os Juízes Auditores da Justiça Militar, os membros do Ministério Público, exceto o Procurador-Geral de Justiça, o DelegadoGeral

da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

Já a Constituição do Rio Grande do Sul atribui ao seu Tribunal de Justiça o processo e julgamento dos Deputados Estaduais, Juízes Estaduais, Membros do Ministério Público Estadual, do

Procurador-Geral do Estado e dos Secretários de Estado. A do Estado do Rio de Janeiro estabelece competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os Deputados Estaduais, os Procuradores-Gerais de Justiça e do Estado, os Juízes dos Tribunais de Alçada, os Juízes de primeiro grau, os Membros do Ministério Público, da Procuradoria-Geral do Estado e da Assistência Judiciária, Secretários de Estado e, no art. 158, IV, n. 3, estende a sua competência ao processo e julgamento dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, por crimes comuns e de responsabilidade.

Insta esclarecer, também, que no caso de concurso de pessoas, uma 37

1

cujo foro privativo seja o Tribunal de Justiça, e outra sem foro privativo, a competência se desloca para o Tribunal de Justiça, em face da vis attractiva exercida pelo foro ratione personae, tudo nos termos do art. 78, 111, do CPP.

Foro sem prerrogativa de função

Quando o acusado não fizer jus ao foro pela prerrogativa de função, a forma procedimental deve ser procurada em função da sanção penal cominada à infração penal que lhe for atribuída. Há

infrações apenadas com reclusão e detenção. São os crimes. E, além disso, há infrações penais apenadas com prisão simples ou multa. São as contravenções. Trate-se de crime apenado com reclusão ou detenção, ou mesmo que se trate de contravenção, haverá duas formas procedimentais: uma comum e outra especial. Analisemos, por primeiro, os crimes apenados com reclusão.

6. Procedimento- regra (ou procedimento comum) para os crimes apenados com reclusão

Há um procedimento-regra para os crimes apenados com reclusão. Por outro lado, há infrações apenadas com reclusão que se sujeitam a procedimento especial e outras a somente entre 2 e 8 meses de reclusão (Leis ri. 7.505/86, art. 14, 8.313/91, arts. 39 e 40, e 8.685/93, art. 10). 0 procedimento-regra ou procedimento comum é aquele delineado nos arts. 394-405 e 498-502, parágrafo único, todos do CPP. Vejamos a seqüência dos atos processuais, se tudo correr normalmente:

L') Oferecimento da denúncia ou queixa (art. 394).

2.') 0 Juiz recebe a peça acusatória e designa data para o interrogatório do réu ou querelado, determinando a sua citação e notificação do órgão do Ministério Público ou do querelante, se for o caso, e do assistente, se houver (art. 394). Esse despacho não é fundamentado (salvo em se tratando de crime falimentar), embora devesse sê-lo, não só em face do disposto no art. 92, lX, da CF, como inclusive por ser ato jurisdicional de suma importância. Infelizmente, muitas e

muitas vezes, o despacho de recebimento de uma denúncia já vem

"datilografado" do Cartório... E é em função dessa relevância que nos processos da competência originária dos Tribunais e em outros procedimentos, como os da Lei de Imprensa, os da Lei Eleitoral e nos crimes funcionais afiançáveis, o despacho liminar positivo ou negativo sucede à defesacontestação. Assim é porque o legislador quis que o Juiz tivesse um

conhecimento mais amplo a respeito do fato objeto da denúncia, impedindo, vezes sem conta, o andamento de um processo fadado a total insucesso.

Aliás, se houver reforma do CPP, essa matéria não poderá ser olvidada: defesa-contestação antes do despacho liminar.

3.') 0 réu é citado por uma das formas indicadas nos arts. 351 e s. do CPP.

4.') Citado, comparece e é interrogado. Se não comparecer, sem embargo de haver sido citado, o Juiz decreta-lhe a revelia (art. 367).

5.') Após o interrogatório, ou após a decretação da revelia, vem a fase da defesa prévia (art. 395), podendo o defensor arrolar até 8 testemunhas e requerer diligências (art. 399).

Como o juízo de admissibilidade da demanda é feito antes da prévia, a defesa não tem muito interesse em emprestar a esse ato processual um colorido de contestação. Limita-se, grosso modo, a arrolar testemunhas e a requerer diligências.

6.') Em seguida, o Juiz 11Ç designa data para a ouvida das testemu nhas arroladas na peça acusatória (e cujo máximo não pode ser su perior a 8 - art. 398). Deve o Juiz, nessa oportunidade, apreciar o pedido de diligências formulado pela defesa, deferindo-o ou não. Quanto a estas, acaso requeridas pela acusação, normalmente o Juiz aprecia o pedido no próprio despacho de recebimento da denúncia ou queixa.

7.') Ouvidas todas as testemunhas de acusação, designará o Juiz outra data para serem ouvidas as de defesa (art. 396). Não pode haver inversão.

A propósito, este venerando acórdão do STF: " ... a inquirição das de acusação deve preceder a das arroladas pela defesa. A inversão dessa ordem importa em nulidade por descumprimento de formalidade substancial do processo. Recurso de habeas corpus provido" (cf. RTJ, 40/276).

8.') Não havendo mais testemunha de defesa a ser ouvida, o Juiz determinará seja cumprido o disposto no art. 499. E a fase para as partes requererem diligencias, cuj . a necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução. Esse prazo é de 24 horas para cada uma das partes: primeiro, a acusação, e, em seguida, a defesa.

Nessa fase, cumpre ao acusador (e, se houver assistente, nada impede se lhe abra também vista, embora haja omissão no art. 499) analisar os autos e observar se, na instrução criminal, surgiu algo que precise ser provado. Assim, por exemplo, se a testemunha B disse que não viu nada, mas quem teria assistido aos fatos seria M, poderá o Ministério Público requerer seja ouvida essa testemunha. Se, na instrução criminal, surgir dúvida quanto à sanidade do réu, requererá ao Juiz se proceda ao exame de sanidade do acusado (CPP, art. 149). Se não houver mais nada a

ser apurado, observará o acusador se as diligências requeridas quando do oferecimento da denúncia (ou queixa) foram ou não realizadas. Em caso negativo, reitera o pedido.

Em seguida, e por igual prazo, abre-se vista dos autos à defesa, para o mesmo fim.

Não havendo pedido de diligências, passa-se à última fase da instrução.

Havendo-o, cumprirá ao Juiz sopesar da conveniência ou não da sua realização, para o esclarecimento da verdade, deferindo ou não.

9.') Realizadas as diligências, acaso requeridas e deferidas, ou não as havendo, determina o Juiz que se cumpra o disposto no art. 500. Então se abrirá vista dos autos, por 3 dias, primeiro ao Promotor ou querelante, a seguir, ao assistente, se houver, e, por último, à defesa. Se houver dois ou mais réus, com defensores

diferentes, os autos ficam em cartório, e o prazo de 3 dias será para todos (art. 500, §

L'). Tratando-se de ação privada, o Promotor falará depois do querelante.

Esse prazo, também, é regido pela norma contida no art. 501.

Nessa fase das alegações, cumpre ao Promotor ou querelante, por escrito, nos próprios autos ou em separado, fazer uma apreciação sobre questões de fato apuradas no processo e, inclusive, abordar questões jurídicas, procurando mostrar a procedência da acusação. Pode ele concluir pela absolvição. Quanto ao querelante, se o crime for de exclusiva ação penal privada, deverá concluir pedindo a condenação, sob pena de ser julgada perempta a ação penal, nos termos do art. 60, 111, do CPP. E a perempção é causa extintiva de punibilidade.

Há, até, entendimento de que, se o querelante conclui pedindo ao Juiz que se faça justiça, perempta estará a ação penal, pois, a rigor, pedindo justiça, nem está pedindo condenação nem absolvição...

Havendo assistente, oferecerá este suas alegações a seguir. Por último, cumpre à defesa apresentar as suas. Aí, sim, deverá a defesa esmiuçar, tanto quanto possível, as provas produzidas, discutir problemas de direito, citar jurisprudência, enfim, analisar os autos, sob a luz das provas produzidas, da jurisprudência e da doutrina.

Tanto a acusação como a defesa não deverão perder de vista que, nessa fase das alegações, é que deve ser argüida a existência de nulidades sanáveis, sob pena de preclusão (vejam-se os arts. 57 1, 11, e 572 do CPP).

Cumpre observar que, nos termos do art. 501 do CPP, os prazos a que se referem os arts. 499 e 500 correrão em cartório, independentemente de intimação das partes, salvo em relação ao Ministério Público. Tal disposição tem dado margem a duas orientações: uma no sentido do

texto (cf. RT, 399/63, DJU, 8-9-1974, p. 5386, e DJU, 17-5-1974, p.

3253), e outra, que esposamos, antagônica.

A tese majoritária, data venia, endossa uma ilegalidade. É bem verdade 1 .

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 desequilíbrio, e, de conseguinte, o princípio do contraditório, dogma constitucional, sofre um rude golpe. Assim, quer-nos parecer de flagrante inconstitucionalidade a desigualdade de tratamento expressa no art. 501 do CPP.

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, "affn de que lajusticia no resulte menoscabada en prol del mejor situado procesalmente", não se deve permitir ao acusador o que não se permiteao acusado. Por essas razões, os prazos referidos no art. 501 do CPP correm a partir da intimação. Nesse sentido, vejam-se os venerandos acórdãos na RT, 401/331, 436/416, 355/95, 373/276 e 444/342.

0 Excelso Pretório já decidiu:

"Ementa: Falta de intimação da defesa do prazo assinado no art. 499 do CPP. 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" (cf. Habeas Corpus n. 58.775-5-ES, STF, 1.'

Turma, v.u., DJU, 28-8-1981, p. 8263).

"Ementa: Defesa: Cerceamento de Defesa. Vista para as alegações finais. Princípio do contraditório. Código de Pro cesso 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" (cf. Recur so de Habeas Corpus n. 59-046-2-ES, STF, 1.' Turma, v.u., DJU, 11-9-1981, p. 8789).

No mesmo sentido, RTJ, 106/132.

E quanto à falta das alegações pela defesa? Há, sobre a matéria, dois entendimentos. Uma corrente jurisprudencial entende que a au sencia de alegações, pela defesa, acarreta nulidade, porquanto consti-41

i

1

N.

tuem elas termo essencial do processo (cf. RT, 164/103, 1811138, 209/109, 235/59, 280/74, 324/82, 373/276, 416/331, 4401335, 444/342, 445/330, 511/320, 521/484, 522/398, 523/478, 525/390, 355/95; Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 51/272, 48/285; Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 21/ 110, 22/94, 23/134, 32/94,33/195,43/109, 49/301, 52/375, 53/158, 56/ 220; RV, 78/435, 90/808). Outra, com mais acerto, salienta que a falta das alegações não produz nulidade, pelo fato de não constituírem elas elemento essencial do processo. Nulidade haverá se não se conceder à defesa ou à acusação a oportunidade para ofertá-las.

Neste sentido, RT, 237/118, 241/58, 342/486, 434/383, 443/480, 520/35; Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 17/160, 22/327, 24/223, 25/ 63, 31/341; RV, 51/354, 52/462, 54/348.

Aliás, conforme magistério de Frederico Marques, "embora muito úteis, não constituem elas elemento essencial do processo, nem de sua omissão pode decorrer nulidade. Tampouco há prejuízo

substancial do

direito de defesa, com a aus gaçoes " (cf. Elementos, cit., ência das ale

v. 2, p. 3 8 2).

Assim entendíamos em edições anteriores. Hoje, contudo, repensando sobre a matéria, e com os olhos voltados para o princípio da ampla defesa, dognia de fé, consideramos que as alegações finais são de suma importância. E tanto é

verdade que, se se tratar de ação penal privada e o querelante não as apresentar, extinta estará a punibilidade, pela perempção, com fulcro no art. 60, 111, do CPR Não seriajusto que o querelante sofresse tamanha reprimenda por essa omissão e nada se fizesse no que respeita ao Promotor de Justiça. Melhor refletindo, deverá o Juiz comunicar o fato ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando-se, por analogia, a regra do art. 28 do CPP, ou, então, encaminhar os autos ao substituto legal do Promotor negligente, sem prejuízo das sanções previstas no art. 801 do CPP, como bem lembrado por Sérgio Demoro Hamilton (Temas de processo penal, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 111). Se assim é, e melhor ponderando, achamos que o Juiz, ante a ausência das alegações finais, deverá intimar o réu para constituir outro patrono para fazê-las ou, se dativo era, substituí-lo, mesmo porque nem teria sentido punir-se o acusador pela omissão e nada se fazer em relação ao réu. 0

devido processo legal exige e reclama essa conclusão. Observe-se que o STF, que trilhava por aquele entendimento anterior (RTJ, 52/462 e 54/348), tem-se posicionado de modo diferente, em face da ampla defesa (HC 73.227-5-RS, DJU de 25-10-1996, p. 41028, e Boletim do IBBCCrim, 49/173).

A esta altura, já sabemos que a instrução criminal é aquela fase procedimental em que se praticam os atos probatórios e em que se fazem 42

as alegações. Então podem-se distinguir a fase da instrução probatória, que se estende do interrogatório até a fase do art. 499, e a das alegações (art. 500), tudo dando corpo à instrução criminal. Concluída a instrução, os autos serão "conclusos" ao Juiz, que deverá observar o disposto no art. 502, devendo a sentença ser proferida no prazo de 10

dias (art. 800, 1), salvo se houver necessidade de determinar, ex officio, qualquer diligência para sanar nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade, quando, então, o prazo começará a fluir depois de realizada aquela.

Esse, pois, o procedimento comum para os crimes apenados com reclusão, e que o legislador denomina "processo comum". Repita-se: é comum apenas para os crimes apenados com reclusão.

7. Suspensão condicional do processo

A Lei n. 9.099/95, no seu art. 89, introduziu uma novidade: se a pena minima cominada ao crime for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 a 4 anos, desde que o kusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais elementos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Evidente que, em se tratando de crime apenado com reclusão, não existe mínimo inferior a um ano, mas como a lei em análise cuida, também, de mínimo igual a um, numerosas figuras delituais penais apenadas com reclusão foram atingidas pelo novo instituto.

A suspensão condicional do processo é aplicável, ainda, aos crimes apenados com detenção, sujeitos ou não a procedimentos especiais, e eventualmente até às contravenções, pouco importando a modalidade do rito, não obstante o art. 89 da citada lei use apenas a palavra crimes. Mas, se a suspensão pode ocorrer em se tratando de crime, nada justifica a exclusão da contravenção, se bem que em relação a esses crimes liliputianos, na expressão de Hungria, a melhor solução é a multa.

Essa suspensão condicional do processo, ou "sursis antecipado ", como o denominou, com muita justeza, o eminente Des. Weber Martins Batista, foi por ele proposta no Simpósio realizado pela

Escola Superior da Magistratura Nacional, na UERJ, em setembro de 1981.

Trata-se de excelente medida alternativa para a denominada pequena e média criminalidade. Todos sabemos que o cárcere, já se disse, é a universidade do crime. Urge, pois, deixar a penitenciária para os incorrigíveis. Ideal mesmo seriam áreas espaçosas, onde os presos pudessem locomover-se, trabalhar, presentes orientadores e psicólogos. Mas isso já é sonhar demais. No Estado mais rico da Federação, as prisões são uma vergonha. Se o espaço é reservado para 40, há 180, 200 presos. Segundo as imagens transmiti-43

das pelos canais de televisão, com espantosa freqüência, os nossos presídios não passam de depósito de centenas e centenas de farrapos humanos, castrados até à esperança. Se na capital do Estado de São Paulo é assim, ficamos a imaginar o que se passa pelo interior do nosso Brasil.

A suspensão condicional do processo não ocorre, apenas, no procedimento-regra para os crimes apenados com reclusão, mas em toda e qualquer infração penal, sujeita ou não a procedimento especial, conquanto a pena mínima não ultrapasse um ano. Assim, no estudo das formas procedimentais, não se pode olvidar essa grande novidade introduzida no nosso ordenamento.

Na impossibilidade de se corrigir o sistema, a suspensão condicional do processo é alternativa de alto nível. Pena que, embora sugerida por aquele notável Professor em setembro de 1981, somente em 1995, vale dizer, 15 anos depois, viesse o Governo a adotá-la. Note-se que somando o número de crimes de menor e médio potencial ofensivo encontramos no Código Penal mais de 150 figuras delituais penais, tal como abaixo se enumera, sem falarmos em várias outras infrações sujeitas a procedimento especial:

1. auto-aborto (art. 124);

2. lesão corporal (art. 129, caput);

3. lesão corporal culposa (art. 129, § 6.'); 4. lesão corporal grave (art. 129, § L');

5. perigo de contágio venéreo (art. 130);

6. perigo de contágio de moléstia grave (art. 131); 7. perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132); 8. abandono de incapaz (art. 133, caput, e § 3.'); 9. exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134, caput, e 10. omissão de socorro (art. 135);

11. maus-tratos (art. 136, e § L');

12. rixa (art. 137);

13. crimes contra a honra, se pública a ação penal (arts. 138, 139 e 140

c/c o art. 145, parágrafo único);

14. constrangimento ilegal (art. 146, caput, e § U); 15. ameaça (art. 147);

16. seqüestro ou cárcere privado simples (art. 148); 17. violação de domicílio (art. 150);

18. violação de correspondência (art. 151 e § 1.', 11); 19. correspondência comercial (art. 152);

44

20. divulgação de segredo (art. 153);

21. violação de segredo profissional (art. 154); 22. furto simples (art. 155);

23. furto de coisa comum (art. 156);

24. extorsão indireta (art. 160);

25. alteração de limites (art. 161);

26. supressão ou alteração de marcas de animais (art. 162); 27. dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (art.

165);

28. alteração de local especialmente protegido (art. 166); 29. apropriação indébita (art. 168, caput);

30. apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (art. 169, caput);

3 1. apropriação de tesouro (art. 169, parágrafo único, 1); 32. apropriação de coisa achada (art. 169, parágrafo único, II); 33. estelionato (art. 171~;

34. duplicata simulada (art. 172);

35. induzimento à especulação (art. 174);

36. fraude no comércio (art. 175);

37. outras fraudes (art. 176);

38. fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações (art. 177);

39. emissão irregular de conhecimento de depósito ou warrant (art. 178); 40. fraude à execução de natureza pública (art. 179 do CP c/c o § 2.' do art. 24 do CPP);

41. receptação dolosa ou culposa (art. 180 e § 1.'); 42. violação de direito autoral quando praticado em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público (art. 184

c/c o art. 186);

43. violação de direito autoral nas hipóteses previstas nos §§ 1.' e 2.'

do art. 184 c/c o art. 186;

44. usurpação de nome ou pseudônimo alheio (art. 185 c/c o art. 186); 45. crimes contra as patentes (arts. 183, 184 e 185 da Lei n. 9.279, de 14-5-1996);

46. crimes contra os desenhos industriais (arts. 187 e 188 da Lei n.

9.279, de 14-5-1996);

45

1

47. crimes contra as marcas (arts. 189 e 190 da Lei n. 9.279, de 14-5-1996);

48. crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecímento e sinal de propaganda (art. 191 da Lei n. 9.279, de 14-5-1996); 49. crimes contra indicações geográficas e demais indicações (arts. 192, 193 e 194 da Lei n. 9.279, de 14-5-1996);

50. crimes de concorrência desleal (art. 195 da Lei n. 9.279, de 14-5-1996);

5 1. atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197); 52. atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta (art. 198);

53. atentado contra a liberdade de associação (art. 199); 54. paralisação de

trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem (art. 200);

55. paralisação de trabalho de interesse coletivo (art. 200); 56. invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola e sabotagem (art. 202);

57. frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203); 58. frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho (art. 204); 59. exercício de atividade com infração de decisão administrativa (art.

205);

60. aliciarnento para o fim de imigração (art. 206); 61. aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207);

62. ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo (art. 208);

63. impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (art. 209); 64. violação de sepultura (art. 210);

65. destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211); 66. vilipêndio a cadáver (art. 212);

67. posse sexual mediante fraude (art. 215 c/c o art. 225, § 1.', 11); 68. atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 c/c o art. 225, 1." 11);

69. corrupção de menor (art. 218 c/c o art. 225, § 1.', 11); 70. rapto consensual (art. 220 c/c o art. 225, § 1.', 11); 71. mediação para satisfazer à lascívia de outrem (art. 227); 72. rufianismo (art. 230, caput);

73. ato obsceno (art. 233);

74. escrito ou objeto obsceno (art. 234);

75. conhecimento prévio de impedimento (art. 237); 46

76. simulação de autoridade para celebração de casamento (art. 238); 77. simulação de casamento (art. 239);

78. parto suposto; supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de

recém-nascido, praticado por motivo de reconhecida nobreza (art.

242, parágrafo único);

79. sonegação de estado de filiação (art. 243); 80. abandono material (art. 244);

81. entrega de filho a pessoa inidônea (art. 245); 82. abandono intelectual (arts. 246 e 247);

83. induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes (art. 248);

84. subtração de incapazes (art. 249, caput); 85. incêndio culposo (art. 259, § 2.');

86. explosão culposa (art. 251, § 3.');

87. uso de gás tóxico ou asfixiante (art. 252); 88. fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de ex-1

'1~

PlOsivOs Ou gás tóxico ou asfixiante (art. 253); 89. perigo de inundação (art. 255);

90. desabamento ou desmoronamento (art. 256); 91. difusão culposa de doença ou praga (art. 259, parágrafo único); 92. desastre ferroviário culposo (art. 260, § 2.'); 93. sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo (art. 261, 94. atentado contra outro meio de transporte (art. 262); 95. arremesso de projétil (art. 264);

96. atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública (art.

265, caput);

97. interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico (art.

266);

98. epidemia culposa (art. 267, § 2.');

99. infração de medida sanitária preventiva (art. 268); 100. omissão de

notificação de doença (art. 269); 101. envenenamento culposo de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270, § 2.');

102, corrupção ou poluição culposa de água potável (art. 271, parágrafo único);

103. corrupção, adulteração ou falsificação culposa de substância alimentícia ou medicinal (art. 270, § 2.');

47

1 1

, i

li

104. alteração de substância alimentícia ou medicinal (art. 273); 105. emprego de processo proibido ou de substância não permitida (art.

275);

106. invólucro ou recipiente com falsa indicação (art. 275); 107. produto ou substância nas condições dos arts. 274 e 275 (art. 276); 108. substância destinada à falsificação (art. 277); 109. outras substâncias nocivas à saúde pública (art. 278); 110. medicamento em desacordo com receita médica (art. 279); 111. exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art.

282);

112. charlatanismo (art. 283);

113. curandeirismo (art. 284);

114. incitação ao crime (art. 286);

115. apologia de crime ou criminoso (art. 287); 116. quadrilha ou bando (art. 288);

117. moeda falsa (art. 289, § 2.');

118. emissão de título ao portador sem permissão legal (art. 292); 119. supressão de carimbo ou sinal indicativo de inutilização de papel público (art. 293, § 2.');

120. uso de papel alterado (art. 293, § 3.); 121. uso ou restituição à circulação de papéis alterados (art. 293, 122. petrechos de falsificação (art. 294);

123. falsificação de documento particular (art. 298); 124. falsidade ideológica (art. 299, caput); 125. falso reconhecimento de firma ou letra (art. 300); 126. certidão ou atestado ideologicamente falso (art. 301, caput); 127. falsidade material de atestado ou certidão (art. 301, § L'); 128. falsidade de atestado médico (art. 302); 129. reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica (art. 303); 130. falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins (art. 306, parágrafo único);

131. falsa identidade (art. 307);

132. usar como próprio passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista etc. (art. 308);

133. fraude de lei sobre estrangeiro (art. 309); 134. atribuição de falsa identidade a estrangeiro (art. 3 10); 135. falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade (art. 311); 136. peculato culposo (art. 312, § 2.');

137. peculato mediante erro de outrem (art. 313); 138. extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 3

14);

139. emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315); 140. excesso de exação (art. 316, § l.');

141. corrupção passiva (art. 317, caput, e § 2.'); 142. prevaricação (art. 319);

143. condescendência criminosa (art. 320);

144. advocacia administrativa (art. 321);

145. violência arbitrária (art. 322);

146. abandono de função (art. 323);

147. exercício funciorfal ilegalmente antecipado ou prolongado (art.

324);

148. violação de sigilo funcional (art. 325); 149. usurpação de função pública (art. 328, caput); 150. resistência (art. 329);

151. desobediência (art. 330);

152. desacato (art. 331);

153. exploração de prestígio (art. 332, caput) (Emface da redação que lhe deu a Lei n. 9.127195, a pena minima desse crime passou a 2 anos.); 154. corrupção ativa (art. 333, caput);

155. contrabando ou descaminho (art. 334, caput, e § l.'); 156. inutilização de edital ou de sinal (art. 336); 157. reingresso de estrangeiro expulso (art. 338); 158. denunciação caluniosa de contravenção (art. 339, § 2.'); 159. comunicação falsa de crime ou contravenção (art. 340); 160. auto-acusação falsa (art. 341);

161. falso testemunho e falsa perícia (art. 342, caput); 162. corrupção de testemunha, perito, tradutor ou intérprete (art. 343, caput);

163. coação no curso do processo (art. 344); 164. exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP c/c o art.

24, § 2.0, do CPP);

i

1

1

i

165. subtração de coisa própria (art. 346);

1 i

166. fraude processual (art. 347, caput);

167. favorecimento pessoal (art. 348);

168. favorecimento real (art. 349);

169. exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350); 1

170. fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança (art. 351 e

§§ 3.' e 4.');

171. evasão mediante violência contra a pessoa (art. 352); 172. arrebatamento de preso (art. 353);

173. motim de presos (art. 354);

174. patrocínio infiel (art. 355);

175. patrocínio simultâneo e tergiversação (art. 355, parágrafo único); 176. sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356); 177. exploração de prestígio (art. 357, caput); 178. violência ou fraude em arrematação judicial (art. 358); 179. desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (art. 359);

180. porte de arma (art. 10 da Lei n. 9.437, de 20-2-1997); 18 1. praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro); 182. deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima (art. 304 do CTB); 183. afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída (art. 305 do CTB);

184. conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou

substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (art. 306 do CTB);

185. violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento no CTB

(art. 307 do CTB);

186. participar na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada (art. 308 do CTB); 50

11

187. dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano (art. 309 do CTB);

188. permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança (art. 310 do CTB);

189. trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque ou desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano (art. 311

do CTB);

190. inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou pliocesso penal, o estado do lugar, da coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz (art. 312 do CTB).

Considerando que o Código Penal, tal como observou o saudoso Paulo Lúcio Nogueira (Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Saraiva, 1996, p. 100), prevê cerca de 239 figuras delituais penais, logo, pouco mais de 60 escapam ao

disciplinamento do "sursis antecipado".

Para a suspensão é indiferente que a infração seja ou não sujeita a procedimento especial. É preciso, contudo, estejam satisfeitos estes requisitos: 1) pena mínima cominada não superior a um ano; 2) que o acusado não tenha sido condenado nem esteja processado por outro crime; e, finalmente, 3) que estejam presentes os demais requisitos exigidos para a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Não obstante o art. 89 da Lei n. 9.099/95 faça expressa referência "aos demais requisitos exigidos para a suspensão condicional da pena (art. 77

do CP)", parece-nos que se deve atentar apenas para o inc. 11 do art. 77: "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias" que podem, ou não, tornar autorizável a concessão.

0 inc. 111 do art. 77 do CP não pode ser invocado sob pena de neutralizar o próprio instituto da suspensão condicional do processo. 0 art. 89

apresenta, em função mesmo do seu § 5.', acentuado caráter penal, e sendo o instituto tratado no art. 44 do CP mais danoso que o

sursis antecipado", obviamente, para a sua concessão, deve-se olvidar o itic. III do art. 77 do CR

1~

1

Quer-nos parecer que a condenação anterior ou o processo em curso deve dizer respeito a crime doloso. Além do mais, a nosso juízo, tendo em vista a finalidade do instituto, deve ser levada em consideração a prescrição da reincidência. Há entendimento no sentido de que haverá obstáculo à suspensão se o réu estiver sendo processado ou já foi condenado por crime culposo, uma vez que o art. 89

da Lei n. 9.099/95 não faz nenhuma restrição. Contudo, como haverá

necessidade de estarem presentes, como condições de mérito, aquelas que a lei penal exige para a concessão do sursis, e como o art.

77, 1, do CP cuida, apenas, do "condenado não reincidente em crime doloso", parece claro que se o réu já foi condenado ou está processado por delito culposo, tal circunstância não pode ser óbice à suspensão condicional do processo. Na verdade se o condenado, mesmo registrando anterior condenaçao por crime culposo, pode obter o sursis, não há razão séria que impeça o ainda não condenado, na mesma situação, de obter a suspensão condicional do processo. Se o condenado pode fazer jus ao sursis, se cometeu anteriormente crime culposo e que lhe valeu condenação definitiva, parece lógico que o não condenado, com muito mais razão, tem direito ao "sursis antecipado", se já foi condenado ou se responde a processo por crime culposo. A interpretação lógica deve superar a gramatical. Se não fizermos tal exegese, o condenado a uma pena de multa resultante da prática de crime também não poderá fazer jus à suspensão do processo, não obstante lhe seja lícito pleitear o sursis, nos termos do § 1.' do art. 77 do CP. Há, contudo, entendimento diverso, e que traz o peso da autoridade de Luiz Flávio Gomes (Juizados Especiais Criminais, Revista dos Tribunais, 1996, p. 214 - Luiz Flávio Gomes et al.).

E quanto àqueles crimes da competência do Júri (arts. 124 e 126 do CP) cuja pena mínima não ultrapassa um ano? Não obstante a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida,

consumados ou tentados, seja do Tribunal popular, nos termos do art. 5.', XXXVIII, da Magna Carta, nada impede, antes aconselha, a suspensão condicional do processo desses crimes, desde que a pena mínima não seja superior a um ano. Aparentemente a lei infraconstitucional estaria se sobrepondo à Lei Maior. Note-se, entretanto, pela sua posição topográfica, que a instituição do Júri está no Capítulo

destinado aos direitos e garantias fundamentais, para tutelar, mais ainda, o direito de

liberdade. Ora, se a suspensão condicional do processo tutela, mais ainda, esse direito de liberdade, não há razão que justifique a nãoinclusão dessas figuras

delituais penais no rol daquelas a que se refere o

art. 89 da Lei do Juizado. Esse mesmo raciocínio serve de fundamento à revisão criminal das decisões do Júri.

A suspensão pressupõe uma denúncia, embora ainda não recebida. Uma vez ofertada, o Ministério Público, se satisfeitas as exigências legais, tem o dever de propor a suspensão condicional do processo, ficando o acusado com a faculdade de aceitar ou não. Feita a proposta, se o acusado e seu defensor a aceitarem, cabe ao Juiz, por primeiro, proferir despacho liminar positivo ou negativo. Rejeitada a denuncia, prejudicada fica a proposta de suspensão. Recebida, o Juiz pode proferir decisão suspendendo o curso do processo por 2 ou 4

anos, sob as seguintes condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) proibiç~o de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juizo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Nada obsta que o Juiz, considerando a natureza da infração, acresça outra ou outras condições, sempre atento para a dignidade do acusado e sua personalidade.

Pode o Promotor de Justiça deixar de formular a proposta de suspensão?

Sim, conquanto não estejam preenchidos os requisitos legais, o que ele deverá dizer em sua manifestação, consoante exigência do inc. VIII do art. 129 da CF. E se o Juiz discordar do seu entendimento? Da mesma forma que concede o sursis, haja ou não manifestação pró ou contra do Ministério Público, certamente o direito pretoriano, considerando a finalidade do instituto, haverá de permitir que, em casos dessa natureza, o Juiz proponha a suspensão ao acusado, presente o seu defensor. Aceita a proposta, o Juiz suspenderá o curso do processo por 2 a 4 anos, dependendo da natureza da infração, impondo o regime de prova a ser observado. Se o Ministério Público discordar da solução dada pelo Juiz, poderá apelar, com fundamento no art. 593, 11, do CPP, para o Tribunal de Justiça ou Alçada, conforme o caso. Ao contrário do que já se afirmou nos Tribunais de Justiça de Brasília e Rondônia, o órgão de segundo grau competente para apreciar as questões que o art. 89 suscitar (salvo se se tratar de infração de menor potencial ofensivo) é o Tribunal de Justiça ou Alçada. A Turma de Recursos de que trata o art. 82 da Lei dos Juizados é competente para o reexame de decisões

atinentes as 53

1

infrações de menor potencial ofensivo, como se infere do próprio art. 98, 1, da CF.

"A suspensão condicional do processo e um direito subjetivo do acusado; o Juiz não deve estar vinculado à recusa do Ministério Público, devendo manifestar-se a respeito. Não se pode negar ao réu o direito ao sursis processual tão-somente porque as penas mínimas abstratas, apesar de iguais a um ano, foram somadas ou majoradas em razão do concurso ou continuidade delitiva" (STJ, RHC 7.583, DJU de 31-8-1998, Rel. Min. Edson Vidigal).

Sem embargo desse entendimento, o STF, por maioria de votos, considerou tratar-se de faculdade exclusiva do Ministério Público (Informativo SU, ri. 92 e 110). Estamos, data venia, que a razão é do STJ, mesmo porque se se cuidar de crime de alçada privada, ante a recusa do querelante, não se há de aplicar a regra do art. 28 do CPP.

Feita a proposta pelo Ministério Público ou querelante, e aceita pela defesa, o Juiz é obrigado a suspender o processo? Obviamente não. 0 § 1.'

do art. 89 da Lei dos Juizados diz que, aceita a proposta, o Juiz poderd suspender o processo. Como salientamos, nessas audiências, como em qualquer outra, o Juiz não é uma figura decorativa; e o orgão superpartes. Ele pode entender não estar presente algum requisito. Nesse caso, cumprir-lhe-á, justificadamente, indeferir a proposta. Cabe recurso? Certamente. Pela natureza da decisão, meramente interlocutória, seria o recurso em sentido estrito. Como não houve previsão no texto do art. 581 do CPP, nem se admite a analogia, quer-nos parecer que o recurso oponível é o de apelação, com fulcro no art. 593, 11, do CPP. Considerando a natureza da decisão, considerando o acordo entre as partes e a finalidade do instituto, devem os Tribunais conferir a esse apelo o efeito suspensivo ou, se não o fizerem, cumprirá ao interessado impetrar, com essa finalidade, mandado de segurança. Se o incidente ocorrer no Juizado Especial, o recurso será também o de apelação, já agora fincado no art. 82 da Lei dos Juízados.

0 entendimento dominante é no sentido de que somente o Ministério Público pode requerer a suspensão do processo, e, caso ele não o faça, aplicável será o art. 28 do CPP, por analogia. Com a

devida vênia, a nosso juízo, trata-se de um direito subjetivo do réu. Se este faz juz ao benefício, não se concebe deva o Juiz limitar-se a aplicar o art. 28. Ademais, como salientado por Weber Martins Batista, uma vez proposta a ação penal, antes da sentença tem o Juiz poderes decisórios que exerce

de ofício, como, dentre outros, o de decretar ou revogar a prisão preventiva, o de conceder fiança, cassá-la, julgá-la quebrada ou perdida, o de conceder habeas corpus de ofício. A concessão ou não da suspensão condicional do processo está incluída entre as decisoes que o Juiz pode

tomar de ofício (Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 380). No mesmo sentido Alberto Silva Franco (Código Penal e sua interpretação jurísprudencial, Revista dos Tribunais, 1993, p. 488). Por outro lado, suponha-se alguém processado pelo crime de calúnia (art.

138 do

CP). Ofertada a queixa, e desde que satisfeitas as condições exigidas pelo art. 89 da Lei dos Juizados, não pode haver a suspensão condicional do processo? Dir-se-á que o instituto da ação privada confere ao querelante uma série de poderes, como os de renúncia, perdão, perempção

e até mesmo desistência. Ninguém duvida. Mas, e isto é importante, o querelado não tem o direito de exigir que o querelante faça uso de algum daqueles poderes. Assim, não faz sentido o autor de um crime de furto ser beneficiado com a suspensão, que gera a extinção da punibilidade, não o podendo aquele que cometeu um crime de alçada privada. Desse modo, a nosso juízo, admissível a suspensão nesses crimes de ação privada, e a proposta pode partir do querelante, como substituto processual que é. Se se tratar de ação privada subsidiária da pública, ainda lhe é lícito formular a proposta. Se não o fizer, apesar de presentes as condições legais, nada obsta que o Promotor de Justiça o faça, tendo em vista

tratar-se de crime de ação pública. Negar-se ao querelado o direito à suspensão, no nosso entendimento, é disparate sem nome. E vamos mais longe: ofertada a denúncia ou queixa, cabe, obviamente, ao titular da ação formular a proposta. Se esta não for formulada, injustificadamente, nada impede, antes aconselha, que o Juiz a faça.

Afinal de contas o Juiz, naquela audiência, conforme salientamos, não é um convidado de pedra. Se ele entender, ante as Provas dos autos, que o réu, se condenado for, terá direito ao sursis, qual a inconveniência em determinar ele a suspensão do processo? Ademais, se preenchidos todos os requisitos o réu faz jus ao "sursis antecipado", que vai proporcionar-lhe a extinção da punibilídade após o período de prova, não tem sentido esse direito do réu ficar condicionado à boa ou má vontade do titular da ação penal. A Súmula 02/96 da Colenda Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo dispõe que, não fazendo o Promotor a proposta ou se o Juiz discordar dos seus termos, deverá aplicar a regra do art. 28 do CPP.. E se se tratar de crime de ação privada? E se o Procurador mantiver o entendimento do Promotor? Devem o réu e o

1

Juiz ficar à mercê do seu ponto de vista? E provável que a grande parte da doutrina que advoga essa tese esteja certa, mas não é menos correto que, se esse for o caminho a ser trilhado, o Juiz deixará de ser um órgão superpartes e se constituirá numa pessoa a mais presente à audiência, despida de qualquer poder...

E se houver concurso formal, material ou até mesmo continuação de molde a ser ultrapassada a pena de um ano? Parece-nos não haver empecilho para a suspensão. A nosso juízo o legislador quis

ser benevolente com aqueles que cometem infrações de menor e médio potencial ofensivo, estes últimos quando a pena mínima não for superior a um ano. Considerou a gravidade da infração, Assim, se o crime de estelionato é punido, no seu grau mínimo, com um ano de reclu-

-

1 .

são, e sinal tratar-se de infração de médio potencial ofensivo, que deve 1

i

ter o benefício do instituto da suspensão condicional do processo, satisfeitas as demais condições. Se, entretanto, houver concurso formal ou material, nem por isso aquele crime transmudar-se-á em infra-

ção de grande potencial ofensivo. Certo que a lei não permite a suspensão se o réu estiver sendo processado ou foi condenado por outro crime. Se já houve condenação anterior, não quis o legislador premiar o reincidente, e com razão. Mas, se estiver sendo processado por outro crime cuj a pena mínima não exceda a um ano, não se justifica a negativa do benefício. E se o réu for absolvido nesse outro crime e condenado naquele em que pediu a suspensão? No que tange ao concurso formal, o raciocínio é o mesmo; quanto ao continuado, é de observar que o STF não admite que a exasperação da pena em face da continuidade seja levada em conta para efeito da prescrição.

Por todas essas razões e tendo em vista a tendência do direito moderno de ampliar os benefícios até então concedidos àqueles que não cometem crimes de real gravidade, ou de maior potencial ofensivo, é razoável admitir-se a suspensão do processo nos casos de continuidade ou de concurso, seja ele homogêneo, seja heterogêneo.

É de acrescentar, ainda, que a Lei n. 9.714, de 25-11-1998, dando nova redação ao art. 44, 1, do CP, chegou a admitir simples pena restritiva de direitos quando a privativa de liberdade aplicada não for superior a quatro anos, dês que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça. É verdade que com a condenação ele perde a primariedade, e na suspensão do processo, não. De qualquer sorte, é um motivo a mais para não se impedir a suspensão nos casos de concurso ou continuidade. Se lá é o mais, e se permite, e se aqui é o menos, logo, não se pode vedar. Ademais, até mesmo no instituto da transação (art. 76 da

Lei n. .9) ajurisprudência vem permitindo sua nc dência no cond CR

1 1

curso material, em face da analogia com o art. 119 o Pode-se sustentar, também, que, mesmo no concurso material, se todas as infrações forem apenadas, no seu grau mínimo, com um ano, será possível a suspensão, aplicando-se, por analogia, o art. 119

do CP. Nesse sentido, STJ, 5.' Turma, RHC 6.066/SP, DJU, 6-10-1997, p, 50016.

A suspensão poderá ser revogada. Esta revogação será obrigatória se o reu vier a ser processado por outro crime ou, injustificadamente, deixar de reparar o dano. Facultativa será a revogação se, no curso do

1

periodo de prova, o beneficiário vier a cometer contravenção ou descumprir quaisquer das outras condições impostas. Revogada a suspensão, o processo retoma seu andamento normal. Expirado o prazo sem revogação, extinta estará a punibilidade. Urge observar que durante o período de prova o curso da prescrição fica suspenso.

As vantagens do instituto são notáveis: após o período de provas, sem revogação, o Juiz decre(ará a extinção da punibilidade, e o réu retornará à sua condição de primário. Além disso haverá extraordinária economia processual com a não-realização do interrogatório e da instrução criminal (fase probatória e das alegações), e inclusive não haverá sentença.

Esse instituto é aplicável à Justiça Militar? A doutrina dominante responde afirmativamente. Temos, contudo, dúvidas a respeito. A Justiça Militar é especial por excelência. Alias, essa especiali-dade se infere do próprio art. 1.' do CPP, que em seu parágrafo único nem sequer considerou o diploma processual comum como subsidiário das normas do processo penal Militar. Observe-se que a Lei n.

9.099/95, cujo art. 89 estabeleceu o instituto do sursis antecipado, não é uma lei rigorosamente aplicável ao processo penal militar e, segundo prescreve o art. 1.' do CPPM, "0 processo penal militar reger-se-

á pelas normas contidas neste Código, assim em tempo de paz como em tempo de guerra, salvo legislação especial que lhefôr estritamente aplictível".

Assim, se a lei sob comentário não é "estritamente aplicável ao processo penal militar", a nossojuízo, o instituto da suspensão e, sobretudo, o da transação não lhe são extensivos, muito embora as respeitáveis opinioes em contrário. A norma do art. 89 é benéfica, não há dúvida.

Também o é a do art. 110, § 1% do CP, que instituiu a prescrição retroativa, assim como o são as normas que aboliram a aplicação provisória

de medida de segurança, as que extinguiram as medidas de segurança 57

r-mpm

MI

1

patrimomais, as que instituíram a ação penal privada e pública condicionada à representação, as que criaram a prisão aberta e transformaram as penas acessórias em medidas restritivas de direito, as que

estabeleceram fiança... Sem embargo, a legislação processual penal militar desconhece todos esses benefícios. Como não se trata de norma que objetiva alterar a legislação processual penal militar, mas, tão-somente, amenizar a quantidade de processos que sobrecarregam o foro criminal e, ao mesmo tempo, dar uma resposta rápida e satisfatória às infrações comuns de menor e médio potencial ofensivo, não nos parece possa ela ter aplicação na área reservada à Justiça Militar. Esta se rege pelo seu Código de Processo Penal, salvo legislação especial que lhe for estritamente aplicável, e a Lei n.

9.099/95 certamente não o é. Por isso mesmo o Superior Tribunal Militar formulou a Súmula 9 no sentido da não-aplicação da Lei n. 9.099195 à Justiça Militar.

Apesar dessas argumentações, o STF em várias decisões tem estendido o benefício a todas as Justiças. Guardando reservas, observamos que o STF, apreciando o HC 74.207-6, relator o Min.

Maurício Corrêa, entendeu que os arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95

aplicam-se a todos e quaisquer processos, sejam os que digam respeito às leis codificadas (CPP ou CPM), ou às extravagantes de qualquer natureza (InJormativo SU, n. 79, de agosto de 1997). No mesmo sentido os RHC 74.606-3 (Informativo SU, n. 72, de 28-5-1997, e n. 75, de 18-6-1997).

8. Crimes apenados com reclusão sujeitos a procedimentos especiais Há, entretanto, crimes apenados com reclusão que apresentam procedimento especial. Quais são eles? Os crimes da competência do Júri, os crimes falimentares, os crimes eleitorais, crimes de imprensa, crimes contra a fauna, crimes de responsabilidade de funcionários publicos, desde que afiançáveis, e os pertinentes a entorpecentes.

Para maior esclarecimento e correndo-se o risco de cometer alguma omissão, pode-se apresentar o seguinte quadro sinõtico das formas procedimentais:

i

L

Q« 0. U

~1.

U U

L _T Il

Cì

lo

E

o

Z

:2

Z

J C,

-

J

F-

o

o 7

1=

42

~U ci

kn

U

,m

C71

~_í

Z -

t~ 00

, Z\

1

,m

C

2

C)

4F

C) "I'

~1

CD

- 00

n

Il? 19

C-

CC 00

Z~

$~ ~~

'U . --i Z U

o

o

d .2 Z« E

c'i

9 =

UD

Z PL;

41

W

:9 ri X o o 9:9 pw 91«

Q«

Q.

U

oc

w~

o

-

"e

~7n

00

7D

- r- ~9 I.,

~D C>

al

r.

o

U

t en r. Z Q)

.2

C> .2 o '~ t~G

e -

U

o

al

>

Il r~

-2

C.3

U

0 kcu

e

C)

~< C)

Z >

"« 0.

1

i

a. 0.

V'1

o

ON

"t

CA

C6 C

>

00

t~ 79

00

U

en

Z d

en ~ " -C2 .

(2\

kn

V_,

t ~ -~'

V-~

U

Cà

a\

CD

CD

CD

0

Cd

ci

U

rn

~9

-0

CD C)

U ~~ 'Q

V2 C13

U

o

o

'0

< 2

L

L-T-_J

o

79

C.>~ ':Z

o

km

%

C.O

r«

~Z

W

ORDINÁRIO

RECLUSÃO -

TRANSAÇAO

SUMARIíSSIMO -

a) se a pena máxima exceder a 1 ano;

b) se, malgrado a pena máxima não exceder a 1 ano, o autor do fato não tiver sido encontrado para ser citado pessoalmente; 0 mesmo sendo infração de menor potencial ofensivo, a complexidade ou circunstância do fato não autorizar o procedimento sumariíssimo; d) não estiver a infração, pouco importando a pena corninada, conexa a outra sujeita a procedimento especial.

a) se a pena máxima não exceder a 1 ano;

b) se a infração não estiver sujeita a procedimento ordinário ou especial;

C) se o autor do fato não tiver sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade por sentença definitiva; d) se o agente não tiver sido beneficiado, antes, no prazo de 5 anos, com a transação;

e) se seus antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime autorizarem o benefício; f)

se houver comparecido à audiência;

g) se a infração não estiver conexa a outra subordinada a procedimento ordinário ou especial.

a) se a pena máxima não exceder a 1 ano;

b) se a infração não estiver sujeita a procedimento ordinário ou especial;

C) se o autor do fato não atender à citação pessoal para a audiência de transação;

d) se, malgrado presente, não houver aceito a proposta prevista no art.

76 da Lei n. 9.099/95;

e) se não houver complexidade ou alguma circunstância que exija maior estudo;

f)

se não houver relação de conexidade entre a

infração de menor potencial ofensivo e outra

- sujeita a procedimento ordinário ou especial.

61

SUMÁRIO

DETENÇAO-

62

TRANSAÇAO

SUMARÊSSIMO-

a) se a pena máxima exceder a 1 ano (salvante as infrações tipificadas nos arts. 303, 306 e 308 do Código de Trânsito); b) se, malgrado a pena máxima não exceder a 1 ano, o autor do fato não tiver sido encontrado para ser citado pessoalmente; C) mesmo sendo infração de menor potencial ofensivo, a complexidade ou circunstância do fato não autorizar o procedimento sumariíssimo; d) não estiver a infração conexa a outra mais grave ou sujeita a procedimento especial.

a) se a pena máxima não exceder a 1 ano (salvo as infrações previstas nos arts. 303, 306 e 308 do Código de Trânsito); b) se a infração não estiver subordinada a procedimento especial; C) se o autor do fato não tiver sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade por sentença definitiva; d) se o agente não tiver sido beneficiado, antes, no prazo de 5 anos, com a transação;

e) se seus antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime autorizarem o benefício; f)

se houver comparecido à audiência;

g) se a infração não estiver conexa a outra mais grave ou sujeita a procedimento especial.

a) se a pena máxima não exceder a 1 ano;

b) se a infração não estiver sujeita a procedimento especial; C) se o autor do fato

não atender à citação pessoal para a audiência de transação;

d) se, malgrado presente, não houver aceito a proposta prevista no art.

76 da Lei n. 9.099195;

e) se não houver complexidade ou alguma circunstância que exija maior estudo;

f)

se não houver relação de conexidade entre a infração de menor potencial ofensivo e outra mais grave ou sujeita a procedimento especial.

SUMÁRIO

CONTRA-_ VENÇAO

TRANSAÇÃO

SUMARÊSSIMO -

a) se o autor do fato não for encontrado para ser citado, nem for previsto procedimento especial;

b) se houver complexidade ou circunstância que não autorize o procedimento sumariíssimo;

C) se a contravenção não estiver conexa a alguma infração grave ou subordinada a procedimento especial.

Toda e qualquer contravenção admite a transação, desde que:

a) não tenha sido o autor da infração condenado pela prática de crime a pena privativa de liberdade por sentença definitiva; b) não tenha sido o autor da infração beneficiado, anteriormente, com a transação, no prazo de 5 anos;

C) tenha comparecido à audiência para a transação;

#%I) seus antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias da infração autorizarem o benefício; e) não haja relação de conexidade com

infração à qual não se aplica a Lei n. 9.099195.

a) se não for possível a transação, seja pelo nãocomparecimento do autor do fato à audiência, seja pela recusa à proposta para a transação, seja por não ter sido possível a transação em face do § 2.' do art. 76 da Lei n. 9.099/95;

b) se não houver relação de conexidade com infração à qual não se aplica a Lei ri. 9.099/95;

0 se não houver complexidade ou circunstância que impeça a imediata oferta da denúncia.

Hoje, toda e qualquer contravenção, esteja ou não sujeita a procedimento especial, subordina-se às regras contidas na Lei n. 9.099/95, tais como transação, procedimento sumariíssimo ou até mesmo suspensão condicional do processo, salvo se o autor do fato não for encontrado para ser citado ou se o fato apresentar complexidade, casos em que sera observado o quadro sinótico supracitado.

Suspensão do processo. Mesmo em se tratando de crimes apenados com reclusão sujeitos a procedimento especial, desde que a pena mínima cominada não supere um ano, será possível a suspensão condicio-63

W~

M" 111-VkIr

9 , a

i

i

nal do processo, pelo que remetemos o leitor ao item anterior deste capítulo, verbete Suspensão condicional do processo.

Ao estudarmos, nos capítulos seguintes, o procedimento dos crimes apenados com detenção não sujeitos a procedimento especial com pena máxima não superior a um ano, e as contravenções, faremos, também, observações sobre a transação, outro instituto que, ao lado da suspensão condicional do processo,

constituiu a grande novidade do nosso ordenamento processual penal.

9. Crimes da competência do Júri

Os crimes da competência do Júri, os dolosos contra a vida, são apenados, de regra, com reclusão. Entretanto o infanticídio e o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, com detenção. Num caso ou noutro, o procedimento é idêntico e vem traçado no art. 394 usque 497 do CPP.

Trata-se de procedimento escalonado. A primeira fase encerra-se com a sentença de pronúncia, e a segunda ínicía-se com o libelo e terinína com o julgamento pelo Tribunal do Júri. Na primeira etapa, a acusação procura demonstrar que houve o crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, e que o réu foi o seu autor. Sendo assim, evidente que a sentença de pronúncia, que encerra essa primeira fase, limitar-se-á a julgar procedente o jus accusationis do Estado. A sentença de pronúncia funciona como uma espécie de "sinal verde" para a acusação continuar com os atos persecutórios, que são o libelo e a acusaçao em plenário.

0 procedimento inicia-se com a denúncia ou queixa (esta somente na hipótese do art. 29 do CPP). Recebida a denúncia, será o réu citado.

Comparecendo, será interrogado. Não comparecendo, ou porque não quis ou pelo fato de não haver sido encontrado, cumpre ao Juiz nomear-lhe defensor. Após o interrogatório ou após a nomeação do defensor (no caso de revelia), virá a fase da defesa prévia (art. 395). Com esta ou sem ela, expirado o tríduo, que é indispensável (note-se que indispensável é a concessão do prazo para a prévia, sob pena de nulidade, e não a defesa prévia, propriamente, que é facultativa), os autos vão conclusos ao Juiz, que não só designará data para a ouvida das testemunhas arroladas pela acusação (no máximo 8), como também determinará a realização de diligências acaso solicitadas pela defesa. Respeitante às diligências requeridas pela acusação, de regra, o Juiz costuma determinar sua realização no próprio ato em que receber a denuncia ou queixa. Nada obsta, entretanto, que o faça em outro momento processual. Ouvidas as testemunhas de acusação, ouvem-se as de defesa (no máximo 8). Concluída a fase probatória

propriamente dita, passa-se à fase das alegações (art. 406). A acusação, por primeiro, disporá do prazo de 5 dias para oferecê-las, por escrito.

Em

seguida, por igual prazo, falará a defesa. Se a ação se iniciar por meio de queixa, após a fala do querelante, falará o Ministério Público, por igual

prazo (5 dias para cada um). Se houver assistente, este falará depois do Promotor, e no mesmo prazo. Nesse caso, pensamos que os autos devem permanecer em cartório, a fim de que o Ministério Público e o assistente possam melhor consultá-los. Idêntico procedimento se observará se houver dois ou mais réus com defensores distintos.

Nesta fase, não se pode juntar qualquer documento. Tal proibição talvez assente na circunstância de que ajuntada de documento poderia acarretar transtorno à marcha normal do procedimento, com a possibilidade de

ser suscitado incidente de falsidade, o que ocasionaria maior delonga.

Ademais, a sentença de pronúncia, que sucede à fase das alegações, não constitui

sentença definitiva, podendo, assim, a parte requerer ajuntada de documento posteriormente, a fim ~e ser apreciado no juízo da causa.

Apresentadas as alegações, ou esgotados os prazos, os autos vão conclusos ao Juiz, que poderá ordenar quaisquer diligências necessárias para sanar eventual nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecímento da verdade.

Havendo diligências, deverá o Juiz, após a sua realização, determinar que as partes sobre elas se manifestem e, em seguida, proferirá sentença.

10. Impronúncia. Absolvição sumária e desclassificação Estando os autos preparados para sentença, o Juiz disporá de quatro caminhos: a) impronuncia o réu; b) absolve-o sumariamente; c) desclassifica a infração; d) pronuncia.

Se o Magistrado não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, julgará a peça acusatória improcedente. É o que se denomina impronúncia. Dessa decisão poderão interpor recurso, em

sentido estrito (art. 581, IV), o representante do Ministério Público e o assistente de acusação. A defesa, ao que parece, não teria legítimo interesse em recorrer dessa decisão.

Recorrer para quê? Para conseguir absolvição sumária?

Teria sentido pudesse

contrariar a decisão e afirmar que o fato realmente houve, que o réu foi o seu autor..., mas agiu em legítima defesa?

Havendo recurso, se este for provido, será o réu pronunciado. Caberá recurso dessa decisão do Tribunal? Se a decisão não for unanime, po-65

4

1

1

1

derri ser opostos embargos infringentes ou de nulidade. E, ainda que unânime, nada impede possa ser interposto recurso extraordinario, ou especial, dês que a hipótese se subsuma na moldura das alíneas a, b, ou c do item Ill do art. 102 da Magna Carta ou a, b, ou c do item 111 do art. 105 do mesmo diploma. Também, dependendo da hipótese, pode ser impetrado habeas corpus, diretamente ao STJ, com fundamento no art. 105, 1, c, da CF.

Observe-se que, impronunciado o réu, se o Juiz se convencer do desacerto da sua decisão, ante as razões apresentadas no recurso interposto pelo Ministério Público ou pelo assistente de acusação, poderá voltar atrás, prominciando-o. Neste caso, poderá a defesa, mediante simples petição, no prazo de 5 dias, recorrer dessa nova decisão, sem necessidade de apresentação de novas razões (CPP, art.

589, parágrafo único).

Impronunciado o réu, seja por meio de recurso ou não, nem por isso ficará ele

livre de novo processo pelo mesmo fato. Enquanto não estiver extinta a pumbilidade, se surgirem novas provas, novo processo poderá ser-lhe instaurado.

Poderá também o Juiz proferir sentença absolutória, nos termos do art.

411 do CPP. Se entender que no ato praticado pelo réu está ausente a culpabilidade, ou não foi antijurídico, poderá absolvê-lo sumariamente, desde que, no particular, as provas sejam estremes de dúvida. Nem teria sentido que o Juiz, sabendo, pelas provas dos autos, que o ato praticado foi lícito ou isento de pena, determinasse fosse o réu levado a julgamento pelo Tribunal do Júri. Se o Tribunal do Júri julga os crimes dolosos contra a vida, depois que o Juiz togado julga procedente o jus accusationis, e como não pode ele dizer que procede o direito de acusar se o ato foi praticado, digamos, em legítima defesa, é intuitivo possa haver a absolvição sumária, desde que não haja nenhuma dúvida sobre a existência da excludente de antijuridicidade. Ademais, como já se disse, se o Juiz não pudesse agir de conformidade com o art. 411, mesmo havendo causa excludente de culpabilidade ou antijuridicidade, que julgaria o Tribunal do Júri?

Apenas um fato coberto com o manto da licitude ou um fato isento de pena.

E claro que o Juiz natural, nos crimes dolosos contra a vida, é o Tribunal do Júri, mas, se o fato é lícito ou isento de pena, não há cuidar-se de crime...

Note-se, ademais, que o legislador constituinte inseriu a instituição do Júri no capítulo pertinente aos direitos e garantias individuais, e garantia não haveria pudesse alguém ser levado à barra do tribunal leigo para ser julgado por um ato lícito.

Absolvido o réu nessa fase, a lei impõe ao Juiz a obrigação de recorrer, de ofício, e, enquanto os autos não subirem à instância superior, a sentença não transita em julgado e terá a mesma força da impronúncia. Mesmo inter-66

posto recurso ex officio, nada obsta que as partes o interponham em sentido estrito, nos termos do art. 58 1, VI, do estatuto processual penal. Se houver o recurso voluntário e for omitido o ex officio, pode o Tribunal considerar aquele como necessário, ficando, dessa forma, sanada a orriíssão.

Se, entretanto, o crime da competência do Júri, que ensejou a absolvição

sumária, estiver interligado por uma relação de conexidade a outras infrações da competência do Juiz singular, não poderá o Juiz apreciá-los naquela decisão. Neste caso, aguarda-se o trânsito emjulgado para, a seguir, serem apreciadas as demais infrações (cf. RT, 512/361, 496/287 e 474/299).

Poderá o Juiz, também, desclassificar a infração para outra da competência do Júri, ou para outra que não se inclua na sua competência.

Na primeira hipótese, limitar-se-á a pronunciar o réu como incurso nas penas do artigo que entender tenha sido violado. Muito claro, a propósito, o art. 408, § 4.':

1~

"0 Juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo".

Cremos, assim, não haver necessidade de se invocar a regra do art. 384 e, muito menos, a do seu respectivo parágrafo. É que não se trata de decisão de mérito. 0 réu não está sendo, propriamente, julgado. Tratase de mera sentença de natureza processual em que o Juiz julga procedente o direito de acusar do Estado-Administração. Clara a redação do dispositivo legal. A expressão final "atendido, se for o caso, o disposto no art. 4 10 e seu parágrafo" diz respeito à hipótese em que houver uma

desclassificação de crime da competência do Júri para outro que não se inclua em sua competência.

Assim, se o Juiz pronunciante se convencer da existência de crime que não seja da competência do Júri, proferirá decisão nesse sentido e remeterá os autos ao juízo competente. É claro que nessa decisão não deve o Juiz dar a qualificação jurídico-penal do fato, mesmo porque o

juízo competente poderá dele discordar, criando-se uma situação, quando não intransponível, pelo menos delicada e embaraçosa. Nesse sentido o magistério de Hermínio Marques Porto (cf. Júri, 1. ed., p.

152; 2. ed., p. 68). Na verdade, pudesse o Juiz, na decisão desclassificatória, dar a tipificação específica, tal procedimento implicaria antecipação do jul-67

e -

gamento quanto à gravidade da lesão. Ora, se o processo deve prosseguir perante outro Juiz, obedecidas as fases dos arts. 499 e 500 do CPP, bem poderá ficar diluída a pretensa gravidade da lesão, acaso reconhecida na decisão desclassificatória. Por outro lado, não há razão séria que exija do Juiz, na decisão desclassificatória, a perfeita qualificação jurídico-penal do fato, a não ser - e esta é a única exceção - que o fato tenha ocorrido dentro nas jurisdições de Varas Distritais da Capital

de São Paulo, pois, como é sabido, a competência das Varas Distritais, na Capital, em matéria criminal, restringe-se às infrações apenadas com detenção, multa, prisão simples e ao crime de lesão corporal grave (art.

129, § 1.', do CP).

Então, se o Juiz da Vara do Júri entender não ter havido tentativa de homicídio, e sim o crime de lesões corporais, cumprir-lhe-á (se o fato ocorreu na área de Vara Distrital) fixar a específica qualificação jurídicopenal, pois, do contrário, não se saberia a quem remeter o processo, após a preclusão: se para uma das Varas especializadas ou para a Vara Distrital.

Fora daí, não. Nem se diga que, não havendo a específica qualificação, não saberá o réu de que se defender. Em primeiro lugar, é de observar que na denúncia já se fez a descrição do fato,

aludindo-se à lesão corporal. Em segundo lugar, o Ministério Público, na fase do art. 500, após detido exame das provas e do laudo, dará a perfeita qualificação jurídico-penal ao fato. Sabe-se que a incorreta tipificação na denúncia é irrelevante, em face do princípio narra miffifactum dabo tibi jus, expresso no art. 383 do CPP. Sendo assim, por que deveria o Juiz, na decisão desclassificatória -

arredando a competência do Júri -fixar a específica classificação penal?

Proferida a decisão desclassificatória e verificada a prechisão, o Juiz, a quem forem remetidos os autos, é obrigado a aceitar a qualificação jurídico-penal que arredou a competência do Júri? Parece-nos que a resposta negativa se impõe. Não obstante o ponto de vista de Hermínio Marques Porto, apoiado em algumas

decisões (cf. Júri, cit., 2. ed., n. 69, nota 121), estamos que o Juiz recipiente não está obrigado a aceitar tal desclassificação, como bem o disse Espínola Filho (cf. Código de Processo Penal brasileiro anotado, 3. ed., v. 4, p.

273, n. 813). Na verdade, a decisão desclassificatória é de natureza processual, não podendo fazer coisa julgada.

E perguntamos: se o Juiz da Comarca X entender, num processo comum, que a competência é do Juiz da Comarca Y, não tendo havido 68

1

recurso (CPP, art. 5 8 1, 11) e remetidos os autos ao juízo pretensamente competente, será ele obrigado a aceitar a sua competência? Obviamente não. Sendo assim, por que razão, em se tratando de crime da competência do Júri, deva haver um comportamento diferente? Por que motivo não poderá ele suscitar um conflito de competência?

Quanto ao problema da específica tipificação, repetimos: se o Juiz pronunciante se convencer da existência de crime que não seja da competência do Júri, proferirá decisão nesse sentido e remeterá os autos ao Juiz competente. E claro que, nessa decisão, não lhe dá a qualificação jurídico-penal do fato. A não ser na Capital de São Paulo e, assim mesmo, se a infração ocorrer nas áreas dos Foros Regionais. Limita-se a dizer que a infração atribuída ao réu não é daquelas que se metem a rol entre as que devam ser julgadas pelo tribunal popular. Assim, desclassificando uma tentativa para um crime de lesões corporais, não deve o Juiz declarar que as lesões são graves ou leves; haveria um prejulgamento antes da discussão da causa.¥

E que recurso poderá ser interponível? Uma vez que o Juiz concluiu pela incompetência do Tribunal do Júri, poderá a parte sucumbente interpor o recurso em sentido estrito, previsto no inc. 11 do art.

581 do CPP.

Nas comarcas em que houver apenas um Juiz, é óbvio que, operada a desclassificação e uma vez precluso o prazo para recurso, o processo continuará perante ele próprio. Naquelas em que houver dois ou mais Juízes, tudo depende

do que dispuser a Lei de Organização Judiciária. Atualmente, no Estado de São Paulo, nas comarcas onde houver mais de uma Vara Criminal (ou criminal e civil cumulativamente), os serviços do Júri podem ficar afetos a qualquer delas. Assim, por exemplo, há 4 Varas (cumulativas: criminal e civil) na Comarca de Jaú/SP, e os serviços do Júri estão afetos à 4.

Vara. Remetido àquele fórum um inquérito sobre crime da alçada do Júri, será ele distribuído normalmente, e o feito tramitará por qualquer das Varas até o 'Irânsito em julgado" da pronúncia, após o que os autos serão remetidos ao Juízo da 4. Vara, competente para os serviços do Júri, que compreendem os atos preparatórios (arts. 416 a 432 do CPP) e o judicium causae (julgamento). Se porventura

aquele inquérito for distribuído à 4. a Vara, na hipótese de desclassificação para infração da competência do Juiz singular, os demais atos serão processados perante a mesma Vara, não havendo necessidade daquela nova distribuição a que alude o art. 410 do CPR Nova distribuição haverá quando houver uma Vara privativa do Júri.

11. Pronúncia. Efeitos. Libelo. Contrariedade Todavia, se o Juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, proferirá sentença de pronúncia. Não se trata de sentença de mérito, pois, mesmo reconhecendo seja o reu o autor do crime, não aplica nenhuma sanctio juris. A sentença aí tem, evidentemente, caráter nitidamente processual. Por meio dela se encerra a primeira etapa do procedimento escalonado do processo da competência do Júri. Da sentença de pronúncia podem as partes recorrer (CPP, art. 58 1, IV). Se o Juiz, em razão do recurso, retroceder para impronunciar, ou se mantiver a sentença e o Tribunal vier a impronunciar o réu, tais decisões são chamadas de

"despronúncia", cujos efeitos são idênticos aos da impronúncia.

Com a pronúncia, o Juiz julga, apenas, admissível ojus accusationis.

Tratando-se, como se trata, de sentença de natureza processual, não há falar-se em res judicata, e sim em preclusão pro judicato, podendo o Tribunal do Júri decidir contra aquilo que ficou assentado na pronuncia. 0 simples fato de o

Tribunal do Júri poder contrariar o que nela ficou estabelecido está a indicar que a sentença de pronúncia não transita em julgado; e não transita, repita-se, porque se trata de decisão meramente processual, cuja finalidade é julgar o direito de acusar do Estado, encerrando, assim, a primeira fase do procedimento, vale dizer, concluindo o judicium accusationis.

Proferida a sentença de pronúncia e preclusa a via impugnativa, não mais poderá ela ser alterada, a menos que se verifique circunstância superveniente que modifique a classificação do delito. Assim, se o réu foi pronunciado como autor de uma tentativa de homicídio e, após a pronúncia, vier a vítima a falecer em conseqüência das lesões, é claro que a sentença precisa ser alterada. Nesse caso, cumprira ao Promotor, em petição circunstanciada e juntando o atestado de óbito ou laudo necroscópico, requerer ao Juiz a alteração da pronúncia.

Este, após a manifestação da defesa e colheita de provas, ouvirá as partes e, em seguida, se for o caso, proferirá nova sentença de pronúncia. 0 que não se concebe é o Promotor oferecer libelo em desacordo com a pronúncia.

Sabe-se que a pronúncia bitola o libelo. Aquela gíza os contornos deste.

0 libelo não pode dela se afastar, a menos que ocorra a hipótese prevista no art. 416 e dês que se tomem as providências supra-indicadas.

E se, na sessão do Júri, o Promotor tiver notícia de que a vítima faleceu em conseqüência das lesões? A situação é idêntica àquela analisada.

Deverá requerer-lhe a suspensão da sessão, a dissolução do Conselho de Sentença e tomar as providências a que nos referimos. Repitase: não se concebe possa o libelo divergir da pronúncia. Assim, urge nova sentença de pronúncia, a fim de que o Promotor possa oferecer novo libelo, já agora por homicídio. 0 que não se compreende é poder o Promotor acusar alguém em plenário do Júri por homicídio quando a pronúncia e libelo falam em tentativa de homicídio. E, muito menos, acusar alguém por tentativa de homicídio quando, na realidade, ocorreu um homicídio.

São efeitos da pronúncia: a) ser o réu levado a julgamento pelo Tribunal do Júri;

b) se preso estiver, será recomendado na prisão em que se encontrar; se estiver solto, contra ele será expedido mandado de prisão. Todavia, de acordo com o art. 408 e § 2.', com a redação que lhes deu a Lei n. 5.94 1, de 22~ 11- 1973, se o réu for primário e de bons antecedentes, o Juiz pode: a) deixar de expedir o mandado de prisão; b)

se estava preso (ou em virtude de flagrante ou preventiva), revogar a prisão. Caberá ao Juiz analisar os pressupostos para a não-decretação da medida ou, então, para revogar a prisão. A princípio defendemos ponto de vista antagônico; depois, em face da Lei n. 6.416, de 24-5-1977, permitindo recurso para combater decisão do Juiz que indeferir requerimento visando à decretação da prisão preventiva, dita facultativa, perinitindo ao Juiz o relaxamento da prisão em flagrante, em quaisquer crimes, desde que não exista nos autos qualquer prova pertinente a uma das circunstâncias que autorizem a decretação da prisão preventiva, fomos levados a tomar outra posição. Não teria sentido um tratamento desigual

para situações, quando não semelhantes, pelo menos bastante parecidas.

Contudo, se a pedra de toque da liberdade provisória, no nosso Direito, descansa na necessidade, como se constata pelos arts. 312, 324, IV, e

310, parágrafo único, do CPP, entendemos que a não-decretação da prisão ou o seu relaxamento, quando da pronúncia, fica na dependência, também, da sua desnecessidade. Se o réu for primário, tiver bons antecedentes e sua segregação não for necessária para a manutenção da ordem

pública, para assegurar a aplicação da lei penal e para que se averigúe a verdade histórica, sua liberdade provisória se impoe.

Certo que o art. 408, no seu § 2.', usa o verbo poder, parecendo querer exprimir mera faculdade. Entretanto o mesmo verbo é usado 71

1

a

1

nos arts. 77 e 83 do CP, e ninguém duvida que, preenchidos os requisitos legais, faça o réu jus ao sursis ou livramento condicional. 0 poderá, ali, está a indicar que o Juiz fica condicionado à existência das condições exigidas. Havendo-as, a liberdade provisória passa a constituir um direito público subjetivo de natureza processual do pronunciado. E se o crime for afiançável? Entendemos que a fiança somente será exigida, se o réu não for primário e não tiver bons antecedentes. Do contrário, não. E justificamos: se o crime for inafiançável, preenchidos os requisitos legais, fará ele jus à liberdade provisoria; e se satisfeitas as condições legais o crime for aflançável? Deverá, então, o réu de crime afiançável sujeitar-se à caução? Não haveria, então, desigualdade de tratamento? Por essas razões, somos de opinião que, sendo afiançável, a caução somente será exigida, se o réu não for primário (ressalvada a hipótese do art. 323, 111, do CPP) e não tiver bons antecedentes.

Por outro lado, proclamando a Constituição, no art. 5.', LVII, "que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", não faz sentido decretar~se a prisão de um homem que vai serjulgado pelo Tribunal do Júri, pelo simples fato de não ser primario ou não ter bons antecedentes. Não pode aguardar o julgamento em liberdade, por quê? Presume-se... Presume-se que o reincidente ou de maus antecedentes fugirá. Onde já se viu a lei presumir que o reu vai fugir? Presunção legal de fuga? Absurdo. Ademais, por que prendê-lo se ele é presumivelmente um inocente?

Salvo se a prisão for necessária. Mas, nesse caso, urge justificá-la. Do contrário, seu encarceramento será injusto, ilegal e abusivo. Diga-se o mesmo em relação ao lançamento do seu nome no rol dos culpados... Se ainda não é considerado culpado, porque sequer houve sentença condenatória e muito menos trânsito em julgado, por que seu nome no rol dos culpados?

Proferida a sentença de pronúncia, os autos devem ser remetidos ao Juiz competente para os ulteriores atos processuais. Na Capital paulista, há cinco Tribunais do Júri. Nas comarcas em que a sentença de pronúncia couber ao próprio Presidente do Tribunal do Júri, competem-lhe, também, todos os demais atos que sucedem ao encerramento dojudicium accusationis.

0 réu deverá ser intimado da sentença de pronúncia, pessoalmente, se se tratar de crime inafiançável, ainda que o Juiz tenha deixado de lhe decretar a prisão. Sendo afiançável, a intimação será feita por uma das formas indicadas no art.

415 do CPR

72

Sendo o crime inafiançável, enquanto o réu não for intimado pessoalmente da pronúncia (CPP, art. 414), os autos permanecerão paralisados até que se efetive a intimação, pois os atos posteriores só se realizam depois que se verifica a preclusão, Se a sentença de pronúncia ainda comporta recurso, não haverá possibilidade de se dar andamento ao feito.

Intimado o réu e não havendo recurso, opera-se a preclusão, e, então, os autos irão com vista ao Promotor para oferecer o libelo, dentro do prazo de 5 dias. 0 libelo é a peça inaugural do judicium causae, tal como a denúncia ou queixa a dojudicium accusationis. Se o Juiz, na pronúncia, afirmou que o Estado deve exercer o jus accusationis, o libelo se toma, assim, peça obrigatória e deve ser um espelho fiel da pronúncia. Se é na pronúncia que se classifica o crime com todas as

suas circunstâncias qualificadoras, não pode o libelo, sob pena de nulidade, afastar-se daquela, a não ser na especificação de circunstâncias que sirvam, apenas, para dosãr a pena. Sua feitura deve obedecer ao disposto no art. 417. Se forem imputadas várias infrações ao mesmo

réu, far-se-á o libelo em série. Uma serie para cada infração. Se forem dois ou mais réus, far-se-á um libelo para cada um.

Com o libelo poderá o Promotor requerer quaisquer diligências, juntar documentos e oferecer o rol de testemunhas, cujo máximo não poderá exceder a 5. Não se aplica, no caso, a regra do parágrafo único do art.

398, isto é, se houver testemunhas informantes, serão elas computadas para o perfazimento do número legal.

Se o libelo for inepto, isto é, se elaborado em desacordo com o que dispõe o art. 417, ou se se afastar da pronúncia, o Juiz o devolvera para que outro seja apresentado. Se não for oferecido no prazo legal, havendo motivo justificado, o prazo será prorrogado, e, se perdurar o nãooferecimento, o fato será comunicado ao Procurador-Geral, cabendo ao Juiz dar ciência ao Promotor substituto para

oferecê-lo. Não o fazendo, caberá ao Procurador-Geral tomar as providências cabíveis. Não se deve olvidar que a figura do Promotor ad hoc a que se refere o art.

419 do CPP já havia desaparecido com o art. 55 da Lei Complementar n. 40, de 14-12-198 1, disposição esta revigorada pelo parágrafo único do art.

25 da atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12-2~1993).

Se a ação penal se iniciou por meio de queixa, cabe ao querelante oferecer o libelo dentro em 48 horas. Não o fazendo, diz o art. 420 do 73

VA

CPP: "0 Juiz o haverá por lançado e mandará os autos ao Ministério Público". A expressão lançado é empregada, aí, como sinônima de excluído.

Veja-se, a propósito, Pimenta Bueno (cf. Processo criminal brasileiro, 5. ed., 1922, p. 142). Assim, se, por exemplo, houve um homicídio conexo com um crime de alçada privada, e o Promotor e o ofendido ofertaram, num litisconsórcio ativo, denúncia e queixa, ofertado o libelo pelo Promotor quanto ao crime de ação pública, o ofendido terá 48 horas para oferecer o seu. Não o fazendo, o Juiz o haverá por lançado, isto é, ficará ele excluído do processo, em face da manifesta perempção

(CPP, art. 60, 111). Se a hipótese for a do art. 29 do CPP, o acusador particular ficará privado de continuar a acusação, ficando, então, o órgão do Ministério Público à frente do processo, em face da negligência do querelante, tudo nos termos do art. 29 combinado com o art. 420, todos do estatuto processual penal.

Cremos que, nesse caso, se o querelante desidioso o quiser, poderá habilitar-se como assistente de acusação; do contrário, pensamos, não mais poderá funcionar no feito.

Já anotamos, anteriormente, que não existe libelo bifronte, isto é, dirigido ao Conselho de Sentença e ao Juiz-Presidente. 0 órgão julgador é o Tribunal do Júri, que se compõe de 7 jurados e do Juiz-Presidente. As suas decisões são subjetivamente complexas, porque resultantes da cooperação de dois órgãos:

jurados e Juiz-Presidente.

Se as partes requererem, no libelo ou na contrariedade, alguma diligência, perícia ou mesmo justificações (v. CPC, art. 86 1), serão elas determinadas pelo Juiz que estiver à frente do processo, nessa fase, com notificação dos interessados.

Depois de ordenadas, de ofício, ou a requerimento das partes, as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse à decisão da causa, marcará dia para julgamento, determinando a notificação das partes e das testemunhas.

Nas comarcas do interior paulista, as sessões do Júri realizam-se nos meses de março, junho, setembro e dezembro, com exceção das comarcas de 3.' entrância (Bauru, Jaú etc), quando, então, verificamse nos meses pares. Na Capital, funcionam permanentemente, salvo domingos, feriados, durante a Semana Santa e no período de 23 de dezembro a 2 de janeiro.

Se o interesse da ordem pública o reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou sobre a segurança pessoal do réu, o i

Tribunal de Justiça, a requerimento de qualquer das partes ou mediante representação do Juiz, e ouvido o Procurador-Geral de Justiça, poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo (nos Estados que admitem a existência de termos, pequenas circunscrições judiciárias dentro nas comarcas, e onde funcionam Juízes de alçada, que são os pretores) próximos, onde não subsistam aqueles motivos. Se a medida não foi solicitada pelo próprio Juiz, deverá o Tribunal ouvi-lo a respeito.

0 art. 424 do CPP cuida de três causas que podem ensejar o pedido de desaforamento: a) interesse da ordem pública; b) dúvida sobre a imparcialidade do Júri; e c) dúvida sobre a segurança pessoal do réu.

As razões de ordem pública que autorizam o desaforamento surgem da possibilidade de que, pelo aspecto da causa, ou por motivos inerentes às partes, ou pelo tempo ou lugar do processo, seja perturbada a ordem pública, como bem

o disse Frederico Marques (cf. Elementos, cit., v. 1, n. 139 e 140). Assenta na paz e na tranqüilidade sem as quais ela não exis~e, na afirmativa de Magalhães Noronha (Curso de processo penal, p. 348), ou, como lapidarmente disse Espínola Filho, é o fundado receio de que o julgamento no lugar acarrete desordem pública (Código, cit., comentários ao art. 424).

Registra Marques Porto que o Juiz Edgard Maranhão, como Presidente do Tribunal do Júri da Capital paulista, em 1966, à frente de longa pauta para julgamento, mostrando que réus presos somente seriam levados ao Tribunal do Júri dentro de período superior a um ano e meio, situação acrescida da rítmica chegada de novos procesa

sos, representou à 2. instância, em relação a cada um dos processos mais prejudicados na pauta, pelo desaforamento, amparado na condição

"interesse da ordem pública", sendo que o Des. Barbosa Pereira, como Relator, foi o primeiro a manifestar-se favoravelmente, levando a Câmara a se pronunciar unanimemente a favor da tese (cf. Júri, cit., p. 174, nota 202).

Parece-nos, contudo, que a expressão interesse da ordem pública equivale àquilo "que possa afetar a paz e tranqüilidade social e influir na segurança da regularidade do julgamento, ou no resguardo das garantias individuais das partes".

Se, por acaso, os motivos que originaram o pedido de desaforamento houverem desaparecido e eles surgirem no novo foro, nada impede o reaforamento. Aliás, o Eg. STF, invocando nosso ponto de vista, houve por bem admitir o reaforamento (cf. RTJ, 108/128). No mesmo sentido, RT, 581/390.

75

1

. 1

0 desaforamento é apenas do julgamento. De conseqüência, o pedido somente poderá ser formulado após o trânsito em julgado da sentença de pronúncia.

Pode o assistente de acusação formular o pedido de desaforamento?

Malgrado as decisões publicadas na RV, 56/381 e RT, 214/36 e 277n35, em sentido negativo, não vemos nenhuma razão que o impeça. Afinal de contas o nosso ordenamento admite a figura do assistente de acusação para que ele possa preservar o seu direito à satisfação do dano. Ora, se na comarca há uma pressão para absolver o réu, por que não poderá o assistente requerer o desaforamento? Por que o art. 271 a ele não se refere? E o art. 271 faz referência ao recurso em sentido estrito previsto no art. 581, XV, do CPP? E por acaso o assistente dele não pode fazer uso?

Desaforamento também haverá, a pedido do réu, ou do Ministério Público, se o julgamento não se realizar no período de um ano, a partir do libelo, dês que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa.

E se o réu estiver, por motivo de doença,~ em outro Estado da Federação, será possível o desaforamento? Parece-nos que não. A competência, nesse caso, não pode ser prorrogada. Não tem sentido um cidadão ser julgado pela Justiça gaúcha por um crime perpetrado em São Paulo, a menos haja conexão e a vis attractiva seja o crime cometido no Rio Grande do Sul. Como proceder então? Não

obstante a regra do art. 45 1, § L% do CPP, em razão da indisfarçável força maior, é de se permitir o julgamento à revelia, devendo ser diligenciado seu interrogatório perante o Juiz do lugar onde estiver.

Parece-nos ser razoável esse entendimento, à míngua de disciplinamento normativo. 0 que não faz sentido é deixar o réu impune. Poder-se-ia, também, por analogia com o inc. 11 do art. 116 do CP, admitir-se a suspensão do prazo prescricional. Assim, enquanto ele estiver impossibilitado de comparecer ao Tribunal do Júri competente, a prescrição fica suspensa, como suspenso também fica o prazo prescricional se o réu estiver cumprindo pena no estrangeiro. Trata-se de situação parecida.

12. A competência do Tribunal do Júri

Os crimes da competência do Júri são os dolosos contra a vida, consumados ou tentados (homicídio, infanticídio, instigação, induzimento ou prestação de auxílio ao suicídio e aborto). Na vigência da Constituição de 1946, que dizia ser da competência obrigatória do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos

contra a vida, entendeuse que o

76

1

legislador ordinário podia aumentar o rol dos crimes cujo julgamento ficasse afeto ao Tribunal popular. Não podia diminuir, pois era da competência obrigatória daquele tribunal o julgamento daqueles crimes dolosos. Daí a criação do Tribunal para os crimes contra a economia popular e também a regra que se contém no art. 78, 1, do CPR..

Posteriormente, veio a Carta de 1967, e esta dispunha: "É mantida a instituição do Júri, que terá competência para os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados". É como se dissesse: é mantida a instituição do Júri, o qual terá competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Houve, então, uma restrição. 0 Júri já não podia julgar outras causas penais. Somente os crimes dolosos contra a vida. Em face disso, aboliu-se o Tribunal de Economia Popular criado em 195 1.

Agora, entretanto, voltamos ao entendimento de 1946.

A propósito o art. 5.', XXXVIII, da Constituição de 1988: wÇ

"É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

Nada impede, pois, sejam criados outros tribunais populares, à maneira do nosso antigo Tribunal de Economia Popular, para julgar outras infrações.

13. 0 Júri e suas linhas estruturais. A soberania dos

"veredicta"

0 Júri, entre nós, é um tribunal formado de um Juiz togado, que o preside, e de

21 jurados, que se sortearão dentre os alistados, dos quais 7 constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento. É um órgão especial de primeiro grau da Justiça Comum Estadual e Federal, colegiado, heterogêneo e temporário. Heterogêneo, porque constituído de pessoas das diversas camadas da sociedade, sendo presidido por um Juiz togado; temporário, porque pode não se reunir todos os dias ou todos os meses.

77

Hoje, em nosso país, à semelhança do que ocorrera na primeira República, há o Tribunal do Júri Estadual e o Federal. Ambos têm a mesma competência: julgam os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados, por força do art. 5.', XXXVIII, da CF, e os que lhes forem conexos, em virtude do disposto nos arts. 79 e 78, 1, ambos do CPP. Quando o crime doloso contra a vida for praticado a bordo de navio, aeronave (ressalvada a competência militar) ou mesmo contra pessoas que estejam a serviço da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, o julgamento fica afeto ao Júri Federal, que se distingue do Estadual apenas quanto ao Juiz que o preside: ali, Juiz Federal; aqui, Juiz Estadual. Enfim: os crimes dolosos contra a vida que se incluam na competência da Justiça Comum Federal, nos termos do art. 4.' do Decreto-lei n. 25 3/67, são julgados pelo Júri Federal. Fora dessas hipóteses, tais crimes são julgados pelo Tribunal do Júri dos Estados. Mas, se a pessoa tiver foro especial fixado na Constituição da República (Juízes, membros do Ministério Público, as pessoas referidas nos arts. 102, 1, b e c, e 105, 1, a, todos da CF), será j ulgada pelo Tribunal a cuj a jurisdição estiver ligada (Tribunal de Justiça, TRF, STF e STJ).

0 Júri tem antecedentes bem remotos: os judices jurati, dos romanos, os dikastas gregos e os centeni comites, dos germanos. Alega-se, também, que a instituição encontra suas raízes no Código de Alarico do ano 506, que dizia: "Elfianse mediante sorteo cinco nobilísimos varones semejantes al acusado" (Sergio Garcia Ramirez, Derecho procesal penal, México, Porrúa, 1974, p. 488). A doutrina dominante, entretanto, entende que sua origem remonta à época em que o Concilio de Latrão aboliu os ordalia ou Juízos de Deus. Antes da instituição do Júri, na Inglaterra, as infrações penais graves eram reprimidas de duas formas, ambas brutais: a execução sumária, para os que fossem presos em estado de flagrância, e o appeal offelony, pelo qual o acusado submetia-se a um duelo judiciário com a pessoa que o denunciara (vítima ou familiares). Se fosse vencido antes do anoitecer, era condenado; se ganhasse ou não fosse vencido

naquele espaço de tempo, era absolvido. Em 1166, no reinado de Henrique 11, pela lei conhecida por Assize of Claredon, passou a haver, em cada localidade, o Grand Jury, constituído, em princípio, de 12, e, mais tarde, de 24 cidadãos. Cumpria-lhe, quando das visitas que os Juízes itinerantes da Coroa faziam, com regularidade, aos diferentes condados do Reino, informá-los, sob juramento, sobre as pessoas acusadas ou suspeitas de extorsão, assassinatos, roubos e outras infrações graves. Essas pessoas, assim acusadas, eram presas e julgadas. Daquele ano até 1215, o julgamento ficava afeto à Divindade. Os acusados eram submetidos aos Juízos de Deus ou ordálios, notadamente o do ferro em brasa e o da água fria, conforme vimos no volume 3, ao tratarmos dos sistemas de apreciação das provas. Mais tarde, quando o Papa Inocêncio 111 aboliu os ordálios e proibiu os clérigos de participarem daqueles julgamentos, os ingleses criaram o Petty Jury. Durante muitos séculos coexistiram o Grande júri e o Pequeno Júri, este constituído de 12 cidadãos e aquele, de 24. Enquanto o Grand Jury limitava-se a arregimentar provas acusatórias, cumpria ao Petty Jury apreciar o mérito, condenando ou absolvendo. Há informações de que, no começo, o Petty Jury não era um grupo de cidadãos imparciais, encarregados de apreciar as provas e condenar ou absolver. "Lesjurés étaient les témoins eux-mêmes"- os jurados eram as pró-

prias testemunhas -, segundo o Prof. J. R. Spencer, da Universidade de Cambridge (La procédure pénale anglaise, trad. francesa, Paris, PUF, 1998, p. 7). Quando nada soubessem, esses cidadãos saiam para as investigações. Mais tarde é que esse Júri passou a ser formado de pessoas completamente alheias ao fato objeto do julgamento. As provas passaram a ser feitas no próprio Tribunel. Cabia, contudo, ao Grand Jury receber ou arregimentar as provas e dizer se o acusado devia ou não ir a julgamento. Em caso positivo, era ele remetido ao pequeno Júri, formado de 12free and lawful men. A denominação jurados adveio precisamente do fato de aqueles 12 cidadãos prestarem um juramento - "This body of twelve was called a jury (jurata), because it was put on oath before giving its verdict; its members were jurors Ouratores) persons who have been swom" (J. H. Baker, An introduction io English legal History, third edition, London, Butterworths, 1996, p. 86). Curiosamente, após a acusação, os jurados "were confined without meat, drink, fire or candle, or conversation with others, until they were agreed..." (eram isolados, sem comida, bebida, fogo ou vela, nem podiam conversar com outras pessoas, enquanto estivessem reunidos) (J. H. Baker, An introduction, cit.). E arremata o referido autor: "The constraints of

discomfort were primarily intended to encourage unanimity .....

A partir do século XIX, contudo, começou o declínio do Grand Jury, até que, em 1933, foi extinto. A investigação passou a ser feita pelos Jufzes de Paz - Justice of Peace (Spencer, La procédure, cit., p. 10).

Com a Revolução Francesa, em fins do século XVIII, "ante a impopularidad de los tribunales de magistrados que habían convertido el arbitrio en la arbitrariedad judicial" (Juan Jose Gonzalez Bustamante, Principios de derecho procesal penal mexicano, México, Porrúa, 197 1, p. 225), a instituição foi levada para a França, de onde se espraiou por quase toda a Europa, com ligeira alteração: em vez do grande Júri, ca-79

bia a um Juiz togado dizer se era ou não caso de ser o réu submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Entre nós, o Júri surgiu em 1822, e era exclusivo para os crimes de imprensa. A Constituição de 1823 estendeu-o às causas cíveis e criminais, muito embora nunca houvesse funcionado nesses feitos.

Com o advento do Código de Processo Criminal do Império, de 1832, atribuiu-se à instituição o julgamento de quase todas as infrações.

Criouse o Jury de Accusação, formado de 23 jurados, cuja finalidade era dar sustentação à pronúncia que ficava a cargo dos Juízes de Paz. De seis em seis meses, o Jury de Accusação se reunia, na sede da comarca, sob a presidência do Juiz de Direito, para acolher, ou não, as decisões de pronúncia proferidas nos distritos e termos. Se esse grande Júri "encontrasse matéria para a accusação", era o réu levado a julgamento pelo pequeno Júri, ou Jury de Sentença, constituído de 12 jurados. Posteriormente, com a reforma de 1841, aboliu-se o Jury de Accusação.

Com a República, o Decreto n. 848, de 11 - 10- 1890, chegou a criar o Júri Federal, constituído de 12 jurados e com competência para julgar os crimes sujeitos à jurisdição federal. Mas teve vida efémera.

A Constituição de 1937 não tratou do Júri, e, por isso, a matéria foi disciplinada pelo Decreto-lei ri. 167, de 5-1-1938. Surgiram, então, duas grandes novidades:

o número de jurados passou a ser 7 e extinguiu-se a soberania. Esta, que era prevista na Constituição de 1891

e na de 1934, eclipsada na de 1937, que nem sequer falou em Júri, e no Decreto-lei n. 167138, reapareceu na Constituição de setembro de 1946, e até hoje permanece.

A instituição do Júri, no mundo de hoje, vem perdeildo a importância que teve em outras épocas. Na Europa continental, por exemplo, apenas a Bélgica, a Noruega, a Espanha e alguns Cantões da Suíça (Genève, Friburgo e Zurich) a admitem. Assim também Austrália, África do Sul, Inglaterra e Estados Unidos. Na América do Sul somente o Brasil e a Colômbia. No México foi o Júri introduzido pela Ley de 15 de junio de 1869, e a Legislação Penal de 1929 o suprimiu para os delitos comuns, mantendo-o, contudo, para os crimes de imprensa, contra a segurança externa e interna do país, "y para los delitos y faltas oficiales cometidos por los funcionarios y empleados de Ia Federación o del Distrito Federal". Em 1942, a legislação de emergência atribuiu a competência dessas infrações aos Juízes Federais. Alguns Estados suprimiram-no; "otros, y es Ia mayoria, lo conservan". Lá podem ser recusados até 5 jurados "sin expresión de causa". 0 Tribunal é formado, tal qual aqui, de 7 membros.

0 quesito é um só: "Tenéis la íntima convicción de que el acusado cometió el hecho que se le imputaT' (J. J. G. Bustamante, Principios, cit., p.

228).

Quando da ocupação da França, pelos alemães, durante a Segunda Grande Guerra, na epoca do Marechal Pétain, eles ali implantaram o Tribunal dos Escabinos (Schõffen, dos alemães; Échevin, dos franceses). E, desde então, é o Tribunal dos Escabinos que predomina na França, Alemanha, Áustria, Grécia, Itália, Portugal, dentre outros países da Europa continental. Trata-se de instituição parecida com o Júri. 0 Conselho de Julgamento é constituído de cidadãos leigos e de Juízes togados. Na França, após os debates, "les magistrats de Ia cour et les jurés" se reúnem na Sala das Deliberações e dali não podem sair sem as suas decisões. São 9 jurados e 2 Juízes togados que integram a denominada Cour d'assises, formada pela Cour propriamente dita e pelo Jury.

Muito a propôsito o art. 362 do Code de Procédure Pénale: "En cas de réponse affirmative sur la culpabilité, la cour d'assises délibère sans désemparer sur l'application de la peine .....

A diferença entre Júri e Escabinado é bem notável: naquele apenas os cidadãos decidem sobre o crime, respectiva autoria, causas de exclusão de ilicitude, de culpabilidade e de aumento ou diminuição da pena, enquanto a dosagem desta fica a cargo do Juiz-Presidente; no Escabinado, Juízes togados e leigos não só julgam, como, inclusive, fixam a pena. Havia, também, em outros países, o assessorado.

0 voto do assessor, com quem os jurados procuravam instruir-se, era apenas consultivo.

0 Escabinado, que domina a Europa continental, apresenta particularidades de um país para outro. Na Itália, por exemplo, são 2 Juízes togados e 6

jurados; na Alemanha, se a infração não se revestir de gravidade, o Tribunal dos Escabinos é formado de um Juiz togado e de 2

jurados. Se for grave, serão 3 togados e 2 leigos.

0 Código de Processo Penal português de 1988 introduziu o Escabinado com esta curiosidade: o échévinage, ali, é constituído de 3 Juízes togados e 4 leigos, e julga os crimes contra a paz, contra a humanidade, contra a segurança do Estado e os crimes cuja pena máxima cominada in abstracto seja superior a 8 anos. Mais ainda: para ser julgado pelo Tribunal dos Escabinos e preciso haja pedido nesse sentido, seja do Ministério Público, seja do réu ou assistente. Se uma parte quiser e a outra não, prevalece a vontade daquela que o desejou. Não liavendo pedido, a competência se desloca para o Tribunal Colectivo, constituído de 3 Juízes togados. Nos demais casos, a competência é do Tribunal Colectivo e do Tribunal Singular.

A despeito das críticas, o Júri continua em pleno vigor entre nós, embora restrito a algumas infrações penais.

Como vimos, no Brasil, o traço marcante do Tribunal do Júri consiste na divisão dos poderes conferidos ao Juiz togado e aos jurados. Cabe a estes, e exclusivamente a estes, decidir sobre materialidade e autoria, bem assim sobre causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de aumento ou diminuição de pena. 0 que o distingue de outras instituições similares, como o échévinage (escabinado) e o assessorado, que havia na Itália, é a circunstância de haver, no julgamento, uma competência funcional horizontal por objeto do juízo, isto é, o Conselho de Sentença, que, sem influência de quem quer que seja, decide sobre materialidade e autoria, causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, sobre as circunstancias que modelam e deslocam o tipo fundamental para figuras especiais, bem como sobre circunstâncias que servem, apenas, para a dosagem da pena, que, por sinal, fica a cargo exclusivo do Juiz-Presidente, não podendo ele afastar-se do decidido pelos jurados. Este o seu caráter específico.

i

No Escabinado, Juízes leigos e togados decidem, por primeiro, sobre a 1

pretensão deduzida e, a seguir, sobre a aplicação da pena.

Nessa divisão de poderes está o seu caráter específico. E quais os seus demais caracteres? Antes de mais nada, embora seja o Júri um órgão espe-1

cial de primeiro grau das Justiças Comuns Estadual e Federal, a Constitui-

ção dele cuida no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, precisamente no art. 5.', XXXVIII, numa evidente demonstração, pela sua posição topográfica, de que se trata de instituição

destinada a tutelar mais ainda o direito de liberdade. Esse o seu traço fundamental. Tal não quer dizer que o direito de liberdade não encontra tutela no seio do Judiciário. É que o Júri não fica preso às formalidades da lei, e, como bem disse Roberto Lyra, "não é o jurado obrigado, como Juiz, a decidir pelas provas do processo, contra os impulsos da consciência". Os jurados têm inteira liberdade de julgar, e o fazem de acordo com a sua consciência, sem ficar

adstritos à lei e à prova. Quantas vezes o Juiz togado sente vontade de absolver, ou de condenar, ciente e consciente da inocência ou culpa do acusado, mas, ao mesmo tempo, nada pode fazer, por se encontrar preso ao quod non est in

actis non est in hoc mundo, e por estar "autoliMitado pelas normas aconi

selhdveis da jurisprudência"! Já os jurados não ficam presos "ao alegado e provado, nem à estreiteza dos textos..." (Ojúri sob todos os aspectos, Rio

de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1950).

Há muitas críticas ao Júri. Os jurados são pessoas leigas e que desconhecem o Direito. Rui Barbosa observava, com acerto (e há mais 82

de 80 anos!), que "as argüições fundadas contra o júri não são maiores, entre nós, do que as queixas oferecidas contra a magistratura togada.---

(Obras completas, Imprensa Nacional, v. 25, t. 3, p. 86).

Ademais, à alegação de que os jurados, além de leigos, não lêem o processo para uma melhor decisão, respondeu Roberto Lyra que "mesmo os tribunais de apelação que dispõem do processo, nem sempre podem estudá-

los bem, tal o volume de serviço..." (0 júri sob todos os aspectos, cit., p. 15).

Afirmou Alexis de Tocqueville: "El sistema del jurado, tal como se entiende en Norteamerica, me parece una consecuencia tan directa y tan extrema del dogma de Ia soberania del pueblo, como el voto universal... fue... el jurado civil el que salvó realmente Ias libertades de Inglaterra... sirve para dar al espíritu de todos los ciudadanos una parte de los hábitos del espíritu del juez; y essos hábitos son precisamente los que preparan al pueblo a ser libre" (apud Sergio Garcia Ramirez, Derecho, cit., p. 488).

0

Por outro lado, o Júri "não está adstrito ao alegado e provado nos autos, nem à estreiteza dos textos, e não seria Júri se deixasse de sentir o conjunto das realidades individuais e sociais".

A Constituição de 1946, a propósito do Júri, dizia, no art. 141, § 28:

"E mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

A de 1967 limitou-se a dizer:

"E mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

A ConstituiSão atual, conforme vimos, limita-se a dizer, no art. 5 .', XXXVIII: "E reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; e d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

A instituição não foi mantida. Foi reconhecida. Manter significa conservar a instituição naquilo que ela tem de essencial. A Constituição atual não manteve. Reconheceu. Se houvesse mantido, o número de jurados seria impar, obrigatoriamente, tal como nas Constituições de 83

a

1946 e 1967. Atualmente, nada impede que, na organização do Júri, o legislador ordinário estabeleça um número par de jurados. Doze, por exemplo... Nada impede, por outro lado, que o Tribunal popular julgue outros crimes além dos dolosos contra a vida.

Aliás o número 12 será até melhor. Favorece o réu. Para uma condenação haverá necessidade de 7 votos. Se o resultado for 6 a 6, haverá de prevalecer a decisão mais favorável ao réu, à maneira do que ocorre nos julgamentos dos recursos (CPP, art. 615). Ademais, em face do princípio da presunção de inocência, umbilicalmente ligada ao dofavor rei, diante de um empate, haverá de prevalecer a decisão mais favorável.

Nada obsta, por outro lado, seja mantida a imparidade dos jurados. Não se trata,

contudo, de requisito essencial.

E quanto à soberania dos veredicta? Antes é de indagar: que se entende por soberania dos veredictos? Obviamente, para o nosso CPP, não significa, nem traduz, uma onipotência desenfreada e descomedida. E tanto isso é exato que, embora os legisladores constituintes de 1946 houvessem proclamado a soberania das decisões do Júri, eles mesmos, quando alteraram o CPP, na parte atinente à instituição dele, para adaptálo às exigências constitucionais, por meio da Lei ri. 263, de 23-2-1948, deixaram claro que, se a decisão dos jurados for manifestamente contrária às provas dos autos, poderá o juízo ad quem, desde que provocado, determinar a realização de novo julgamento. Não permitiram, em nenhum caso, pudesse a instância superior reexaminar a causa e proferir a decisão adequada.

Autorizaram ao Tribunal ad quem a corrigir as distorções, quando o erro partir do Presidente do Júri. Jamais quanto ao pronunciamento do Conselho de Sentença.

Sendo assim, a expressão foi empregada no sentido de que nenhum Orgão Jurisdicional pode sobrepor-se às decisões do Júri para exercer, simultaneamente, ojudicium rescindens e ojudicium rescisorium, ou, como diz Frederico Marques, a expressão traduz a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados ser substituída por outra sentença sem esta base (cf. A instituição do júri, Saraiva, 1963, p. 40).

Mesmo de acordo com esse entendimento, nada obsta, tal como disseram os legisladores de 1946, possa a instância superior determinar que o Tribunal leigo se pronuncie novamente sobre a causa, desde que tenha havido error in procedendo ou error in judicando, nos termos do art. 593, 111, e seus parágrafos do CPP, com a redação que lhes deu a

Lei n. 263, de 23-2-1948. 0 órgão de 2.0 grau apenas exerce a denominada giurisdizione regolatrìce, praticando, tào-somente, os atti de controllo, mesmo porque nem teria sentido pudesse subsistir um julgamento eivado de vitium in procedendo e, muito menos, uma decisão iniqua.

Na Inglaterra, se o veredicto for condenatório, "sera sournis au contrôle de la Cour d'appel, formée de trois juges de la King's Bench Division (atualmente Queen's Bench Division), qui peut, dans le cas légaux, annuler la sentence, l'atténuer ou l'aggraver" - Criminal Appeal Act de 1907 (cf. Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel, Paris, 1947, p. 704, n. 1.277).

0 conceito de soberania e, pois, variável, isto é, não admite interpretação unívoca. Bem podiam os legisladores de 1946 não admitir recurso das decisões do Júri, salvo se iníquas, como previam os arts.

350 e 352 do Code d'Instruction Criminelle, ou emprestar-lhe o sentido de poder supremo, acima do qual outro não existe. Qual o real sentido da expressão? o

Há quem entenda que as decisões do Júri, sendo soberanas, delas não se pode recorrer, posto que soberanas. Outros, como Frederico Marques, esposam a idéia de que a expressão traduz a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados ser substituída por outra sentença sem esta base. Em que sentido, os constituintes, no art. 141, § 28, da Carta de setembro de 1946, a empregaram? No primeiro ou no

segundo? Não se deve perder de vista que esses mesmos legisladores, quando da elaboração da Lei n. 263, de 23-2-1948, com o objetivo de adaptar o CPP ao texto da Carta de 1946, excluíram daquele o art. 606 (que permitia pudesse a instância superior condenar ou absolver o réu

quando lhe parecesse que a decisão afrontara a prova dos autos) e introduziram, no inc. 111 do art. 593, a letra d, acrescentando a esse artigo o §

3.', arredando, assim, a possibilidade de a instância superior, na hipótese de entender que a decisão afrontou a prova dos autos, condenar ou absolver. Poderá, isto sim, determinar a realização de novo julgamento. Se

assim o fizeram, certamente não quiseram dar a expressão soberani . a o sentido de poder acima do qual outro não existe. Logo, para o nosso Código, a expressão soberania tem um sentido mais acanhado. E, ao que

tudo faz crer, essa restrição conceitual vem sendo admitida por grande parte da doutrina e, sem discrepância, pelos nossos Tribunais. Na verdade, se os próprios

legisladores constituintes, quando da elaboração da Lei n. 263/48, empregaram aquela expressão com sovinice, é sinal de

que a entendiam daquela maneira, e, por isso, aquela disposição processual penal tem um sentido de verdadeira interpretação autêntica, que, a

85

toda evidência, não pode ser superada por uma interpretação etimológica ou gramatical...

Talvez seja esta a razão de os nossos Tribunais, nomeadamente o STF, desde a vigência da Lei n. 263148, e o STJ, de 1988 para cá, jamais terem proclamado a inconstitucionalidade da letra d do inc.

III do art, 593 do CPP. Pelo contrário. 0 Excelso Pretório tem denegado habeas corpus em que

se invoca a inconstitucionalidade daquela norma processual penal (Habeas Corpus n. 66.954-9, DJU, 5-5-1989, p. 7160; Habeas Corpus n. 67.531-0, DJU, 30-6-1989, p. 11649; Habeas

Corpus ri. 67.271-0, DJU, 2-6-1989, p. 9601. A RT, 636/279 registra uma v. decisão do TJSP no sentido de que aquele dispositivo do CPP não afronta o art. 5.', XXXVIII, da CF. No mesmo sentido o v.

aresto do STJ publicado no DJU, de 27-11-1989, p. 17574).

Com o advento da Constituição de 1988, o tema voltou a debate. É preciso, antes de mais nada, que a expressão seja examinada levandose em consideração sua posição topográfica. Quando a Carta de 1967 omitiu a "soberania dos veredictos" no parágrafo destinado ao Júri, e o Governo nomeou uma Comissão para a elaboração de um novo CPP, tendo à frente Frederico Marques, indagávamos: se a Constituição de 1967 silenciou a respeito da soberania, como deveria portar-se o legislador ordinário? Tanto poderia mantê-la, tal qual disciplinado no diploma processual, como restringi-Ia ao mínimo indispensável. 0 que não se poderia conceber era a sua total erradicação.

Júri sem um mínimo de soberania é corpo sem alma, instituição inútil. Que

vantagem teria o cidadão de ser julgado pelo Tribunal popular se as decisões deste não tivessem um mínimo de soberania? Por que o legislador constituinte insculpiu a instituição do Júri no capítulo pertinente aos direitos e garantias individuais? Qual seria a garantia? A de ser julgado pelos seus pares? Que diferença haveria em ser julgado pelo Juiz togado ou pelo Tribunal leigo? Se o Tribunal ad quem, por meio do recurso, examinando as quaestiones facti e as quaestiones juris, pudesse, como juízo rescisório, proferir a decisão adequada, para que manter o Júri?

Quanto mais meditamos sobre o assunto, mais nos persuadimos de que o Tribunal leigo, sem soberania, não passa, como se diz numa linguagem moderna, de órgão cafona, ridículo e burlesco, servindo, apenas, para satisfazer a uma platéia ávida de picaresco exibicionismo oratório, com irritante verbiagem.

Ou ele existe para tutelar mais ainda o jus libertatis, e, nesse caso, a soberania das decisões, ainda que parcimoniosa, é consubstancial à 86

instituição, ou, então, não passa de simples Orgão Jurisdicional especial de 1.' grau da Justiça Comum, e, nessa hipótese, impossível explicar sua posiçao no capítulo dos direitos e garantias individuais, e sua inutilidade seria palpável.

Mas, como a instituição persiste entre nós para tutelar o direito de liberdade, não se lhe pode castrar a soberania.

Não se duvida que os Juízes togados também tutelam a liberdade individual, mas a soberania leiga do Tribunal popular parece tocar no sentimento do povo. Muitas vezes o legislador se divorcia da vontade popular e o Tribunal leigo corrige as distorções. 0 Juiz togado confiscaria o punhal de Otelo, mas o Tribunal do Júri lho devolveria.

A pobre mulher do operário, com três ou quatro filhos, que viesse a provocar aborto, não encontraria, talvez, a clemência desejada nas mãos do Juiz togado. Este, à semelhança do Magistrado que se mumifica na tessitura do texto, anaternatizado por Anatole France, diria: nós somos Juízes e não legisladores ou filósofos... Ws o Tribunal popular a absolveria, respondendo: nós somos homens. A mulher que abortasse para esconder a própria desonra, fatalmente seria condenada pelo Juiz singular, se este tivesse competência para julgá-la. 0 Tribunal popular dificilmente o faria. Nem sempre o legislador transfunde, na

lei, o sentimento popular, mas o seu ponto de vista, suas concepções. Aos poucos, contudo, as reiteradas decisões do Júri convencem o legislador do seu desacerto. Razão assiste a Donnedieu de Vabres, ao afirmar: lesjures échappent à la routine; ils sont en contact permanent avec l'opinion publique. C'est sous influence des veredicts dujury, des voeux qu'ils ont exprimés, qu'ont été réalisées d'utiles réformes en matière pénale (cf. Traité, cit., p. 707, n. 1.229).

0 nosso Júri jamais se preocupou em saber se a infanticida se encontrava ou não sob a influência do estado puerperal. Apenas queria saber se a morte do recém-nascido ocorrera para a ocultação da própria vergonha. 0 Júri sempre foi condescendente no julgar o crime de aborto, quando, por meio dele, a mulher procurava ocultar a sua desonestidade, sempre se condoendo do martírio que padecia a infeliz criatura, antes e depois do extremo gesto desnaturado.

Hoje, repensando bem, e tendo em vista que as Constituições, desde a de 1946 até a atual, vêm mantendo o Júri no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, ao contrário do que dizia o art. 151 da Carta Imperial Ç'O poder judicial é independente, e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar, assim no civel como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem"), entendemos que de

vt

jure constituto dever-se-á revogar a alínea d do inc. 111 do art. 593 do CPR Se o réu for absolvido, não poderá a Acusação apelar alegando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos.

A decisão é soberana. Da mesma fonna se condenado for. Neste último caso, entretanto, não haverá prejuízo para o réu. Tão logo transite em julgado a decisão condenatória, poderá ele ingressar no juízo revisional, que lhe devolverá a liberdade.

É certo que, muitas vezes, as decisões do Júri deixam a desejar, mas, em compensação, quantas sentenças dos Juízes togados não são reformadas na superior instância, e quantos acórdãos não são corrigidos pelo Excelso Pretório! Tenham os Juízes togados e aqueles que combatem a instituição do Júri, como verdade, que o justo não é um valor suscetível de aplicação matemática.

Porventura é o Tribunal do Júri responsável pela súcia de ladrões, traficantes de entorpecentes, estelionatários e assaltadores que andam por aí, à solta? Alguém terá coragem de atribuir ao Júri a responsabilidade pela delinqüência juvenil? Saibam os Juízes recrutar cidadãos idôneos para o integrarem e muitos sertões poderão ser corrigidos.

Note-se que entre nós, desde o Império até os dias atuais, jamais se permitiu ao órgão de 2.' grau apreciar um recurso de decisão do Tribunal popular com a mesma liberdade que sempre teve para julgar as apelações das decisões dos Juízes monocráticos. Nem mesmo no período de 1938 até o advento da Constituição de 1946, em que, segundo se costuma dizer, foi abolida a soberania dos veredictos.

Tal observação dá lastro ao nosso entendimento de que não pode haver Júri sem soberania, ainda que judaica, dentro nos seus inevitáveis limites. E

a demonstração disso nos deu o Anteprojeto

Frederico Marques. Ali se permitia, também, apelar das decisões do Júri quando manifestamente contrárias às provas dos autos.

A Constituição de 1988, acertadamente, manteve a soberania dos veredictos como um dos requisitos essenciais da instituição do Júri.

Há entendimento no sentido de que, se as decisões do Júri são soberanas, não se justifica, por manifesta inconstitucionalidade, o disposto no art.

593, 111, d, do CPP, permitindo apelo dos seus veredictos, "quando manifestamente contrários à prova dos autos". Vejamse, no particular, a lição de Tornaghi (Instituições, 1959, Forense, v.

2, p. 311) e a de James Tubenchlak (Estudos jurídicos, n. 4, p. 226).

Conforme salientamos linhas atrás, sempre se entendeu, entre nós, desde a promulgação da Lei n. 263/48, que, em se tratando de decisões 88

do Júri, a Instância superior funciona como giurisdizione regolatrice, e, por isso mesmo, não se admitia, como não se tem admitido, possa subsistir uma decisão iníqua. Pelo menos foi isso o que pretenderam os legisladores. É bem verdade

que, anulado o julgamento por ter sido a decisão manifestamente contra a prova dos autos, se no outro a decisão for a mesma, não será permitida uma segunda apelação respaldada no mesmo motivo. Impossível esse segundo apelo. 0 §

3.' do art. 593 do CPP veda, terminantemente, essa segunda apelação. Por que impossível? Pelo simples fato de ser soberana a decisão do Tribunal leigo. Tal circunstância revela, aparentemente, uma verdadeira contradição: se não foi soberana no primeiro julgamento, como poderia sê-lo no segundo9 Ao que parece, o legislador, embora reconhecendo ser soberana a decisão do Júri, permitiu que a instância superior, praticando verdadeiros atti di controllo, desse ao Tribunal popular uma oportunidade para corrigir a iniqüidade. E o fez, com a regra do art. 593, 111, d, do CPP. Contudo, renitindo o Tribunal leigo no mesmo erro, respeita-se seu entendimento. Concedeu-selhe oportunidade para a correção. Desprezando-a, nada mais poderá ser feito, a nível de apelação, sob aquele fundamento. A iniqüidade, se condenatória a decisão, poderá ser sanada no juízo revidendo.

Os Tribunais, todavia, não reconhecem a inconstitucionalidade do inc.

III, d, do art. 593 do CPP c/c o § 3.' desse mesmo artigo. Mas se o Júri, pela sua própria posição topográfica no corpo da Lei Maior, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, e uma instituição destinada a tutelar mais ainda o direito de liberdade do réu, de jure constituendo, deve ser adotada uma dessas duas soluções: a) Proferida a decisão manifestamente contra a prova dos autos, se condenatória, poderá a Defesa interpor apelo, com fulcro no art. 593, 111, d, do CPP; se absolutória, não poderá a Acusação, sob aquele fundamento, interpor apelo. Nada de extraordinário.

0 princípio do favor rei justifica esse entendimento; ele seria privativo da defesa, à semelhança do que ocorre com o protesto por novo júri e com os embargos infringentes e de nulidade. b) Ou, então, vedar o apelo contra as decisões manifestamente contrárias à prova dos autos, pouco importando se condenatória ou absolutória a decisão. Respeitar-se-á a soberania dos veredictos. Nem por isso o réu sairá prejudicado, porquanto resta-lhe a via revisional.

Aliás, registramos com satisfação o entendimento do Dr. Cláudio Brito, digno e honrado Promotor de Justiça da Vara do Júri de Porto Alegre/RS, no sentido de não apelar das decisões do Júri com fundamento na alínea d do inc. 111 do art.

593. Se a Lei Maior diz que as 89

decisões do Júri são soberanas, argumenta o ilustre membro do Parquet gaúcho, devo respeitá-las. Não assim a defesa, posto que o direito de liberdade é um bem proporcionalmente maior à soberania dos veredicta. Ademais, a posição topográfica da instituição do Júri no corpo da Constituição, precisamente no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, tem um alto significado.

14. Organização e funcionamento do Júri

0 Júri, segundo a definição que se encontra no art. 433 do CPP, é um Tribunal composto de um Juiz de Direito, que é o seu presidente, e de 21

jurados, que se sortearão dentre os alistados, 7 dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

Mais simplificadamente, pode-se dizer que o Júri é um Tribunal composto de um Juiz de Direito, que o preside, e de 7 cidadãos, de notória idoneidade, sorteados na própria sessão de julgamento, dentre uma lista de 21 nomes.

Anualmente, cabe ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri organizar a lista geral dos jurados, fazendo-o sob sua responsabilidade e mediante escolha, por conhecimento pessoal ou informação fidedigna.

Normalmente, os Juízes costumam oficiar às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas, requisitando a indicação de cidadãos que reúnam as condições legais para servirem como jurados. Que condições são essas? Em primeiro lugar é preciso tratar-se de cidadão brasileiro (nato ou naturalizado), ou não seria cidadão. Se o Tribunal do Júri é órgão especial de 1.'

grau da Justiça Comum, integrando, assim, o Judiciário, um dos Poderes da soberania nacional, não teria sentido que um estrangeiro pudesse exercer parte de funções afetas a um dos Poderes em que se triparte, funcionalmente, a soberania nacional, Deverá o cidadão ter notória idoneidade e ser maior de 21 anos. Parece-nos que a partir da vigência do novo Código Civil, em que se consignou que a maioridade civil começará aos 18 anos de idade, não haverá

mais razão para a exigência dos 21 anos. Assim, cairão por terra as prescrições dos arts. 15, 194, 262, 434 e 449 do CPP.. A não ser que se pretenda criar novo tipo de maioridade... Segundo a ~munis opinio doctorum, nada impede possam também ser alistados os maiores de 60, a despeito da regra contida no art. 434 do estatuto processual penal. Mas, se recusarem, nenhuma sanção sofrerão. A lei fala em maiores de 21 anos. Assim, não poderão ser jura-90

,i

ì I

-il

dos os emancipados. 0 homem, casando-se, mesmo sendo menor de 21 anos, adquire a maioridade. Entretanto não poderá servir como jurado'

E intuitivo que os analfabetos não poderão ser incluídos na lista. Muito menos os surdos-mudos, pois, segundo Whitaker, são equiparados aos imbecis. Os simplesmente surdos, desde que possuam aparelho que ative a função auditiva, podem sê-lo. Os cegos também estão, pelo bom-senso, excluídos. Igualmente, aqueles que não estiverem no gozo dos direitos políticos.

Devem os Presidentes dos Tribunais do Júri, quando do recrutamento dos bons cidadãos da comarca para o exercício da função de jurado, levar em conta tão-só a faixa etária e a idoneidade. Não devem procurar apenas os portadores de diplomas de curso superior. Do contrário continuaremos tendo um Júri elitizado. Na Inglaterra, até começo de 1972, havia determinadas regras que restringiam a possibilidade de alguém poder participar de um Júri. Mas, conforme observação de J. R. Spencer, essas "règles pooduisaient normalement un jury lettré et respectable, mais qui étaient peu compatibles avec les idées démocratiques du XX, siècle"(La procédure, cit., p. 65).

Em meados daquele ano uma

lei tornou obrigatório o dever de servir como jurado todo cidadão com a idade de 18 a 65 anos. Nenhuma outra exigência. Assim, na pátria do Júri, para ser jurado basta estar dentro nessa faixa etária.

Aliás, entre nós, a lei não exige, para o exercício da função de jurado, outras

condições senão estas: a) brasileiro nato ou naturalizado; b) maior de 21 anos; c) idoneidade. A preferência por diplomados é do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, e não da lei. Se na pátria da instituição chegou-se à conclusão de que o julgamento por

"letrados" é incompatível com as idéias democráticas do século XX, nada justifica,

entre nós, essa preferência porjurados de elite. Basta, tão-somente, ser brasileiro nato ou naturalizado, idôneo, maior de 21 anos. Qualquer do povo sabe o que é certo e o que é errado. Assim, são suficientes, apenas, aquelas condições exigidas por lei para o exercício da função de jurado. Outra exigência por acaso imposta pelo Juiz que procede ao recrutamento, como, por exemplo, o certificado de conclusão de curso superior, desnatura a instituição. Se o legislador quisesse que os jurados tivessem conhecimentos de Direito Penal, somente os bacharéis em Direito é que poderiam exercer essa função.

E a lei não disse nem quis

dizer tal coisa. Cabendo ao corpo de jurados apenas afirmar se o réu deve ser condenado ou absolvido, se errou ou não percebe-se de 1

não ser tal tarefa exclusiva dos diplornados.

91

Por outro lado, é preciso que os Juízes Presidentes do~ Tribunais populares observem, com rigor, a disposição do art. 439 do CPP, que determina o recrutamento anual. Em determinadas cornarcas, há jurados alistados há mais de 30 anos... como se fossem vitalícios.

É claro que os alistáveis são apenas os cidadãos residentes na comarca.

0 serviço do Júri será obrigatório. É como soa o art. 434 do CPP. Desde que o cidadão satisfaça às exigências legais, pode o Juiz Presídente do Tribunal do Júri incluí-lo na lista geral a que se refere o art. 439 do estatuto processual penal. Pode o cidadão recusar-se a exercer tal função? Não. Se, uma vez alistado, quiser ser excluído, restará indagar-lhe o motivo. Se este se prender a razões de convicção religiosa, política ou filosófica, sujeitar-se-á à perda dos direitos

políticos, nos termos dos arts. 435 do CPP e 5.', VIII, e 15, IV, da Magna Carta. Cumprirá, então, ao Juiz-Presidente fazer a devida comunicaçao ao Tribunal de Justiça e este ' ao Ministro da Justiça, o qual, contudo, nada poderá fazer, uma vez que o legislador, preocupado com outros problemas transcendentais, deixou de elaborar lei dizendo qual será a prestação alternativa a ser cumprida por aqueles que se eximem de obrigação legal imposta a todos, como exigido pelos arts. 5.', VIII, e 15, IV, todos da CF. Desse modo, a sanção torna-se inaplicável, visto que o preceito não é bastante em si, self-executing.

Se o pedido de exclusão se fundar numa das causas a que se refere

• art. 436, parágrafo único, lX, X e XI, do CPP, poderá o Juiz deferir

• pedido. E se importar numa simples recusa de servir no Tribunal do Júri? Sua pretensão será indeferida, podendo, contudo, interpor recurso para o Presidente do Tribunal de Justiça, nos termos do art.

581, XIV, combinado com o art. 586, parágrafo único, todos do CPP. Se desprovido o recurso, seu nome continuará na lista. E se esse jurado deixar de comparecer à sessão do Júri? Restará ao Juiz-Presidente impor-lhe a multa a que se refere o art. 443 do CPP.

Não devem, contudo, ser alistadas as pessoas referidas nos incs. 1, 11, 111, IV, V, VI, VII e VIII do parágrafo único do art. 436. Se o forem, deverão ser excluídas. É que, na hipótese, a própria lei dá preferência às funções que as pessoas ali indicadas desempenham.

Esse alistamento, conforme anotamos, é feito anualmente. Diz o art. 439

do CPP que, no Distrito Federal e nas comarcas, de mais de 100 mil habitantes, o número de jurados deve ser de 300 a 500, e, nas demais, de 80 a 300. Não há, na doutrina, discrepância quanto ao entendimento de

que esse número não pode ser aquém do mínimo, podendo, contudo, ser menos ou mais do que o máximo previsto. Na Capital paulista, por exemplo, atualmente, por força das Leis estaduais ri. 3.396/82 e 3.947/83, bem como da Resolução do Eg. Tribunal de Justiça, os Juízes titulares das

CINCO VARAS do Júri da Capital estão autorizados a proceder à arregimentação de 1.250 cidadãos para exercerem as funções de jurados.

Feito o alistamento, deverá o Magistrado, em novembro de cada ano, fazer publicar na imprensa, se houver, ou no átrio do Fórum, os nomes dos alistados, com indicação de suas respectivas profissões. Nada impede que o próprio Juiz, de ofício, proceda à alteração da lista. Qualquer cidadão também pode pretender a alteração. De uma forma ou de outra, essa alteraçao somente será possível até a publicação definitiva, que se dará na segunda quinzena de dezembro.

Permite-se, até, a qualquer pessoa, o direito de interpor recurso para combater a decisão do Juiz que incluir ou excluir jurado na lista.

Quando começa a fluir o prgzo desse recurso? Se há uma publicação provisória e outra definitiva, é óbvio que somente esta mostrará se houve inclusão ou exclusão de jurado. Nesse sentido, veja-se Espínola Filho (cf. Código, cit., v. 4, p. 352).

Quem é parte legítima para recorrer? Se houver exclusão, o excluído. Se o recurso visar a combater a inclusão, é lógico que a legitimidade é da pessoa que requerer a exclusão.

'1---

Publicada a lista definitiva, deterirúria o Juiz que os nomes dos jurados,

1

com Índícação de suas profissões e endereços, sejam lançados em pequenos cartões iguais que, verificados pelo órgão do Ministério Público, ficarão guardados em uma fechada a chave, sob a

responsabilidade daquele.

A publicação provisória tem por finalidade dar a conhecimento público os nomes das pessoas que, no ano seguinte, comporão o corpo de jurados, e, por isso mesmo, com tal ciência, qualquer do povo poderá impugnar os nomes de quantos não mereçam figurar na lista. Já a publicação definitiva se faz necessária

não só para se dar ciência aos escolhidos como também para que

se saiba quais as alterações introduzidas (inclusão ou exclusão).

Onde houver necessidade, será também organizada lista de jurados suplentes, sendo que a sua formação obedecerá às mesmas regras estabelecidas, na confecção da lista geral. Os jurados suplentes são escolhidos entre os

cidadãos residentes na sede do juízo ou nas suas proximidades (CPP, art.

445, § L'), e seus nomes lançados, também, em pequenos cartões iguais que, verificados pelo órgão do Ministério Público, ficarão guardados em urna especial fechada a chave, sob a responsabilidade do Juiz.

93

ÈLaà~---

i

Por que jurados suplentes? Como veremos dentro em breve, embora a sessão do Júri possa ser instalada com um mínimo de 15 jurados, é possível haja, para a mesma reunião periódica, outros

julgamentos em pauta, e, assim, urge completar o número legal de jurados, prevenindo-se o Juiz-Presidente de eventuais contratempos. E essa complementação se faz com os jurados suplentes. Veja-se, a propósito, o art. 445 do CPR Havendo uma urna contendo apenas nomes de jurados residentes na sede do Tribunal do Júri ou nas suas proximidades, torna-se mais fácil o sorteio daqueles que devam perfazer o número legal em substituição aos faltosos. Assim, tendo, na sessão inaugural, comparecido 15 jurados e se houver outros processos em pauta para julgamento na mesma reunião periódica, cumprirá ao Juiz-Presidente proceder ao sorteio de 6 suplentes. 0 sorteio é realizado pelo próprio Juiz-Presidente. Seus nomes serão lançados na ata, e, em seguida, expedir-se-á a competente notificação, que, à evidência, far-se-á com facilidade. A lei não diz quantos devam ser os jurados suplentes. Fica, pois, à discrição do Magistrado.

E se, na comarca, não houver urna especial e for necessária a substituição dos

jurados faltosos? Nada obsta que o Juiz-Presidente, da própria uma geral, sorteie tantos quantos necessários. Aliás, com as facilidades dos meios de comunicação, quase nem há necessidade dessa urna especial, a não ser em Estados cuj as comarcas tiverem extensa área territorial e for difícil o acesso aos seus distritos, onde residam jurados.

A função de jurado é importantíssima. Além de constituir serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade. Preciso é, contudo, haja exercício efetivo. Mais ainda: assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, bem como preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas.

Há quem entenda que, para fazer jus à prisão especial, basta que o cidadão, incluído na lista geral e sorteado para compor o Tribunal do Júri, atenda à notificação, mesmo que não integre o Conselho de Sentença, ou porque recusado por qualquer das partes, ou por não ter sido sorteado. Veja-se, no particular, o ponto de vista de Espínola Filho (cf. Código, cit., v. 4, p. 374).

Data venia, entendemos que os direitos e vantagens referidos no art. 437

do diploma processual penal pressupõem, segundo a linguagem do legislador, exercício efetivo da função de jurado. 0 simples fato de comparecer à sessão não traduz um exercício efetivo da fun-94

ção que lhe compete. Observe-se que a lei nem se contentou em falar em exercício da função, o que seria bastante. Mas Procurou, para evitar que os usufrutuários de dúvida pudessem tirar partido, enfatizar: exercício efetivo da função. Logo é preciso que o jurado venha, realmente, a integrar o Conselho de Sentença e a julgar a causa.

Se o Conselho vier a ser dissolvido (CPP, art. 477), ainda assim não há falar-se em efetivo exercício. Então o simples fato de o jurado comparecer à sessão estabelecerá presunção de idoneidade moral? Nem teria sentido tal interpretação.

Essas vantagens, a que se refere o art. 437 do CPP, perduram apenas enquanto o cidadão, que já exerceu efetivamente a função de jurado, continuar com o seu nome na lista geral? Espínola Filho responde afirmativamente (cf. Código, cit., v. 4, p. 374). Estamos que, se o cidadão a exerceu efetivamente e da lista não foi

excluído por desmerecimento, nem responsabilizado criminalmente por concussão, corrupção ou prevaricação (CPP, art. 438), aiAda que haja renovação da lista, continuará ele com os mesmos privilégios, como homenagem aos relevantes serviços prestados à Justiça. E tanto isso é exato que o art. 295, X, do CPP fala sobre a prisão especial dos

"cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado"...

numa demonstração de que, se já foi exercida a função, o privilégio é incontestável. Em todo o território nacional? Essas vantagens e privilégios não se restringem apenas ao Estado em que o cidadão haja exercido as referidas funções. Respeitam-se em todo o país (cf. Espínola Filho, Código, cit., v. 4, p. 375).

Na Capital paulista, os 5 Tribunais do Júri funcionam permanentemente, salvo nos domingos e feriados, nas férias da Semana Santa e no período de 23 de dezembro a 2 de janeiro. No interior, nas comarcas de primeira e segunda entrância, nos meses de março, junho, setembro e dezembro. Nas comarcas de terceira entrância, o Júri se reúne nos meses pares, exceto naquelas em que os serviços do Júri estejam atribuídos à Vara Criminal, cumulativamente com as execuções criminais e de polícia judiciária, nas quais o Tribunal do Júri funcionara permanentemente, salvo férias, recesso ou feriados.

No Distrito Federal, as reuniões do Júri ocorrem todos os meses, e, com antecedência mínima de 10 a 15 dias do primeiro julgamento, cumpre ao Juiz-Presidente determinar se proceda ao sorteio dos 21 jurados que tiverem de servir na reunião e dos quais 7 integrarão o Conselho de Sentença.

No Estado de São Paulo, não há prazo prefixado. Pelo menos dele não cuida a Lei de Organização Judiciária. Entretanto os Juízes do interior, ao que parece, deixam-se levar pelo art. 64 do Decreto ri. 1.575, de 1908 (cuja vigência é até discutível), e, segundo ele, a convocação deve ser feita 30 dias antes do Júri (cf. F. Whitaker, 0 júri, 4. ed., p. 63).

0 sorteio faz-se a portas abertas, e um menor de 18 anos (simbolizando a inocência ... era assim na década de 40 ...) tirará da urna geral as 21 cédulas com

os nomes dos jurados, as quais serão recolhidas a outra urna, ficando a chave respectiva em poder do Juiz, o que tudo será reduzido a termo pelo escrivão, em livro a esse fim destinado, com especificação dos 21 sorteados.

Concluído o sorteio, determinará o Juiz se proceda à publicação do edital de convocação dos 21 jurados que tiverem de servir na reunião do Júri. 0

edital, com a indicação dos nomes e profissões dos jurados, data, local e hora do comparecimento, é lavrado e subscrito pelo escrivão e assinado pelo Juiz. 0 édito é afixado à porta do edifício onde funcionar o Tribunal do Júri e publicado na imprensa, se houver.

Tal publicação é indispensável, não só para que os jurados sorteados tenham conhecimento, com certa antecedência, de que em tal ou qual data deverão comparecer ao Fórum, como também para que as partes saibam quais os cidadãos que integrarão o Tribunal do Júri. Não se deve olvidar que, se qualquer das partes quiser alegar a suspeição de algum jurado, o momento oportuno é aquele traçado no art. 459, § 1% do CPP. E, não se tratando de recusa imotivada, cumprirá ao excipiente, se for o caso, fazer prova imediata do motivo legal de suspeição, consoante a regra inserta no art. 106 do CPP. Ora, não houvesse a publicação do edital do sorteio com certa antecedência, dificilmente poderiam as partes arregimentar as provas para uma eventual necessidade de comprovar-lhe o motivo legal.

Além da convocação por meio de edital, cada jurado será, pelo Oficial de Justiça, notificado, pessoalmente, a comparecer a reunião do Júri. Por outro lado, assim dispõe o § 2.' do art. 429 do CPP:

"Entender-se-á feita a intimação quando o Oficial de Justiça deixar cópia do mandado na residência do jurado não encontrado, salvo se este se achar fora do município".

Notificam-se, também, o réu e as testemunhas. É intuitivo que o órgão do Ministério Público, o Defensor, o assistente, se houver, o acusador particular (art. 29), se for o caso, deverão ser cientificados da data do julgamento.

Cumpre assinalar, consoante a regra contida no art. 432 do CPP, que, antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada, na porta do edifício onde deva funcionar o Tribunal do Júri, a lista dos processos que serão julgados, segundo a ordem estabelecida no art. 43 1.

Por primeiro, serão julgados os réus presos; dentre os presos, os mais antigos na prisão e, em igualdade de condições, os que tiverem sido pronunciados há mais tempo. Essa a ordem, salvo se houver motivo de interesse público que lhe autorize a alteração. Assim, por exemplo, se houver prescrição iminente, possível será a alteração daquela ordem. Se * mesmo defensor dever funcionar em dois julgamentos, poderá o Juiz, * pedido da defesa, espaceá-los, e, assim, haverá alteração.

No dia, local e hora designados para a sessão do Júri, serão observadas as seguintes regras:

Abertura

4

a) Verificação das cédulas. Cumpre ao Juiz-Presidente, na sessão, verificar se a urna contém as cédulas pertinentes aos 21 jurados sorteados para aquela sessão.

b) Chamada dos jurados. Logo em seguida, determinará o Juiz-Presidente ao escrivão que proceda à chamada nominal dos jurados. E, à proporção em que forem proferidos seus nomes, cada um

deverá responder: presente.

c) Instalação. Comparecendo um mínimo de 15 jurados, o Juiz-Presidente declarará instalada a sessão.

d) Ausência. Se não comparecerem pelo menos 15 jurados, mínimo legal para a instalação da sessão (art. 442), cumprirá ao Juiz convocar nova sessão para o primeiro dia útil imediato (arts. 442 e 497).

Multa aos jurados

a) 0 jurado que, sem causa justificada, deixar de comparecer, incorrerá na multa

de ... por dia de sessão realizada ou não realizada por falta de número legal até o término da sessão periódica; na multa de ..., se houver comparecido e se retirar antes de ser dispensado pelo Juiz (art. 443 e § 3.').

97

b) A imposição da multa decorre do simples não-comparecimento, independentemente de ato do Juiz-Presidente ou termo especial (art. 443,

§ L').

Escusas. Somente serão aceitas as escusas apresentadas até o momento da chamada dos jurados e fundadas em motivo relevante, devidamente comprovado.

Relevação. Sob pena de responsabilidade, o Juiz-Presidente só relevará as multas em que incorrerem os jurados faltosos se estes, dentro de 48

horas, após o encerramento da sessão periódica, oferecerem prova de justificado impedimento. Cumpre assinalar que os requerimentos de relevação de multas devem ser instruídos com documentos comprobatórios do justo impedimento. Cada um será autuado em apartado, e, antes de decidir a respeito, deverá o Juiz ouvir o órgão do Ministério Público. Tenha sido ou não justificado o nãocomparecimento, o jurado fica automaticamente sorteado para a sessão periódica seguinte (art. 445, § 3.').

Prosseguimento dos trabalhos

a) Sorteio dos suplentes. Se comparecerem apenas 15 jurados, mínimo legal para a instalação da sessão, esta será

instalada, mas o Juiz-Presídente procederá ao sorteio dos jurados suplentes, tantos quantos necessários para o perfazimento do número estabelecido em lei: 21 (art. 445).

b) Desnecessidade. É curial que, se houver um so processo na pauta para julgamento, não se procederá ao sorteio de suplente. A ata, contudo, deverá explicitar essa circunstância.

c) Jurados suplentes. Conforme anotamos anteriormente, há comarcas em que existe uma especial para os jurados suplentes, escolhidos como tais os residentes na sede do juízo ou até a distância de 20 quilômetros (art. 445, § L'). Se os jurados escolhidos residirem na sede do juízo, não haverá necessidade de urna suplementar. Neste caso, se na sessão comparecerem apenas 15 jurados e houver outros processos para julgamento, o Juiz-Presidente procederá ao sorteio de tantos quantos necessários para a complementação dos 21, tirando os nomes da própria urna geral.

d) Convocação imediata. Sorteados os suplentes, estes terão seus nomes lançados na ata, e, ato contínuo, será expedido mandado, notificando-os a comparecerem no dia imediato.

e) Não-participação do jurado faltoso. Sorteados os suplentes, os jurados substituídos não mais serão admitidos a funcionar durante a sessão periódica (art. 445, § 4.').

J) A dualidade de urnas. Repita-se: nas comarcas de extensa área territorial, se os jurados escolhidos nos termos do art. 439 do CPP não residirem na sede do juízo, deverá haver a urna de jurados suplentes, de conformidade com o § L" do art. 445.

g) Revisão. Depois que o Juiz abrir a sessão e resolver sobre as escusas apresentadas pelos jurados (art. 443, § 2.'), abrirá a urna e dela retirará todas as cédulas, verificando-as uma a uma, e, em seguida, colocará na urna aquelas relativas aos jurados presentes e, fechando-a, anunciará qual o processo que será submetido a julgamento, ordenando ao porteiro dos auditórios apregoe as partes e as testemunhas.

-0

h) Pregão. 0 porteiro, na ante-sala, e na presença do público, se houver, diz simplesmente: "vai ser submetido a julgamento o processo em que é Autora a Justiça Pública e réu fulano de tal". Concluído o pregão, deverá dar certidão de que o fez, juntando-se esta certidão aos autos respectivos.

i) Observação. Se houver sorteio de jurados suplentes, as cédulas respectivas não serão colocadas na urna naquele instante a que se refere o art. 447, e sim após o

julgamento, para complementar o número de 21 jurados para as sessões posteriores da mesma reunião.

Seria bem melhor se os suplentes fossem sorteados no mesmo dia em que se procedesse ao sorteio dos 21 jurados, tal como acontece na França. Na verdade, dispõe o Code de Procédure Pénale, no seu art. 266:

',... le président du tribunal... tire au sort, en audience publique, sur la liste annuelle, les noms des vingtseptjurés quiforment la liste de la session. Il tire, en outre, les noms de sixjurés suppléants sur la liste spéciale .....

A vantagem é manifesta. As partes, com a necessária antecedência, ficam conhecendo os jurados suplentes e, quando do julgamento, ser-lhes-á bem fácil fazer prova de eventual suspeição ou

impedimento. Note-se que, se a parte quiser recusar, motivadamente, um jurado, terá de fazer prova imediata (CPP, art. 106), e será bem difícil tal prova, se

o sorteio se verifica sem a indispensável antecedência.

99

1~

1,

~r

1~1~

1 ~~ i

Comparecimento das partes e das testemunhas

1

1 1

il

1~ i

Indagação. Comparecendo o réu, perguntar-lhe-á o Juiz o nome, a idade e se tem advogado. Se o tiver, deverá o Juiz determinar ao escrivão que, em seu nome, convide o causídico a ocupar a tribuna da defesa. Se o réu for menor e tiver curador, procederá o Juiz da mesma forma. Se não o tiver, cumprir-lhe-á nomeá-lo.

Adiamento. Se o réu não tiver defensor, se maior, ou curador, se menor, cumprirá ao Juiz, como vimos, nomear-lhe. Nesse caso, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido (art. 449, infine). Sem embargo disso, se o réu não tiver defensor ou curador, cumpre ao Juiz adiar o julgamento até a próxima sessão periódica, pois uma defesa de Júri não se prepara num dia. É natural que o advogado nomeado, como defensor ou curador, tenha o tempo necessário para melhor estudo dos autos.

Não-comparecimento do Ministério Público. Se o representante do Ministério Público deixar de comparecer por motivo de força maior, o Juiz-Presidente adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma sessão periódica. Se persistir o não-comparecimento, deverá, incontinenti, comunicar o fato ao substituto legal, que, então, passará a funcionar. 0 art. 448 fala em "substituto legal ou promotor ad hoc".

A figura do Promotor ad hoc desapareceu, em face do art. 55 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar n. 40, de 14-12-198 1). Assim, não havendo Promotor substituto, o julgamento será adiado, oficiando-se ao Procurador-Geral de Justiça para a indicação de outro membro do parquet.

E se o não-comparecimento for imotivado? Nesse caso, o julgamento também será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma sessão, nela funcionando o Substituto legal, cumprindo ao Juiz comunicar o fato ao Procurador-Geral, para as providências cabíveis.

E se o réu tiver Advogado ou curador e não se der o seu comparecimento?

Nesse caso, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo aquele ser julgado quando chamado pela segunda vez.

Entendemos que, nessa hipótese, deverá o Juiz nomear-lhe, de logo, defensor ou curador, a quem caberá fazer a defesa, quando do julgamento, salvo se, no dia, comparecer o Advogado ou curador já nomeado ou constituído anteriormente, ou se o réu houver escolhido outro.

Evidente que funcionará, nessa hipótese, o defensor da preferência do réu.

100

Todavia, se o não-comparecimento que motivou o adiamento se deu sem escusa legítima, deverá o Juiz comunicar o fato ao Conselho da Ordem dos Advogados e, sem embargo, nomeará de logo

defensor ou curador que deverá atuar quando o réu for chamado para o julgamento, ressalvado, é lógico, o seu direito de ser defendido por advogado da sua escolha, ainda que se trate daquele mesmo que deixou de comparecer.

Não -comparecimento do réu. Tratando-se de crime inafiançável, se o réu estiver preso e o seu não-comparecimento se der por justo motivo, o julgamento será adiado para a próxima sessão periódica, caso não possa ser julgado na que estiver em curso. Se o motivo não for justo - e como a esta altura ele deverá estar preso, pois o julgamento não poderá verificar-se à revelia - deverá ser conduzido ao local onde estiver reunido o Tribunal do Júri. Poderá parecer, em face da Lei n. 5.941, de 22-11-1973, que faculta ao Juiz deixar de decretar a prisão provisória resultante da pronuncia ou, se houve flagrante, revogá-la, que o julgamento poderá ocorrer à sua revelia. Impossível. A lei somente permite o julgamento à revelia se se tratar de crime afiançável, como se infere da leitura do § 1.' do art.

451 do CPP.

Se o crime for afiançável e o não-comparecimento se verificou por motivo justo, o julgamento será adiado para a próxima reunião, se não puder realizar-se na sessão periódica em curso. Mas, se o não-comparecimento for injustificado, será julgado à revelia.

Acusador particular Quando a ação penal se iniciar por meio de queixa (CPP, art. 29) e o acusador particular deixar de comparecer, é preciso fazer-se uma

distinção: a) se houve escusa legítima, o julgamento será adiado para a próxima sessão, se não puder ser realizado na que estiver em curso; b) se não houve escusa legítima, far-se-á o julgamento, ficando a acusaçao a cargo do representante do Ministério Público.

Advogado do assistente. Se o não-comparecimento for do Advogado do assistente de acusação, pouco importa haja ou não escusa legítima; farse-á o julgamento.

Testemunhas

Recolhimento. Presentes as testemunhas arroladas no libelo ou na contrariedade, serão elas recolhidas em salas distintas, de molde a não ouvirem os debates, nem os depoimentos, umas das outras.

Observe-se que o recolhimento das testemunhas (separadas as de acusação das de defesa) se fará antes da constituição do Conselho de Sentença.

101

i

1

Não-comparecimento. As testemunhas que, sem justa causa, deixarem de comparecer, serão multadas pelo Juiz-Presidente de R$ ... a R$ ... .

0 seu não-comparecimento adia o julgamento? De regra, não. Todavia, se a parte requereu sua notificação, declarando não lhe prescindir do depoimento e indicando seu paradeiro com a necessária antecedência, a fim de se proceder à notificação, e se ela, efetivamente notificada, deixar de comparecer, o Juiz-Presidente suspenderá os trabalhos do Júri, determinando ao Oficial de Justiça que a conduza coercitivamente, ou, então, adiará o julgamento para o primeiro dia útil desimpedido, ordenando-lhe a condução ou requisitando à Autoridade Policial o comparecimento.

Se, a despeito de todas essas providências, a testemunha deixar de comparecer, proceder-se-á ao julgamento.

E se ela não foi encontrada no local indicado pela parte? Nesse caso, proceder-se-á ao julgamento.

Providências iniciais para a constituição do Conselho a) 0 Juiz verificará, publicamente, se estão na urna as cédulas com os nomes dos jurados presentes. Isto posto, e estando as cédulas em ordem, anunciará que vai proceder à formação do Conselho de Sentença.

b) Antes da form;4ção do Conselho, cumpre ao Juiz fazer aos jurados presentes advertênçia sobre os motivos legais de suspeição, impedimentos e incompatibilidades, dizendo-lhes que não podem servir, no mesmo Conselho, marido e mulher, ascendente e descendente, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e onteado. Embora a lei silencie, é óbvio que tal parentesco pode ser legítimo ou ilegítimo, e até mesmo o resultado de adoção. Adverti-los-á sobre as incompatibilidades referidas no art. 458. Cremos que deverá, também, adverti-los dos motivos legais de suspeição referidos no art. 254, quando aplicáveis. Dos impedidos entre si, servirá o que tiver sido sorteado em primeiro lugar.

c) Adverti-los-á, também, no sentido de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa de R$ ... a R$ ... .

Recusas. Verificado que a urna contém as cédulas pertinentes aos jurados presentes e após aquelas advertências, o Juiz passa a proceder ao sorteio dos 7 nomes que deverão integrar o Conselho.

Nessa oportunidade, à proporção que os nomes forem sendo sorteados e lidos em voz alta, a defesa e, depois dela, a acusação poderão recusar até 3 jurados (3 cada um), sem dar os motivos da recusa.

São as chamadas recusas peremptórias. Nada obsta que, além dessas recusas imotivadas, qualquer das partes suscite a exceção de suspeição ou impedimento de qualquer jurado (arts. 458, 462 ou 254), e o incidente se processará nos termos do art. 106. Se for argüida a suspeição ou impedimento e o jurado negar sua existência e não houver prova imediata que convença o Presidente, será ele

incluído no Conselho, devendo tudo ficar consignado em ata. 0 mesmo se dará se a exceção argüida for do Presidente, órgão do Ministério Público ou qualquer funcionário ou serventuário (art. 460).

Se forem dois ou mais réus, com o mesmo Advogado, as recusas peremptórias não podem exceder a 3. E se tiverem eles Advogados distintos? Depende: se houver acurdo entre eles, e um Advogado

apenas se incumbir das recusas, estas não poderão também exceder a 3. Do contrário, cada defensor poderá recusar até 3 jurados, imotivadamente.

Acontecendo isto, se as recusas coincidirem, não haverá problema. Se não houver coincidência, far-se-á a separação do julgamento, realizando-se, por primeiro, o do réu que aceitou o jurado, salvo se este, aceito por um e recusado pelo outro, for também recusado pela acusação (art. 461).

No primeiro dia desimpedido, o réu que deu causa à separação dos julgamentos será julgado.

Observações. Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão computados para o número legal. Assim, se comparecerem 18 e estavam impedidos 6, far-se-á o julgamento, embora o número legal seja 15. Todavia, se em conseqüência das suspeições, recusas e impedimentos não houver número para a formação do Conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, devendo, nesse caso, proceder-se ao sorteio dos suplentes.

0 mesmo Conselho poderá conhecer de mais de um processo na mesma sessão de julgamento? Sim, desde que as partes o aceitem, devendo, contudo, prestar novo compromisso (art. 463).

Formação do Conselho. Sorteados os 7 jurados e formado, assim, o Conselho de Sentença, o Juiz, de pé (todos devem ficar de pé), farlhe-á a seguinte exortação: "Em nome da lei concito-vos a examinar com imparcialidade esta causa e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da Justiça".

A seguir, procederá à chamada nominal de cada jurado, que responderá:

"Assim o prometo". Formado e compromissado o Conselho de Sentença, o Juiz dispensará os demais jurados presentes,

convidando-os a comparecerem no dia seguinte, se houver outro julgamento.

Deverá ser lavrado um termo desse compromisso dos jurados, assinado por todos e pelo Juiz-Presidente (art. 495, X111).

Interrogatório

Compromissado o Conselho, o Juiz procederá ao interrogatório do réu, na forma estabelecida pelo art. 188 do CPP (art. 465).

Pode o jurado formular pergunta ao réu? Nada o impede, afinal de contas o julgamento está afeto a ele. Quanto às partes, não, em face da regra proibitiva do art. 187 do CPP.

Relatório

Em seguida ao interrogatório do réu, o Juiz, sem manifestar a sua opinião sobre o mérito da causa, fará o relatório do processo, expondo os fatos, as provas existentes e as conclusões das partes (art.

466).

Ainda perguntará às partes se desejam a leitura de alguma peça, mesmo que o tenha sido. Em caso afirmativo, mandará o Escrivão ler as requeridas.

Inquirição de testemunhas

Testemunhas de acusação. Terminado o interrogatório e a leitura das peças pedidas, o Juiz, o acusador, o assistente e o advogado do réu e, por fim, os jurados que o quiserem, inquirirão,

sucessivamente, as testemunhas de acusação (art. 467).

Testemunhas de defesa. Ouvidas as testemunhas de acusação, o Juiz, o advogado do réu, o Promotor, o assistente e os jurados que o quiserem, inquirirão,

sucessivamente, as testemunhas de defesa (art. 468).

Acareação. Quando duas ou mais testemunhas divergirem sobre pontos essenciais da causa, far-se-á a acareação, na forma do art. 229, parágrafo único (art. 470).

Nota. Após deporem, voltam as testemunhas à sala própria, porque talvez seja necessária acareação, e podem as partes reinquiri-las na réplica ou tréplica. Assim, somente serão dispensadas se estas, consultadas a respeito, concordarem. Caso contrário, permanecerão até final julgamento.

104

Debates

Declaração do seu inicio. Terminada a inquirição das testemunhas, o Juiz anuncia que vão iniciar-se os debates e dá a palavra ao Promotor ou acusador (art. 471, § 2.').

Acusação. 0 Promotor lerá o libelo e os dispositivos da lei penal em que o réu se acha incurso e, a seguir, produzirá a acusação (art. 471).

Acusador particular Sendo o processo promovido pela parte ofendida, o Promotor falará depois do acusador particular, tanto na acusação como na réplica (art. 471, § 2.').

Auxiliar de acusação. Havendo auxiliar de acusação, este falará depois do Promotor (art. 471, § L').

Defesa. Finda a acusação, terão a palavra o defensor ou defensores, para a defesa (art. 472).

Disposições aplicáveis aos Oebates

Tempo legal. Tanto para a acusação como para a defesa, o tempo destinado não excederá de 2 horas para cada um (art. 474, com a redação dada pela Lei ri. 5.941, de 22-11-1973).

Mais de um acusador ou defensor Havendo mais de um acusador ou mais de um

defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de entendimento, será marcado pelo Juiz, de

forma que não sejam excedidos os prazos do art. 474, § 1.'.

E se houver 2 ou mais réus? Nesse caso, o Ministério Público disporá de 2

horas com o acréscimo de uma, a teor do § 2.' do art. 474, ficando a defesa, também, com as 2 horas acrescidas de uma.

Esse tem sido o entendimento. A interpretação tradicional pode levar à perplexidade, pois o tempo de 2 horas com o acréscimo de uma, num total de 3, para todos os defensores, englobadamente, cerceia a defesa e gera verdadeiro absurdo. Pense-se num processo em relação a 10

réus com defensores distintos. Cada um deles disporia de 18 minutos para fazer a defesa e de 6 para eventual tréplica. Se fossem 20, o tempo seria de 9 minutos, e, quando de eventual tréplica, que seria de uma hora, cada um deles teria o tempo de 3 minutos. Se os réus tiverem o mesmo defensor, o prazo de 3 horas deve ser respeitado. Mas, se forem defensores distintos e estando os réus em posições antagônicas, é natural que cada um disponha de 2 horas mais aquele acréscimo de uma hora dividido entre eles pelo Juiz.

Parece-nos que essa interpretaçao é razoável, tendo em vista a necessidade de se resguardar o princípio da ampla defesa. 0 que não tem sentido é a divisão das 3 horas entre réus com posições antagônicas. Se, nesse caso, é concedido à acusação o prazo de 3 horas, igual tempo deve ser concedido a cada um dos defensores. Do contrário, conforme vimos, teríamos este absurdo: 10 réus com defensores diversos, cada um deles disporia de 18 minutos, e, na tréplica, de 6 minutos, para exercer o que a Magna Carta denomina "ampla defesa"...

Se não dermos ao § 2.' do art. 474 a interpretação acima, violado ficará o princípio constitucional da ampla defesa, dogma de fé.

E tanto é razoável essa interpretação que o legislador, no art. 474, caput, estabeleceu o tempo de 2 horas para a acusação e para a defesa.

Assim agindo, entendeu que o lapso de 2 horas era justo e ponderado. Se esse tempo é sensato, aceitável, por que diminuí-lo se houver um litisconsórcio passivo com defensores distintos?

Aliás, Frederico Marques, que não morria de amores pelo Júri, observava, há várias décadas, que "o art. 474 foi muito parcimonioso ao distribuir o tempo de debates nos casos de litisconsórcio passivo.

E isso poderá dificultar sobremaneira a defesa e a própria acusação. Para impedir que tal aconteça, sempre que os réus sejam em número superior a dois, é aconselhável, se as circunstâncias do caso o indicarem, que o juiz separe os julgamentos, na forma do que autoriza o art. 80 do Código de Processo Penal" (Elementos, cit., 1970, v. 3, p.

227, n. 77 1).

Nada impede, também, dependendo do número de réus com posições antagônicas, designe a Procuradoria-Geral de Justiça outros Promotores para atuarem no Júri, à semelhança do que ocorre no Rio e em São Paulo, quando os julgamentos populares têm repercussão nacional.

Poder-se-á dizer que assim como o tempo da defesa sofre diminuição, no caso de co-réus com defensores distintos, a acusação padece de idêntico mal... É verdade. Mas a defesa deixará de ser ampla... E a amplitude da defesa, em se tratando de julgamento pelos Tribunais de Jurados, além de exigida pelo inc. LV do art. 5.' da CF, constitui uma das linhas estruturais da instituição, como se constata pelo inc. XXXVIII do mesmo art. 5.' da Lei Maior.

Leitura de documento. Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documentos que não tiverem sido juntados aos autos com antecedência, pelo menos, de 3 dias. Nessa

proibição se compreende a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de,fato constante do processo (art. 475).

Esclarecimentos pedidos pelos jurados. Os jurados poderão, a qualquer tempo, por intermédio do MM. Juiz, pedir ao orador que indique a folha dos autos a que

se refere ou onde se encontra a peça por ele lida ou citada (art. 476, parágrafo único).

Réplica

Quando tem lugar Finda a defesa, o acusador poderá replicar.

Tempo legal. 0 tempo legal para réplica será de meia hora (art. 474, com a redação dada pela Lei n. 5.941, de 22-11-1973).

Mais de um acusador. Combinam eles, entre si, a distribuição do tempo, e, na falta de entendimento, o Juiz regulará, de forma a não exceder o prazo legal (art. 474, § L').

Mais de um réu. Havendo mais de um réu, o tempo da réplica será elevado ao dobro (art. 474, § 2.'; Lei n. 5.941/73).

Reinquirição de testemunhas. Na réplica podem ser novamente inquiridas as testemunhas. w

Tréplica

Quando tem lugar. Depois da réplica pela acusação, poderá a defesa treplicar (art. 473).

Tempo legal. 0 tempo legal para tréplica será de meia hora (art. 474, com a redação que lhe deu a Lei n. 5.941/73).

Mais de um defensor Combinam entre si a distribuição do tempo. Não havendo acordo, o Juiz regulará (art. 474, § V).

Mais de um réu. Havendo mais de um réu, o tempo para a tréplica será de 1

hora (art. 474, § 2.').

Reinquirição de testemunhas. Antes do início da tréplica, pode a defesa reinquirir as testemunhas, na forma idêntica à réplica (art. 473).

Encerramento dos debates

Quando se verifica. Teriiiinada a tréplica, ou tendo o Promotor ou acusador desistido da réplica, o Juiz declara encerrados os debates (art.

478).

Consulta aos jurados

Quando se verifica. Encerrados os debates, o Juiz indaga dos jurados se estão habilitados a julgar ou se precisam de mais esclarecimentos (art.

478).

1

Resposta negativa. Se qualquer dos jurados necessitar de novos esclarecimentos sobre questões de fato, dar-lhos-á o Juiz ou mandará que o Escrivão o faça, à vista dos autos (art. 478, parágrafo único).

Resposta afirmativa. Se os jurados afirmarem que estão habilitados a julgar a causa, o Juiz passará a ler os quesitos formulados para o julgamento (art. 479).

Quesitos

Leitura. Será feita pelo Juiz (art. 479).

Nota. Convém, a esta altura, que os quesitos já estejam redigidos. Pela ouvida da acusação e defesa, o Juiz já deve saber quais os quesitos a serem formulados. Se não for possível, poderão ser redigidos na sala secreta. Após redigi-los, o Juiz dará a devida explicação.

Explicação. À medida que for lendo os quesitos, o Juiz explicará a significação legal de cada um, esclarecendo aos jurados as conseqüências das respostas afirmativas ou negativas no julgamento (art. 479).

Reclamações. Terminada a leitura e explicações, o Juiz deve consultar as partes sobre se têm algum requerimento ou reclamação a fazer, devendo constar da ata qualquer reclamação não atendida (art. 479).

Como são formulados os quesitos

Ordem. 0 primeiro deles versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo, seguindo-se os alegados pela defesa. Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que, por lei, o isente de pena ou exclua o crime, ou desclassifique a infração, o Juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente, depois dos relativos ao fato principal.

Fato principal. Parece-nos que fato principal, a que se refere o art.

484, 1, e fato criminoso, de que trata o art. 417, 11, são a mesma coisa.

Não fosse assim, não se explicaria a regra contida no inc.

111 do art. 484, que determina a formulação dos quesitos defensivos depois dos relativos ao fato principal... Atente-se para a expressão Vos relativos ao fato principal". Logo, pode ser formulado mais de um quesito sobre o fato principal. Não se deve olvidar que o inc.

11 do art. 484 do CPP completa a regra contida no inc. 1.

Fato principal, pois, é o fato criminoso, o acontecimento histórico, aquilo que efetivamente aconteceu: homicídio simples, homicídio qualificado, aborto etc.

108

Às vezes, a indagação sobre o fato principal cabe integralmente num so quesito. Observe-se que nada impede possa o Juiz formular, num crime de auto-aborto, a seguinte questão: "A ré, Fulana de Tal, no dia tal, às tantas horas, no interior do prédio n. tal, da rua X, nesta cidade, praticou aborto em si mesma?". 0 quesito não é um primor, mas, cremos, não causará perplexidade aos jurados. 0 mesmo se dá, dentre outros casos, com a figura do aborto provocado com consentimento da gestante: "A, às tantas horas do dia X, no prédio n.

tal, situado em tal rua, nesta cidade, provocou aborto em R, com o consentimento desta?".

Como o Tribunal dos Jurados pode julgar outros crimes além dos dolosos contra a vida, ex vi do art. 78, 1, do CPP, o fato criminoso pode ser qualquer crime, e

sua descrição pode ficar contida num só quesito ou em dois ou três, conforme a hipótese. Daí a regra contida no art. 484, 1 e II. Por exemplo: N. S. induziu R a satisfazer a lascívia de J (art. 227 do CP). Ciente do fato, o pai de R matou N. S. (art.

121 do CP). Como os crimes são conexos, ambos terão julgados pelo Tribunal dos Jurados. Haverá, obviamente, duas séries de quesitos. A primeira versará sobre o crime que realmente é da alçada do Júri (homicídio) e a segunda, sobre o outro ou os outros que estiverem conexos. No exemplo dado, quando o Juiz for submeter a julgamento o crime do art. 227, indagará num só quesito: "N. S., no dia tal, em tal lugar, induziu R a satisfazer a lascívia de JT'. Esse único quesito abrigará, inteiramente, o fato principal.

Quando o Juiz-Presidente elabora o questionário a ser submetido aos jurados, a ordem a ser observada é aquela traçada no art. 484. 0 1.'

quesito versa sobre o fato principal. Muitas vezes, a indagação deste não pode ser feita num quesito único. Nesses casos, serão formulados tantos quantos necessários, para maior e melhor compreensão do Conselho de Sentença. Portanto, o inc. II do art.

484 cuida, também, do fato principal, completando-o. Ao contrário do entendimento de James Tubenchlak (Tribunal do júri, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 129), o inc. 11 não gera perplexidade. Pelo menos a nosso juizo. Geraria, sim, se o fato principal devesse ser objeto de um só quesito... Num homicídio simples, por exemplo, embora este seja o fato principal, não pode o Juiz indagar dos jurados se no dia tal, às tantas horas, em tal lugar, o réu matou a vítima. Quando da votação do questionário, os jurados respondem sim ou não à indagação do JuizPresidente. Pergunta-se então: e se os jurados entenderem ter sido o réu quem feriu a vítima, mas a morte desta não foi ocasionada pelo ferimento? Como poderiam eles responder sim ou não àquela indaga-109

A

ção? Daí a regra contida no inc. 11 do art. 484 permitindo a formulação de outro ou outros quesitos sobre o fato principal, mesmo porque a morte, na hipótese, é uma circunstância que, embora integrando o fato principal, é dele separável. 0 homicídio é um crime progressivo.

Para atingir o resultado morte, o agente comete um crime menos grave, que, na hipótese, é a lesão corporal. Esta, entretanto, por ser uma "ação de passagem", é absorvida pelo homicídio. Por isso, nesse exemplo, compete ao JuizPresidente indagar sobre o fato principal em dois quesitos: a) o réu, no dia tal, às tantas horas, em tal lugar, com este ou aquele instrumento, produziu na vítima as lesões descritas no laudo de fis.?; b) essas lesões lhe acarretaram a morte?

Às vezes, cuida o libelo de um homicídio qualificado. E um exemplo. Nesse caso, deverão ser formulados quesitos sobre autoria e materialidade, letalidade, e tantos outros quantas forem as qualificadoras. Não pode haver homicídio sem qualificadora? Obviamente, sim. A qualificadora apresenta conexão essencial com o homicídio? Não.

Logo, num hon-úcídio qualificado por motivo fútil, por exemplo, a qualificadora fica simplesmente agregada à figura típica fundamental, para o único efeito de majorar a pena. 0 fato principal, na hipótese, é o homicídio qualificado, tal como exposto no libelo.

A qualificadora ou qualificadoras, eventualmente expostas no libelo, embora sirvam para modelar o tipo, não guardam com este nenhuma conexão.

Daí a regra contida no inc. II do art. 484 permitindo o desdobramento do quesito sobre o fato principal. Trata-se, pois, de uma circunstância que não guarda qualquer essencialidade com o homicídio.

Embora exposta no libelo, como deve ser, não teria sentido pudesse o Juiz-Presidente indagar aos jurados "se o réu cometeu um homicídio qualificado por motivo fútil".

Nesse mesmo sentido, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco, Chaves Camargo e Rui Stocco (Júri, teoria e prática, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 141).

Registre-se que, no libelo, a acusação faz uma exposição, deduzida por artigos, dofato criminoso, vale dizer, do fato principal. Quando da formulação dos quesitos, "se o Juiz entender (é a regra do art. 484, 11) que alguma circunstância, exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o Juiz desdobrará o quesito

em tantos quantos forem necessários".

110

Observe-se que o itic. 111 do art. 484 determina sejam os quesitos defensivos formulados "depois dos relativos ao fato principal". Indagase: se os defensivos devem ser pospostos aos do fato principal, se o ine. II do art. 484 permite a formulação de quesito sobre a qualificadora após os da materialidade, autoria e letalidade, como se explica, na prática, o quesito sobre a qualificadora ser formulado após os

defensivos?

A formulação em separado de quesito sobre qualificadora posposto aos quesitos defensivos é mera criação pretoriana. Basta que se atente para a ordem estabelecida nos incs. 1, 11 e 111 do art. 484

do CPP, e a outro entendimento não se pode chegar. A rigor, nada impede possa o Juiz indagar da qualificadora logo em seguida ao da letalidade, tal como permitido pelo inc. 11, por se tratar de fato típico qualificado. E isto foi o que deixou bem claro o saudoso Frederico Marques ao chancelar entendimento do Des. Thomaz Carvalhal: "Questão onde é abundante e farta a quantidade de acórdãos sobre ela proferidos tem sido a da posposição ou anteposição dos quesitos d& defesa às circunstâncias qualificadoras do crime. Num acórdão relatado pelo Des.

Thomaz Carvalhal, a matéria foi colocada nos seus devidos termos: trata-se de questão formulária que não acarreta nulidade alguma ao julgamento - RT, 217187" (0 júri no direito brasileiro, 2. ed., Saraiva, 1955, p. 259).

Não obstante a ordem dos quesitos ser aquela a que nos referimos, o certo é que os Tribunais não admitem a anteposição de quesitos sobre qualificadoras aos defensivos. Há, sobre o assunto, a Súmula 162 do STF: "é absoluta a nulidade de julgamento pelo júri, quando os quesitos de defesa não precedem os das circunstâncias agravantes". A expressão agravantes esta no sentido de "agravadoras ou qualificadoras". Assim, num homicídio qualificado, por exemplo, esta a ordem dos quesitos: 1.') sobre autoria e materialidade: o réu, no dia tal, às tantas horas, em tal lugar, produziu na vítima, com disparos de arma

de fogo, os ferimentos descritos no laudo de fis.?; 2.') esses ferimentos lhe ocasionaram a morte?; 3.') quesitos defensivos (legítima defesa, estado de necessidade etc.); 4.') o pertinente à qualificadora (se houver duas qualificadoras, p. ex., cada uma será questionada separadamente); 5.') eventuais causas de aumento ou de diminuição da pena; 6.') eventuais agravantes; 7.') os atinentes às atenuantes (quesito obrigatório).

Causas que determinem o aumento de pena ou facultem a sua diminuição.

Após os quesitos defensivos, se for o caso, será observada a regra do inc. IV do art. 484, que trata das "causas que determinam

III

aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena". Ainda aqui, parte da doutrina, no nosso sentir, confunde causas de aumento ou de diminuição com agravantes e agravadoras... Quais são aquelas causas referidas no inc. IV?

Como bem disse Hungria, responsável maior pelos Códigos Penal e Processual Penal, são de duas ordens: as previstas na Parte Geral e na Parte Especial do Código Penal. Na Parte Especial (arts.

121, §§ 1.' e 4.', 122, 129, §§ 4.' e 7.', 133, § 1% 135, parágrafo único, 141 e parágrafo único, 146, § 1.0, 150, § 2.', 15 1, § 2.", 15 5,

§ § 1.' e 2.' etc.) (cf. Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1942, v. 5, p. 425, apêndice).

Tendo em vista que a Parte Geral do CP sofreu alteração com a reforma de 1984, e atualizando a lição do Mestre inexcedível, as causas de aumento ou diminuição previstas na Parte Geral do CP são as estabelecidas nos arts. 14, parágrafo único, 16, 21, 24, § 1% 26, § 1%

28, § 1% 29, §§ 1.' e 1% 60, § 1.', 70, 71, 73, 74.

Registre-se mais uma vez: os quesitos sobre eventuais qualificadoras não têm sua sede no inc. IV do art. 484, e sim no seu inc. Il. Quando se trata de qualificadora, não há aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de

determinados limites; o acréscimo já vem embutido no preceito secundário da norma incriminadora.

Talvez razões práticas levaram os nossos Tribunais a estabelecer a ordem: autoria e materialidade, letalidade, quesitos defensivos, qualificadoras (se houver), eventuais causas de aumento ou

diminuição ou de agravantes e, obrigatoriamente, sobre atenuantes.

Outro assunto que tem provocado dissensão na doutrina é o pertinente à formulação do quesito da participação, de que trata o art. 29 do CP. No nosso entender, mesmo que nos autos haja prova de que o réu concorreu deste ou daquele modo para o crime, deve o Juiz, além de formular quesito sobre a forma específica em que teria ocorrido a participação, formular outro, na forma genérica tratada no art. 29 do CP. Os jurados podem entender que o réu não participou da forma como prevista no primeiro quesito (sobre a participação), mas... de outra. Daí a necessidade de um segundo quesito: "0 réu X

contribuiu de qualquer modo para a prática do homicídio?". É óbvio que se o primeiro for respondido afirmativamente, ficará prejudicado o segundo.

Evidente, pois, que a ordem dos quesitos não é aquela prevista no inc. IV

do art. 484. Conforme irrepreensível magistério de Hermínio Marques Porto, a regra do inc. IV do art. 484 não apresenta conteúdo

1

de ordenação de questionário, e sim de previsão à feitura de quesitos sobre causas de aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte a diminuição de pena, nas mesmas condições (cf. Júri, cit., p. 257, n.

161).

A antecedência, pois, é dos quesitos defensivos.

Há discussão sobre a existência de homicídio privilegiado-qualificado.

Para uma corrente, reconhecido, pelo Júri, o homicídio privilegiado, não pode o Juiz indagar sobre eventual qualificadora (cf. RT, 407/96), pois o privilégio repele a qualificadora e vice-versa. Em sentido contrário, RT, 193/622. 0 STF entende não haver incompatibilidade, e, nesse caso, ante respostas positivas, deve prevalecer o

privilegiado (RTJ, 110/623).

Agravantes e atenuantes. Serão formulados quesitos relativamente às circunstancias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 61, 62 e 65

do CP, sendo que, para cada circunstância agravante articulada no libelo, o Juiz formulará urrwquesito (art. 484, parágrafo único, 1).

Dois ou mais réus. Organizará o Juiz-Presidente uma série de quesitos, relativos ao crime de cada um (art. 484, V).

Agravante não articulada no libelo. Resultando dos debates circunstância agravante não articulada no libelo, o Juiz formulará o quesito a ela relativo, a requerimento do acusador (art. 484, parágrafo único, 11).

Quesitos sobre atenuantes. 0 Juiz formulará um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, tenham ou não sido articuladas ou alegadas; se o Júri afirmar a sua existência, o Juiz

questionará a respeito das que lhe pareçam aplicáveis ao caso, fazendo escrever apenas as circunstancias respondidas afirmativamente, com as respectivas respostas (art. 484, parágrafo único, 111 e IV).

Julgamento

Preliminares. Lidos os quesitos, o Juiz anunciará que vai proceder-se ao julgamento; fará retirar o réu e convidará os circunstantes a 1 .

deixarem a sala, ou, se no prédio houver sala propria, convidará os jurados e partes a passarem a ela, ou melhor, à sala secreta (arts. 480 e 481, parágrafo único).

Na sala secreta. Fechadas as portas, presentes o Juiz, os jurados, o escrivão, dois oficiais de justiça, os acusadores e defensores, os quais se conservarão em seus lugares, sem intervir nas votações, o Conselho de Sentença, sob a presidência do Juiz, passará a votar os quesitos que

lhe foram propostos (art. 481). Há entendimento no sentido de que a

'4sala secreta" não mais se justifica. Na verdade, o que a Constituição exige é a sigilação na votação. Nada impede, pois, se proceda à votação coram populo, dês que preservado o sigilo. Aliás, ocorrendo a votação em plenário, o julgamento sobre se tornar mais democrático tornase fiscalizável pelo olho do povo. Alega-se que os jurados decidindo em plenário podem sofrer pressão de terceiros presentes ao tribunal, através de gestos... Em primeiro lugar, cabe ao Juiz escolher os homens de bem da comarca para integrar a lista anual dos jurados; em segundo lugar, ainda que se admita tal hipótese, se pressão dever existir, obviamente não ocorrerá na hora do julgamento...

0 Juiz não permitirá que os acusadores ou defensores perturbem a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala aquele que se portar inconvenientemente, impondo-lhe a multa de R$ ... a R$

... .

Votação

Preliminares. Antes de se proceder à votação de cada quesito, o Juiz mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco, e facilmente dobráveis, contendo umas a palavra sim e outras a palavra não, a fim de, secretamente, serem recolhidos os votos (art. 485).

Consulta dos autos pelos jurados. Antes de dar o seu voto, o jurado poderá consultar os autos ou examinar qualquer outro elemento material de prova existente em juízo (art. 482).

Votação. Distribuídas as cédulas, o Juiz lerá o quesito que deva ser respondido, e um Oficial de Justiça as recolherá com os votos dos jurados, e outro, as não utilizadas.

Após a votação de cada quesito, o Juiz-Presidente verificará os votos, em voz alta, e, se não for unânime a votação, conferirá as cédulas da

"descarga". Em seguida, determinará ao escrivão que registre, no termo de julgamento, os votos afirmativos e os negativos (art. 487).

Assim, se ao primeiro quesito, por exemplo, 4 jurados responderem sim e 3

não, consigna-se no termo de julgamento: ao primeiro quesito responderam sim, por 4 votos, e não, por 3 votos. Se a

votação for unânime, quer afirmativamente, quer negativamente, tanto pode o Juiz consignar: responderam sim, por 7 votos, e não, por 0 (zero) votos, como também: responderam afirmativamente ou negativamente por unanimidade.

As decisões do Júri são tomadas por maioria de votos.

114

Contradição nas respostas. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiverem contradição com outra ou outras já proferidas, o JuizPresidente, explicando aos jurados em que consistiu a contradição, os submeterá novamente à votação a que se referiram em tais respostas (art. 489).

Quesitos prejudicados. Se, pela resposta dada a qualquer dos quesitos, o Juiz verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação (art. 490).

Termo de votação. Finda a votação, será o termo, a que se refere o art.

487 do CPP, assinado pelo Juiz e jurados (CPP, art. 49 1).

15. Sentença condenatória. Sentença absolutória.

Desclassificação

Em seguida, e ao pé do termo de votação, o Juiz-Presidente lavrará a sentença (art. 492).

Sentença condenatória~ Se o Conselho de Sentença julgar procedente a acusação, cumprirá ao Juiz-Presidente prolatar a sentença condenatória, considerando as circunstâncias agravantes e

atenuantes reconhecidas pelos jurados, obedecendo ao disposto nos incs.

11 a VI do art. 387 do CPP. Tal sentença será fundamentada, salvo quanto às conclusões que resultaram das respostas aos quesitos. Assim, o Juiz reportar-se-á às conclusões a que chegou o Conselho de Sentença, mas, quanto à aplicação da pena, deverá fundamentá-

la, restringindo, contudo, o seu prudente arbítrio na sua individualização, no que respeita às circunstâncias agravantes, atenuantes e especiais causas de seu aumento ou diminuição ao que decidirem os jurados.

Absolvição. Sendo absolutória, observará o disposto no art. 492, 11, a, b e c, e o respectivo § 1.', sem qualquer fundamento. Urge acentuar que, em face da Lei n. 5.941, de 22-11-1973, mesmo que a absolviçao não se dê por unanimidade, o Juiz-Presidente fará expedir alvará de soltura, salvo se o réu estiver preso, também, por outro motivo (p. ex.: foi decretada sua prisão preventiva em outro processo, pelo mesmo Juiz ou por outro). Desse modo, profunda alteração sofreu a letra a do inc. 11 do art. 492. Note-se, também, que o § 2.' do art. 596 foi revogado, como revogada foi a última parte do art. 596, caput, a partir da palavra "salvo".

Desclassificação. Se for desclassificada a infração para outra da competência do Juiz singular, ao seu presidente cumprirá proferir a sentença, em seguida (art. 492, § 2.'). Assim, se levada a Júri uma tentativa

I"

d~

v

1

de homicídio, e os jurados entenderem que o réu não quis matar a vítima, mas reconhecerem as lesões, cumprirá, em seguida, ao Juiz-Presidente proferir a sentença, motivadamente.

Todavia entendemos nós que, se houver um crime da competência do Júri, conexo com outro ou outros crimes da competência do Juiz singular, se o Conselho de Sentença proferir sentença

absolutória ou que o desclassifique da sua competência para outro que não se inclua na sua, continuará o Conselho de Sentença a apreciar os demais crimes, por força do que dispõe o art. 81 do CPR 0

art. 492, § 1% somente terá aplicação, na hipótese prevista, quanto à última parte do § 3.' do art.

74. Havendo conexão ou continência, a regra aplicável é a do art. 8 1. V, a propósito, Evangelista de Jesus, Código de Processo Penal anotado, anotações ao art. 8 1. Sem embargo disso, os nossos Tribunais vêm afirmando que, em qualquer hipótese em que haja desclassificação, aplicar-se-a o disposto no art. 492, § 2.'.

16. Modelo de sentença absolutória

Se o Tribunal do Júri absolver o réu, cumprirá ao Juiz-Presidente, na sala secreta, lavrar a respectiva decisão, que poderá ser assim:

"Vistos etc. Basílio dos Santos, qualificado a fls. 8, foi denunciado e pronunciado como incurso nas penas do art. 121, § 1% 11, do CP, pelo fato de haver matado, a tiros de revólver, Tomás José, na madrugada do dia 16-5-1985, em frente ao prédio n. 10 da rua Benjamin Constant, nesta cidade.

Submetido a julgamento, o Egrégio Tribunal do Júri, após afirmar, por unanimidade de votos, a materialidade do fato e sua autoria, reconheceu em seu prol, por 4 votos contra 3, a descriminante do art. 23, 11,

combinado com o art. 25 do CP. Considerando assim tal decisão absolutória, expeça-se a seu favor alvará de soltura, se por al não estiver preso, nos termos do art. 596 do CPP, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 5.941, de 22-11-1973. Custas como de direito.

Publique-se, registre-se, intimem-se e comuniquem-se.

Sala Secreta do Tribunal do Júri de Jaú, às 23 horas e 30 min do dia 6-8-1996.

as) Geraldo Batista de Siqueira Filho - Juiz-Presidente".

Observação. Em face da nova redação dada ao art. 596 do CPP, pela Lei n.

5.941, de 22-11-1973, a apelação de sentença absolutória não impede que o réu seja posto imediatamente em liberdade,

pouco

importando que aquela seja do Juiz singular ou do Tribunal do Júri.

Aquelas exceções insertas no corpo do art. 596 e seu § 2.' desapareceram.

Se a sentença absolutória for proferida pelo Tribunal do Júri, será irrelevante indagar se a decisão foi ou não unânime. Contudo a apelação não suspenderá a execução de medida de segurança aplicada provisoriamente. É como soa o parágrafo único do art. 596, em face da nova roupagem que lhe deu a citada lei.

17. Modelo de sentença condenatória

"Vistos etc. Basilio dos Santos, qualificado nos autos, foi denunciado e pronunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2.', 11, do CP, pelo fato de haver matado, a golpes de pau, Tomás José, na madrugada do dia 16-5-1973, em frente ao núcleo residencial situado no bairro Doca, nesta cidade.

Submetido a julgamento, o Egrégio Tribunal do Júri afirmou, por unanimidade, a materialidade do fato e sua autoria. Quando da votação dos quesitos da legítima

defesa, embora houvesse reconhecido que o réu repelira injusta agressão à sua pessoa, negou, por 5 votos contra 2, o uso moderado do meio empregado na repulsa e, por iguais votos, rechaçou o excesso culposo. Negou, por 4 votos contra 3, a qualificadora do motivo fútil. Não reconheceu nenhuma das agravantes genéricas contra ele argüidas. Contudo reconheceu militar a seu favor a atenuante prevista no art. 65, 111, c, última figura, do estatuto repressivo.

Em conclusão: decidiu o Egrégio Conselho de Sentença que o réu Basilio dos Santos praticou o delito de homicídio simples, com a atenuante tratada no art. 65, 111, c, última figura, do CR

À vista disso, passo a dosar-lhe a pena.

Consoante se vê dos autos, é ele primário e de bons antecedentes, sendo excelente chefe de família. Entretanto o dolo com que se houve foi intensíssimo e retratado, não só na arma que usou (um pedaço de pau de 2,15 in), como também nos inúmeros golpes desferidos na cabeça da vítima.

Tendo por presentes tais circunstâncias, acrescidas das consequencias do crime, porquanto cinco crianças ficaram na orfandade, em virtude de uma discussão que podia muito bem ser contornada, não fossem o gemo irascível e a incultura do réu, fixo a pena-base em 8

anos de reclusão.

117

il~ i

Considerando-se que o Egrégio Conselho de Sentença admitiu a existência da atenuante obrigatória prevista no art. 65, 111, c, última figura, do CP, reduzo a pena-base de 4 meses, ficando, assim, a pena ambulatória definitivamente fixada em 7 anos e 8 meses de reclusão, visto como não foi reconhecida qualquer circunstância especial de aumento ou de diminuição da reprimenda.

Isto posto, CONDENO o réu Basílio dos Santos, qualificado a fis., a cumprir, em estabelecimento penal adequado, a pena de 7 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado e a pagar as custas do processo.

Lance-se o seu nome, após o trânsito em julgado, no rol dos culpados, recomendando-se na prisão em que se encontra.

Dou a presente por publicada no plenário do Tribunal do Júri, às 21 horas e 40 min, e as partes por intimadas.

Registre-se e façam-se as comunicações de estilo.

Jaú, sala secreta do Tribunal do Júri, aos 16-3-1996.

as) Fernando Eric Tourinho Ostlund - Juiz Presidente do Tribunal do Júri."

Nota. Proferida a sentença na sala secreta, logo em seguida o JuizPresidente, os jurados, o Promotor de Justiça, o defensor, o assistente de acusação (se houver), o acusador particular (se for o caso) e o Escrivão se dirigem à sala do Tribunal do Júri. 0 Juiz-Presidente determina ao Oficial de Justiça que conduza o réu à referida sala. Então, todos de pé, inclusive o público, profere o Juiz-Presidente a leitura da sentença e dá por encerrada a sessão. Na fixação da pena-base, seguimos a orientação de Nélson Hungria, muito embora a grande maioria entenda que, na sua escolha, deve o Juiz, numa só operação, considerar as circunstâncias do art. 59 e, inclusive, as circunstâncias legais genéricas.

18. Modelo de sentença, em caso de desciassificação Se o Tribunal do Júri desclassificar a infração para outra que seja da alçada do Juiz singular, ao Presidente do Tribunal do Júri caberá proferir a decisão, logo em seguida à manifestação do Conselho de Sentença. Poderá ser assim:

"Vistos etc.

Antônio Espinhosa foi processado e pronunciado como incurso no art. 121,

§ 1% 1, combinado com o art. 14, 11, todos do CP, porque, no 118

dia 15-7-1990, no interior do paiol, situado na fazenda Macaqueiras, desta comarca, desferiu, por motivo fútil, dois golpes com a sua faca, tipo peixeira, contra José dos Prazeres Rosa, que o atingiram na região torácica, próximo ao mamilo esquerdo, produzindo-lhe as lesões corporais descritas no laudo de fis. 16, só não lhe causando a morte por circunstâncias alheias à sua vontade, quais sejam, as intervenções de Pedro Doca e Ordnave Caçador, que impediram a

continuação do seu intento homicida arrebatando-lhe a arma.

Submetido ajulgamento, hoje, perante o Colendo Tribunal do Júri, os senhores jurados, após responderem afirmativamente, à unanimidade, aos quesitos da autoria e materialidade, reconheceram, por 4 votos contra 3, que o acusado não agiu com intuito homicida, com o que desclassificaram a imputação para o crime de lesões corporais.

Assim, a competência para apreciar e decidir a pretensão punitiva passou a ser do Juiz singular, nos termos do art. 492, § 2.', do CPR

E o que passo a fazer. '6

A materialidade do delito, de que o réu é acusado, está positivada no laudo de fis. 16, onde os srs. peritos atestaram a existência de várias lesões na região torácica da vítima, embora de natureza leve, pois interessaram, apenas, a pele e tecidos subcutâneos.

Tocantemente à autoria, confessa-a o réu, com detalhes, apenas negando o animus necandi.

Com efeito, reconhece ele que foi tomar satisfações com a vítima, que se achava no paiol, porque ela havia dito que sua namorada tinha olhos verdes e era extremamente bonita. Após dizer que efetivamente tinha feito aquelas observações, mas sem segundas intenções e sem deboche, a vítima foi brutalmente agredida pelo réu, com aquela arma.

As testemunhas Edson Sucupira e Carolina Pureza, ouvidas a fis.

76 e 77, confirmaram, às inteiras, a confissão judicial do réu.

Acrescentam, outrossim, que o réu é pessoa avalentoada, dada a brigas, alcoólatra e useiro e vezeiro em provocar desordens, afirmando, ainda, que ele se envolveu em diversas divergências, com outros colonos, o que lhe valeu vários pousos na cadeia pública do municipio.

A conclusão, pois, a que se chega é a de que a conduta do réu se subsume no preceito primário da norma contida no art. 129, caput, do CR

Passo, assim, a dosar-lhe a pena.

119

0 réu tem uma vida anteacta pontilhada de infrações. Embora a sua folha de antecedentes revele a instauração de diversos inquéritos policiais contra ele, não há, nos autos, certidão de sentença que comprove a sua reincidência. Deve, destarte, ser havido como primário.

A futilidade dos motivos de sua empreitada criminosa é manifesta. Anote-se que agrediu, conforme ele próprio reconhece, a vítima, com golpes de uma faca peixeira, apenas porque ela teria

ressaltado os dotes de beleza de sua namorada. Não houve, assim, proporcionalidade entre o agir da vítima e o reagir do réu.

As circunstâncias e conseqüências do crime em nada o abonam, pois agrediu a vítima quando esta se encontrava em trajes menores, preparando-se para dormir. E a vítima ficou no hospital, por 15

dias, sem poder trabalhar, deixando de amealhar o necessario para o sustento de sua numerosa família.

À vista dos elementos de individualização da pena previstos no art. 59 do CP, fixo a pena-base em 4 meses de detenção.

Aumento-a de um sexto, em face da ocorrência do motivo fútil, ficando, assim, a pena ambulatória dosada, definitivamente, em 4 meses e 20 dias, em face da inexistência de causas especiais de aumento e diminuição.

Isto posto, julgo procedente a ação penal, para o fim de considerar Antônio Espinhosa, qualificado a fis., como incurso no art. 129 do CP.

Em conseqüência e postos em realce os elementos de individualização da pena, retroalinhavados, condeno-o a cumprir, em estabelecimento penal adequado, a pena de 4 meses e 20 dias de detenção e a pagar as custas do processo.

Tendo em vista que há elementos seguros de convicção, nos autos, de que, se solto, voltará o réu a delinqüir, em face do seu gênio irascível e avalentoado,

denego-lhe os benefícios da suspensão condicional da pena, bem como os previstos no art. 60, § 1% do CR

Arbitro-lhe, para os efeitos de recurso, a fiança em R$ ...

Recolhida esta e assinado o termo correspondente, expeça-se alvará de soltura, se por al ele não estiver preso.

Lance-se o seu nome, após o trânsito em julgado, no rol dos culpados e recomende-se na prisão onde se encontra.

Dou a presente por publicada no Plenário do Tribunal do Júri, às 17 horas e 45 min do dia 18-7-1994.

120

Registre-se e façam-se as comunicações de estilo.

Jaú, sala secreta do Tribunal do Júri, 18-7-1994.

as) Fernando Eric Tourinho Ostlund - Juiz-Presidente do Tribunal do Júri".

Observação. Quando o Tribunal do Júri desclassifica a infração da sua competência para outra da competência do Juiz singular, como no exemplo dado, cabe ao seu Presidente, logo em seguida, e na sala secreta, proferir a sentença, fazendo, inicialmente, alusão à desclassificação. Neste caso, a sentença precisa ser fundamentada.

Se fossem atribuídas duas infrações ao réu, uma da competência do Júri e outra da competência do Juiz singular, por exemplo, homicídio e resistência, e o Conselho de Sentença absolvesse o réu quanto ao homicídio, pensamos que o Juiz-Presidente deveria submeter à votação os quesitos pertinentes à resistência, nos precisos termos do art. 81 do CPP. Havendo conexão ou cptinência, inaplicável se torna a regra que se contém no art. 74, § 3.', última parte, do CPP. A regra do art. 81 é especial... para os casos de conexão. Dizer-se que a palavra tribunal, inserta no art. 8 1, não se refere a Tribunal do Júri é heresia inominável. 0 caput do art. 81 refere-se à absolvição ou desclassificação na fase do julgamento, e o parágrafo único, à fase da pronúncia. Note-se que o Código não pode ter palavras inúteis e, muito menos, textos inúteis. De fato. Se em qualquer

caso se devesse aplicar o disposto no art. 74, § 3.', para que serviria o parágrafo único do art. 8 1 ? Por acaso a mesma regra ja não está explícita na primeira parte do § 3.' do art. 74? Por aí se vê que o legislador quis, efetivamente, traçar normas distintas para situações diferentes. Não havendo conexão, aplicar-se-á o que se contém no

§ 3.' do art. 74; havendo, aplicar-se-á o art. 81.

Sem embargo disso, entende a jurisprudência que, mesmo havendo conexão, se o Júri vier a proferir sentença que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, e se a outra ou as outras infrações conexas forem da alçada do Juiz singular, deverá o Presidente proceder de conformidade com o art. 492, § 2.', do CPP.

19. Questionário

Os quesitos serão formulados com observância das seguintes gras (art.

484):

121

midade com o libelo;

1

I - o primeiro versará sobre o fato principal, de confor-1

11 - se entender que alguma circunstância, exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o Juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários; III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o Juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou cuiposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude. (A parte grifada do texto decorreu da Lei n. 9.113, de 16-10-1995) T

~ t~

IV - se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o Juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas;

V - se forem um ou mais réus, o Juiz formulará tantas séries de quesitos quantos forem eles. Também serão formuladas séries distintas, quando diversos os pontos de acusação;

VI - quando o Juiz tiver que fazer diferentes quesitos, sempre os formulará em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza.

Parágrafo único. Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48

do Código Penal, observado o seguinte:

1 - para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o Juiz formulará um quesito;

11 - se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o Juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo; 111 - o Juiz formulará, sempre, um quesito sobre a e tência de circunstâncias atenuantes, ou alegadas;

122

IV - se o Júri afirmar a existência de circunstâncias atenuantes, o Juiz o questionará a respeito das que lhe parecerem aplicáveis ao caso, fazendo escrever os quesitos respondidos afirmativamente, com as respectivas respostas.

Na elaboração dos quesitos, deve o Juiz atentar para a circunstância de que o primeiro deles deve versar sobre o fato principal, de conformidade com o libelo, seguindo-se os alegados pela Defesa. Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates (menos na tréplica, posto não ser possível replicar a tréplica, pois, assim, ferido seria o princípio do contraditório ...), qualquer fato ou circunstância que, por lei, isente de pena ou exclua o crime (excludente de culpabilidade ou de ilicitude) ou o desclassifique, mesmo os relativos ao excesso

doloso ou culposo, o Juiz formulará os quesitos correspondentes imediatamente depois dos relativos ao fato principal.

Fato principal. Fato principal é aquele acontecimento histórico, o que houve. Trata-se do meswo fato criminoso a que se refere o art. 417, 11, do CPP. Veja-se, retro e a propósito, o verbete Como sãoformulados os quesitos.

Causas que determinam o aumento da pena ou facultam a sua diminuição. Se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de certos limites, ou que lhe determine diminuição, nas mesmas condições, o Juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas (art. 484, IV).

Evidente que a ordem dos quesitos não é a prevista no inc. IV do art.

484. Conforme irrepreensível magistério de Hermínio Marques Porto, a regra desse inciso não apresenta conteúdo de ordenação de questionário, mas sim de previsão à feitura de quesitos sobre causas de aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte a diminuição de pena, nas mesmas condições (Júri, p. 257, n. 161).

Assim, num homicídio qualificado por motivo fútil, sendo a legítima defesa própria a tese defensiva, o 1.' quesito versará sobre tipicidade, autoria e relação de causalidade, o 2.' sobre a letalidade, os seguintes sobre a legítima defesa e, afastada esta, o quesito sobre a qualificadora, eventuais agravantes e, finalmente, o obrigatório sobre atenuantes.

A Lei ri. 9.113, de 16-10-1995, alterou a última parte do inc. 111 do art. 484, dizendo que, "... depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo, quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude". Ora, se a excludente foi reconhecida, não

poderá mais haver quesitos a serem formulados... Desse modo, cumpre ao Juiz-Presidente observar a anterior redação do inc. 111 deste artigo.

Ante essas considerações, a quesitação deve guardar a seguinte 1

1

1

ordem:

L') o pertinente à materialidade do fato delituoso e à autoria; 2.') o relativo à letalidade (se for o caso); 3.') os da defesa;

4.') os concernentes às qualificadoras (se houver); 5.') os pertinentes às agravantes genéricas contidas no libelo, ou se o conhecimento delas resultar dos debates e o acusador formular requerimento no sentido de que se redija quesito a elas relativo; 6.') os concernentes às atenuantes (tais quesitos são obrigatórios). 0

primeiro desses quesitos será assim formulado: "existem circunstâncias atenuantes a favor do réu?".

Nota. Mesmo durante a votação, deve o Juiz-Presidente explicar o significado legal de cada um dos quesitos. Quanto ao pertinente à existência ou não de atenuantes, deverá ser obrigatoriamente formulado, ainda que nenhuma delas haja sido articulada ou alegada em plenário. Cumpre ao Juiz-Presidente, além de explicar o sentido da expressão circunstâncias atenuantes, ler para os jurados o art. 65

do CP e dizerlhes: "Os Srs. devem ter entendido o significado legal da expressão 4circunstâncias atenuantes' e viram, por outro lado, quais são elas. Se os senhores entenderam que, no presente caso, alguma ou algumas delas podem ser invocadas, responderão afirmativamente, e, nesse caso, eu procurarei ver qual ou quais as que mais se adaptam à hipótese e, então, formularei, em seguida, o ou os quesitos a ela ou a elas pertinentes. Por outro lado, se a resposta for negativa, obviamente as perguntas subseqüentes ficarão prejudicadas".

Feito esse esclarecimento, o Juiz-Presidente formula a seguinte pergunta:

"Há circunstâncias atenuantes?". Se a resposta for negativa, já vimos que as demais indagações ficarão prejudicadas. Se positiva, deverá o Juiz-Presidente analisar o art. 65 do CP e observar qual ou quais circunstâncias ali elencadas se ajustam à hipótese, e formulará um quesito para cada uma delas. Mas, se os Jurados responderam afirmativamente quanto à existência de atenuantes e

negativamente aos quesitos sucessivos, haverá contradição, pelo que deverá o Juiz observar a regra do art. 489 do CPR

124

Homicídio

dos:

Tratando-se de homicídio, os quesitos devem ser assim formula-U') 0 réu Fulano de Tal, no dia tal (indicando mês e ano), às tantas horas, em tal lugar (residência, rua etc.), nesta cidade, produziu com instrumento (cortante, contundente, perfurocortante etc.), na pessoa de Sicrano, as lesões corporais descritas no laudo de fis. X?

2.') Essas lesões deram causa à morte da vítima?

Nota. Respondido afirmativamente o 1.' e negativo o 1% aplica-se a regra do art. 492, § 1% do CPP, mas, se a resposta for negativa, o réu estará absolvido (não se sabendo se pela negativa do fato ou autoria, uma vez que as questões encontram-se conglobadas). Se ambas as questões forem respondidas afirmativamente, os jurados reconheceram o homicídio simples. Em seguida examinam-se os quesitos defensivos (o que vai depender da ou das teses da defesa) e, se rechaçada a defesa, põemse em votação os quesitos relativos a eventuais qualificadoras, seguindo-se os das agravantes (se houver) e atenuantes.

Tentativa de homicídio

L') 0 réu Fulano de Tal, no dia tal (inclusive mês e ano), às tantas horas, em tal lugar, nesta cidade (ou comarca), produziu em Sicrano, com instrumento (dizer qual tenha sido), as lesões descritas no laudo de fls. X?

2.') 0 réu, assim agindo, deu início à execução de um crime de homicídio que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade?

Nota. Se a resposta ao 1.' for positiva e negativa a do 1% cumprirse-a o disposto no § 2.' do art. 492 do CPR Se ambas as questões forem respondidas afirmativamente, o Juiz submeterá à votação os quesitos atinentes à tese ou teses defensivas. Se foram recusadas essas teses, passará ele a indagar dos jurados

sobre eventuais qualificadoras, agravantes e atenuantes.

Se por acaso tratar-se de tentativa branca (quando a vítima sai incólume), o quesito deverá ser formulado da seguinte maneira: "0 réu, Fulano de Tal, em tal dia, tal hora e em tal lugar, desfechou tiros contra Sicrano, sem contudo atingi-lo?". Afirmativo este quesito, se-125

guem-se os da tentativa, defensivos, qualificadoras, agravantes e ateL') No dia X, do mês S, do ano Y, às tantas horas, em tal lugar, nuantes.

terceira pessoa praticou contra Sicrano, mediante as lesões corporais

Na redação das qualificadoras, quando estas tiverem denominação descritas no laudo de fis.?

idêntica ao modo de execução do crime (asfixia, p. ex.), não deve o 2.') Essas lesões produziram a morte da vítima?

Juiz, ao formular o primeiro quesito, indagar dos jurados se o réu asfi-3.') 0 réu Fulano de Tal concorreu, de qualquer modo, para a prá

xiou a vítima produzindo-lhe as lesões descritas no laudo X. Deve, isto tica do crime?

sim, indagar se o réu praticou contra a vítima os atos agressivos com Nota. Se a forma de participação puder ser descrita em proposição resultados constatados no laudo de fis. Se não for assim, logo no pri-simples, arreda-se a fórmula genérica do art. 29 do CR

1.

meiro quesito, estarão os jurados afirmando que o réu cometeu um ho-Mesmo que a autoria seja certa, o questionário do partícipe deverá micídio qualificado

o que sabe a disparate. ser tal qual

expusemos.

Na verdade, não sendo assim, como ficaria a

situação processual do partícipe se o autor direto, em eventual revisão,

Concurso de agentes

lograr a desconstituição da sentença, em face da prova de não ter sido

o autor do crime? Então, o outro réu teria participado com Fulano de

E no caso de concurso de pessoas? Suponha-se que dois ou mais um crime que este não cometeu

indivíduos, desejando eliminar a vida de um terceiro, hajam cometido Note-se que tais regras podem ser observadas em qualquer dos contra este atos agressivos que lhe produziram a morte. Estamos em crimes da competência do o Júri, ainda que na sua forma tentada.

face de verdadeira co-autoria, porquanto todos eles, conscientemente, praticaram atos tendentes ao fim colimado. Se os meios empregados

"Aberratio ictus"

foram diversos, quer-nos parecer que, impossibilitado o Juiz-Presiden te de atribuir a este ou àquele a autoria por esta ou aquela lesão, deverá

L') 0 réu Basilio dos Santos, no dia 16-5-1996, por volta das 14

indagar, em todos os questionários: horas, em frente ao prédio n. 18, situado na rua Benjamin Constant,

1.1) No dia X, do mês S, do ano Y, às tantas horas, em tal lugar, nesta cidade, desfechou tiros de revólver contra Tomás José?

terceira pessoa praticou contra Sicrano os atos agressivos que lhe oca-2.") Os projéteis, desviando-se da direção visada pelo réu, atingi sionaram as lesões corporais descritas no laudo de fls.?

ram. a vítima

Antônio Sigismundo, produzindo-lhe as lesões descritas no laudo de fis. 4?

Nota. Se todos usaram o mesmo instrumento, indagar-se-á 3.') Essas lesões deram causa à morte da vítima?

praticou, mediante emprego de faca, contra Sicrano, as lesões

?

Nota. A seguir, os de defesa, qualificadoras, agravantes e atenuan-2.') Essas lesões produziram a morte da vítima9 tes. Se os projéteis também alcançaram a pessoa visada, ferindo-a ou 3.1) 0 réu Fulano de Tal produziu, na vítima, alguma das lesões matando-a, o Juiz, após a votação dos quesitos, formulará outros perti

corporais descritas no laudo de fls.?

nentes à segunda infração.

4.') 0 réu Fulano de Tal, assim agindo, concorreu, de qualquer modo, para a prática do crime?

Induzimento, instigação ou auxílio ao

suicídio

Nota. Seguem-se eventuais quesitos defensivos, os atinentes a possível

L') 0 réu Basílio dos Santos, no dia 16-5-1996, no interior do

qualificadora e agravantes, e, finalmente, os obrigatórios. prédio situado nesta cidade, na rua Benjamin Constant, n. 18, induziu Na hipótese de autoria certa e participação, estejam ou não os dois (ou instigou ou prestou auxilio) Tomás José a suicidar-se?

presentes à mesma sessão de julgamento, no questionário do partícipe, 2.') Em conseqüência desse ato (ou procedimento) do réu, a víti ainda que o autor haja sido condenado, os quesitos devem ser: ma

consumou o suicídio?

Ou, então: "Em conseqüência desse ato (ou procedimento) do réu, resultou para a vítima lesão corporal de natureza grave?".

Nota. Se for o caso, formular-se-ão, também, os seguintes quesitos:

egoísta?

3.') 0 réu, assim agindo, foi impelido à prática do crime, por motivo 4.') Era a vítima maior de idade?

5.') Tinha a vítima diminuída, por qualquer causa, a sua capacidade de resistência?

Nota. Seguem-se possíveis quesitos de defesa, os de eventuais agravantes e os concernentes às atenuantes.

Infanticídio

~ r~

L') A ré Ana Dias de Paula, no dia 16-5-1996, por volta das 14 horas, no interior do prédio n. 18 da rua Benjamin Constant, nesta cidade, sob a influência do estado puerperal, durante o parto (ou logo após, conforme a hipótese), praticou em seu filho as lesões (ou os atos agressivos com resultados constatados) descritas no laudo de fis.?

2.') Essas lesões (ou esses atos agressivos) ocasionaram a morte da vítima?

Nota. Entendemos que no infanticídio deve haver esse desdobramento, que não viola a unidade do tipo. Antes, dá aos jurados ampla liberdade de decisão. Pode ser que entendam que a morte não ocorreu em conseqüência das lesões...

Se a ré foi denunciada como autora de um homicídio e a defesa sustentar o infanticídio, formulam-se, por primeiro, os quesitos próprios do homicídio simples. Após, será formulado um quesito nestes termos: "A ré assim agiu, durante o parto (ou logo após, conforme o caso), sob o estado puerperal?". Afirmado esse quesito, seguem os de eventuais agravantes e, por último, os

concernentes às atenuantes. Negado o quesito pertinente ao infanticídio e não havendo outra tese sustentada pela Defesa, seguem-se os quesitos de eventuais qualificadoras, de eventuais agravantes e, finalmente, os pertinentes às atenuantes.

Se alguém incentivou a infanticida ou colaborou na prática dos atos executórios, responderá por homicídio, e os quesitos podem ser assim formulados:

128

L') Fulano de Tal, dia, local e hora, praticou em recém-nascido as lesões (ou atos agressivos) descritas no laudo de fls.?

2.') Essas lesões acarretaram-lhe a morte?

Se a participação se fez por instigação, induzimento ou outra colaboração qualquer, o primeiro quesito deverá fazer alusão a tal circunstância.

Em se tratando de tentativa de infanticídio, após o primeiro quesito, indaga-se: "A ré, assim agindo, deu início à execução de um crime de infanticídio que não se consumou por motivos alheios à sua vontade?".

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento L') A ré, Fulana de Tal, estava grávida?

2.') A ré, Fulana de Tal, no dia 16-5-1996, por volta das 14 horas, no interior do prédio n. 18, situado nesta cidade, na rua Benjamin Constant, praticou, em si própria, manobras abortivas?

3.') Em conseqüência 11 dessas manobras ocorreu o aborto?

Nota. Negativo o primeiro, vota-se o segundo.

1.0) A ré, Fulana de Tal, no dia 16-5-1996, por volta das 14 horas, no interior do prédio n. 18, situado nesta cidade, na rua Benjamin Constant, consentiu que terceira pessoa lhe provocasse aborto?

Seguem-se os eventuais quesitos de defesa, agravantes e atenuantes.

Aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante L') 0 réu, ou a ré Fulana de Tal, no dia 16-5-1996, por volta das 14

horas, no interior do prédio n. 18, situado na rua Benjamin Constant, nesta cidade, praticou em Sicrana manobras abortivas, com consentimento desta?

2.') Em conseqüência dessas manobras ocorreu o aborto?

Nota. Se o aborto foi provocado por médico, logo após o primeiro quesito, poderão ser formulados os seguintes:

2.') 0 réu assim agiu porque não havia outro meio de salvar a vida da gestante?

3.') Era o aborto resultante de gravidez por estupro?

4.0) A gestante consentiu na prática do aborto?

5.') Era a gestante incapaz?

6.') (na hipótese de ser incapaz) 0 seu representante legal consentiu que se provocasse o aborto?

129

Aborto qualificado

Tratando-se de aborto qualificado (art. 127), logo após o quesito de materialidade e autoria, seguem-se os das qualificadoras: L') Em conseqüência do aborto (ou dos meios empregados para provocá-lo, conforme o caso) sofreu a gestante lesão corporal de natureza grave, conforme o laudo de fls.?

2.') Em conseqüência do aborto (ou dos meios empregados para provocá-lo, se for o caso), a gestante veio a falecer, conforme laudo de fis.?

Legítima defesa própria

L') 0 pertinente à autoria e materialidade.

2.') 0 pertinente à letalidade ou tentativa (se for o caso).

3.') 0 réu praticou o fato repelindo agressão à sua pessoa?

4.') Essa agressão era injusta?

5.') Essa agressão era atual?

6.') Essa agressão era iminente?

7.') Os meios empregados na repulsa eram necessários?

8.") 0 réu usou moderadamente esses meios?

9.') 0 réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa9

Negada a legítima defesa, seguem-se os quesitos de eventuais qualificadoras, agravantes e atenuantes.

Nota. Afirmativo o 5.', fica prejudicado o 6.'. Negado o 7.', votase o 8.'. Afirmativo o 8.', fica prejudicado o 9.'. Se o Júri responder negativamente ao 3.', ou ao 4.', ou ao 5.' e 6.', ou ao 7.' e 8.'

quesitos, cairá a legítima defesa. Também cairá se houver resposta negativa ao 8.'. Mas, nessa hipótese, poderá o réu ser beneficiado com a resposta afirmativa ao 9.' quesito, com o reconhecimento de um homicídio culposo sui generis... Há entendimento, majoritário por sinal, de que, mesmo negado o 7.', vota-se o 8.' e, negado o 8.0, vota-se o 9.0.

Alguns acórdãos são de entendimento de que o Juiz-Presidente deve englobar o 7.' e 8." quesitos, e, então, seria assim a redação: "0 réu usou moderadamente dos meios necessários?". Sem embargo, o entendimento majoritário autoriza o desdobramento, segundo sugestão da Conferência dos Desembargadores realizada no Rio de Janeiro em 1943. Se os jurados decidem monossilabicamente,

respondendo sim ou não,

se os quesitos devem ser formulados em proposições simples, e bem distintas, de

maneira que cada um deles possa ser respondido com suficíente clareza, conforme recomendação do inc. VI do art. 484 do CPP, nada aconselha a unidade do quesito. Os jurados podem entender, em minoria, que o réu fez uso dos meios necessários, e outra minoria, que o fez moderadamente. Evidente que meio necessário e moderação no seu uso são coisas distintas. Os jurados podem concluir que o réu escolheu um meio desnecessario, porquanto outros havia à sua disposição e, malgrado, dele fez uso moderadamente.

Quid inde? 0 englobamento, como se vê, pode ocasionar perplexidade.

Negativo o 8.' quesito, formula-se o 9.' e, se este for positivo, operada estará a desclassificação de homicídio doloso para culposo.

Hoje, segundo corrente dominante, o quesito do excesso deve ser formulado, ainda que a Defesa dele não cuide (RTJ, 53/447).

Mais: reconhecido o elcesso culposo, à evidência ficou desclassificada a infração, e, desse modo, deve o Juiz-Presidente suspender a formulação dos demais quesitos (agravantes e atenuantes) e chamar a si a sua aplicação, se for o caso, uma vez que se trata de verdadeira condenação. Nesse sentido: RT, 460/308,347/329,568/384; RTJ, 103/1263. Em sentido contrário, vejam-se os venerandos acórdãos nas RT, 2861 129, 287/159, 290/94, 292/109, 297/101, 306/90, 333/78 etc. Por outro lado, conforme irrepreensível magistério de Hermínio Marques Porto, a modalidade de culpa não é de ser explicitada na sentença, mesmo porque não é encontrada no âmago do excesso culposo a culpa em sentido restrito (Júri, cit., p. 843).

Outras observações:

a) Se dos debates resultar o conhecimento de uma agravante específica (qualificadora) não contida (é óbvio) no libelo, não poderá ser formulado quesito a respeito. A regra inserta no art. 484, parágrafo único, 11, diz respeito apenas às agravantes genéricas (RT, 4271367).

Há, também, entendimento de que não pode ser formulado o quesito sobre a injustiça da agressão antes de haver o Júri respondido sobre a agressão (RT, 427/371). A ordem deve ser esta: agressão, injustiça, atualidade, iminência etc.

b) 0 STF já se posicionou no sentido de que as questões pertinentes à atualidade ou iminência da agressão devem ser formuladas englobadamente.

E, a nosso ver, com acerto. Suponha-se que 3

jurados

entendam que a agressão foi atual. A resposta será, então, sim, por 3

votos, e não, por 4. Formulado o quesito concernente à iminência, suponha-se que 3 jurados considerem que a agressão foi iminente, 1

entenda que não foi nem iminente nem atual e, finalmente, os 3 jurados que votaram afirmativamente quanto à atualidade neguem, por coerência, o quesito da iminência. Nesse caso, a resposta será sim, por 3 votos e não, por 4 votos. Caiu a legítima defesa. Entretanto, como tanto faz ser atual ou iminente, para efeito da caracterização da defesa legítima, devem os quesitos ser englobados, pois, se 3

entenderem que a agressão foi atual, 3 acharem ter sido iminente, e 1, apenas, for de entendimento não ter sido atual nem iminente, a resposta será favorável por 6 x 1. Veja-se, a propósito, RTJ, 531394.

Todavia o assunto não é pacífico. Há vários acórdãos anulando julgamento do Tribunal do Júri em face da conglorneração dos quesitos o

pertinentes à atualidade e iminência.

c) Se o Júri reconhece a existência de delito culposo, não poderá ser indagado sobre a violenta emoção. Esta serve, apenas, para amenizar a pena dos delitos dolosos (RT, 174/527, 186/565; WJSP, 11/499).

d) Pode a Defesa alegar legítima defesa própria e legítima defesa da honra? Nada impede. Nesse caso, devem ser formuladas duas séries distintas de quesitos. Todavia, se o Júri, na primeira série, reconheceu

ter havido excessus defensionis, parece lógico que o Juiz não mais deverá submeter à votação a outra série deles, pois não teria sentido que uma mesma ação, ao mesmo tempo, possa e não possa ser excessiva.

e) Há entendimento de que, negado o quesito atinente à necessariedade dos meios, na legítima defesa, nem por isso ficam excluídos os pertinentes à moderação e ao excesso (RTJ, 53/448, 41/464; RT, 255/ 141). Neste último acórdão disse o Relator, Des. Costa Manso: "0

excesso tanto se dá pela imoderação no uso dos meios em si mesmos necessários, quanto pela desnecessidade desses proprios meios".

No mesmo sentido: RT, 522/439, 5201483, 513/460, 505/332, 530/ 435, dentre outros.

J) Quanto ao quesito relativo à injustiça da agressão, há julgados no sentido de que deve ser proposto após os referentes à sua atualidade ou iminência (RT, 4271371, 260/164). Outros há, em maioria, no sentido de ser formulado antes (RT, 369/149, 379/117, 451/366).

132

Legítima defesa de terceiro

1.") Autoria e materialidade.

2.') Letalidade ou tentativa (se for o caso).

3.') 0 réu praticou o fato repelindo agressão contra a pessoa de Fulano

... ?

Seguem-se os demais quesitos da defesa própria. Negada a legítima defesa, o Júri será indagado sobre as qualificadoras contidas no libelo, eventuais circunstâncias agravantes e, finalmente, sobre as atenuantes.

Legítima defesa da honra

1.') Autoria e materialidade.

2.') Letalidade ou tentativa.

3.') 0 réu, assim agindo*, repeliu agressão à sua honra?

Nota. Seguem-se os demais quesitos da defesa real.

Legítima defesa putativa

1.') Materialidade e autoria.

2.') Letalidade.

3.") 0 réu cometeu o crime supondo, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que estava repelindo agressão à sua pessoa (ou de terceiro)?

4.") Essa suposta agressão era iminente?

5.') Repelindo essa suposta agressão, usou o réu dos meios necessários?

6.') 0 réu fez uso moderado desses meios?

7.') 0 réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa?

Nota. Quanto aos quesitos pertinentes à temporalidade (atualidade e iminência), há dissídio jurisprudencial. Alguns acórdãos entendem devam ser formulados dois quesitos (Essa suposta agressão era atual? Essa suposta agressão era iminente?). Vejam-se, a propósito, RT, 394/34 e 397179. Contudo a corrente majoritária é no sentido de que a atualidade é incompatível com a legítima defesa putativa, e, assim, só se formula o quesito pertinente à iminência (RT, 393/114, 133

1

397/92,339/119). Em sentido contrário, veja-seAdriano Marrey,Alberto Silva Franco e outros, Júri, teoria e prática, 2. ed., Revista dos Tribunais, p. 256.

Estado de necessidade

L') Autoria e materialidade.

2.') Letalidade (se for o caso).

3.') 0 réu praticou o fato para salvar de perigo atual direito próprio (ou de terceiro, conforme o caso)? Deverá ser indicada no quesito a espécie de direito:

direito à vida, v. g.

4.') Era razoável exigir-se o sacrifício desse direito nas circunstâncias em que se deu o fato?

5.') 0 réu não provocou, por sua vontade, o perigo atual do direito referido?

6.') 0 réu não pôde evitar, por outro modo, o perigo atual do mencionado direito?

T') 0 réu tinha o dever legal de enfrentar o perigo ocorrido?

Estrito cumprimento do dever legal

1.') Autoria e materialidade.

2.') Letalidade e tentativa.

3.') 0 réu praticou o fato no estrito cumprimento do dever?

4.') 0 dever que o réu cumpriu era legal?

Homicídio privilegiado

1.') Materialidade e autoria.

2.') Letalidade ou tentativa.

3.') 0 réu agiu impelido por motivo de relevante valor social?

4.') 0 réu agiu impelido por motivo de relevante valor moral?

5.') 0 réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima?

Observações. Negado o 1% vota-se o 4.'. Afirmativo o 3.', fica prejudicado o 4.'. Negados o 1% 4.' e 5.', seguem-se, se for o caso, as votações sobre as qualificadoras, agravantes e atenuantes.

1,1

'ì

Se o Júri reconhecer o homicídio privilegiado, não podem ser formulados quesitos sobre possíveis qualificadoras, uma vez que não existe a figura do homicídio privilegiado-qualificado (RT, 407/96). E, ademais, conforme advertência de Euclides Custódio da Silveira, quem mata sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, não pode fazê-lo insidiosamente, à traição, de emboscada ou mediante dissimulação, porque senão se trataria de vingança ou desforço tardio (Direito penal, São Paulo, Max Limonad, 1959, p. 72). No mesmo sentido, Adriano Marrey e Alberto Silva Franco, Júri, cit., p. 228. E bem verdade que, às vezes, é possível haver homicídio privilegiadoqualificado: o cidadão que, com veneno, mata o vil traidor da Pátria deve responder por homicídio qualificado ou privilegiado? Mas, nesse caso e para a corrente que admite possa haver a composiçao do tipo privilegiado com o qualificado (obviamente qualificadora de natureza objetiva), há dois entendimentos: a) o agente responde só pelo privilegiado; b) responde por ambgs, isto é, a diminuição da pena a que se refere o § 1.' do art. 121

será feita levando em consideração a sançao do qualificado.

Embora tecnicamente seja perfeito tal entendimento, na prática ninguém ousaria exasperar a pena daquele que matou, com veneno, o vil traidor da Pátria. Ninguém ousaria exasperar a pena do médico que, não mais suportando o sofrimento do seu paciente, há 4 ou 5 anos apenas com vida vegetativa, sem nenhuma esperança de recuperação, por piedade, lhe confiscasse a vida. Contudo, a matéria não é pacífica. Para uma corrente, reconhecido, pelo Júri, o homicídio privilegiado, não pode o Juiz indagar sobre eventual qualificadora. Em sentido contrário, RT, 193/622. 0 STF sustenta não haver incompatibilidade, e, nesse caso, ante respostas positivas, deve prevalecer o privilégio (RTJ, 110/623; RT, 619/272). Mas, se a qualificadora for de índole subjetiva, haverá incompatibilidade (RTJ, 12011102). Ambal Bruno (Direito penal, Rio de Janeiro, Forense, 1972, t.

4, p. 127) e Heleno Fragoso (Lições de direito penal, São Paulo, Bushatsky, 1976, v. 2, p. 56) entendem possível o privilegiado-qualificado. Nesse sentido o STJ (RSTJ, 85/327): "Não há incompatibilidade na coexistência de

circunstâncias que qualificam o homicídio e as que o tornam privilegiado".

Inimputabilidade (CP, art. 26)

1.') Materialidade e autoria.

2.') Letalidade e tentativa.

135

1

i

3.') 0 réu, ao tempo da ação (ou da omissão) (indicar a data), em virtude de doença mental (ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?

4.') 0 réu, ao tempo da ação (ou omissão), em virtude de doença mental (ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com o

entendimento do caráter criminoso do fato?

Nota. Respondido afirmativamente o 3.' quesito, ficará prejudicado o 4.'.

Negativo o 1% vota-se o 4.'. A resposta afirmativa ao 3.' ou 4.' implica absolvição. Neste caso, deverá o Juiz, ao prolatar a sentença absolutória, aplicar a medida de segurança, nos termos do art.

97 do CP, e que será cumprida após o trânsito em julgado.

Quando se trata de inimputabilidade, os quesitos são os anteriormente referidos. Todavia, no nosso entendimento, devem desdobrar-se o 3.0 e o 4.' quesitos, de modo a facilitar a sua compreensão. E, assim, teríamos, no que tange à inimputabilidade, as seguintes proposições:

desenvolvimento mental incompleto?

3.') 0 réu, ao tempo da ação (ou da omissão), era portador de doença mental?

4 ') 0 réu ao tempo da ação (ou da omissão), era portador de . 1

5.') 0 réu, ao tempo da ação (ou da omissão), era portador de desenvolvimento mental retardado?

6.') 0 réu, em virtude de doença mental (ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da ação (ou da omissão), inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?

7.') 0 réu, em virtude da doença mental (ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da ação (ou da omissão), inteiramente capaz de determinar-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato?

Nota. Se forem negados tais quesitos, prossegue-se na votação dos demais: qualificadoras, agravantes e atenuantes.

Semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único) Adotando-se a orientação dos nossos Tribunais, apos os quesitos da materialidade e autoria (e também da letalidade ou tentativa, se for o caso), formulam-se apenas dois, pertinentes à semi-imputabilidade:

1.0)

.....

.....

3.') 0 réu, ao tempo da ação (ou da omissão), em virtude de perturbação da saúde mental (ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), possuía a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato?

4.') 0 réu, em virtude de perturbação da saúde mental (ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), possuía, ao tempo da ação (ou da omissão), a plena capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Nota. Pensamos, também, que, nesse caso, deve haver desdobramento dos

quesitos, de molde a facilitar a compreensão dos jurados, e tal desdobramento poderá ser feito semelhantemente à hipótese de inimputabilidade.

4

Embriaguez

L') Autoria e materialidade.

2.') Letalidade ou tentativa (se for o caso).

3.') 0 réu, ao tempo da ação (ou da omissão), encontrava-se em estado de completa embriaguez?

4.') Essa completa embriaguez resultara de caso fortuito?

5.') Essa completa embriaguez resultara de força maior?

6.') 0 réu, em virtude da completa embriaguez (proveniente de caso fortuito ou força maior), era, ao tempo da ação (ou omissão), inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?

7.') 0 réu, em virtude da completa embriaguez (proveniente de caso fortuito ou força maior), era, ao tempo da ação (ou omissão), inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com o entendimento do

caráter ilícito do fato?

Observqções. Somos de opinião que as proposições devem ser formuladas da maneira supra-indicada. 0 Júri pode considerar que o réu estava completamente embriagado, sem que a embriaguez fosse proveniente de caso fortuito ou de força maior. Todavia o entendimento generalizado é no sentido de que se devem formular apenas dois quesitos, que, no caso, seriam o 6.' e o 7.'.

137

Coação irresistível

1.') Autoria e materialidade.

2.') Letalidade.

3.') 0 réu praticou o fato impelido por terceira pessoa?

4.") 0 réu assim agiu sob coação consistente em ... ? (explicar que consistiu a coação).

2allk-

5.0) Essa coação era irresistível?

Observações: a) Na coação irresistível, haverá o coator, o coato e vítima. Contudo, no 3.' quesito deve-se usar a expressão "terceira pessoa", e não o nome do coator, salvo se coator e coato houverem sido pronunciados e o Júri tiver reconhecido a responsabilidade do coator. Veja-se, a propósito, RT, 372/158. b) A própria vítima não pode ser o coator, salvo a hipótese, que me parece absurda, de alguém constranger, fisicamente, outrem a cometer um crime contra ela própria. Sobre a matéria de quesitos atinente à coaçao irresistível, vejam-se os venerandos acórdãos na RT, 417/100, 311/118, 399/121, 294/487, 276/846, 398/362; RTJ, 50/368, 76/435.

Obediência hierárquica

1.') Autoria e materialidade.

2.') Letalidade (se for o caso).

3.') 0 réu praticou o fato em estrita obediência à ordem proveniente de terceira pessoa?

4.') Essa terceira pessoa era seu superior hierárquico?

5.') Essa ordem era não manifestamente ilegal?

Observações. Pela mesma razão que não se deve individualizar, no quesito, a figura do coator, também na obediência hierárquica não se deve mencionar o nome do superior, salvo se ocorrer a hipótese aventada na letra b das observações anteriores.

Crime impossível

1.') Materialidade.

2.') 0 réu, assim agindo, deu início à execução de um crime de homicídio (p. ex.) que não se consumou por motivos alheios à sua vontade?

138

3.') 0 réu estava impossibilitado de consumar o referido crime?

4.') (se negado o 3.') 0 réu estava impossibilitado de consumar o referido crime pela impropriedade do objeto visado?

etc.

Seguem-se os quesitos da defesa (se for o caso), qualificadoras Se forem dois ou mais réus, o Juiz formulará uma série de quesitos para cada um deles. Por outro lado, se forem imputadas ao mesmo réu duas ou mais infrações, haverá tantas séries de quesitos quantas forem as infrações.

Ao elaborar os quesitos, deve o Juiz formulá-los em proposições simples, de molde a facilitar a compreensão dos jurados.

Se, por acaso, no libelo, o Acusador aludir a alguma agravante, ou mesmo que o conhecimento desta surja durante os debates, desde que haja requerimento nesse sentido, o Juiz deve formular quesitos a respeito. Um quesito para cadaagravante (arts. 61 e 62 do CP, com a redação dada pela Lei n. 7.209/84). Obrigatoriamente deve o Juiz indagar, em quesito à parte, sobre a existência de atenuantes (art.

65 do CP, com a redação dada pela Lei n. 7.209/84). E o denominado quesito genérico sobre a existência de atenuantes, assim redigido: "Há, neste processo, circunstâncias que atenuam a pena?".

Positiva a resposta, deve o Juiz formular os quesitos específicos, isto é, sobre as circunstâncias que lhe pareçam aplicáveis à hipótese. Se entender que nenhuma é aplicável, nada obsta deva ele ler uma por uma as causas de diminuição da pena previstas no art 65 do CP, repetindo, a seguir, o quesito genérico. Se a resposta, ainda assim, for positiva, deve o Juiz entender que ela reflete a vontade do Júri

de abrandar a pena.

Se a Defesa apresentar duas ou mais teses antagônicas, nada obsta sejam feitas as séries de quesitos a respeito, conquanto se trate de teses alternativas. Apenas não se admitem "defesas que apresentem contradições chocantes e de todo inconciliáveis" (cf. Espínola Filho, Código, cit., v. 4, p. 362, e Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e outros, Júri, cit., p. 130).

Se a Defesa entender ter havido concurso formal ou crime continuado, não pode o Juiz formular quesito a respeito, mesmo porque o assunto desborda da alçada do Conselho de Sentença, por se tratar de matéria afeta à aplicação da pena, da competência funcional do JuizPresidente.

139

1

É possível quesito sobre a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade? Há dois entendimentos: em sentido afirmativo, o pronunciamento do STJ no v. acórdão de que foi relator o eminente Ministro Assis Toledo, publicado na JSTJ, 18/243. No mesmo sentido, Prof. José Henrique Pierangelli, Inexigibilidade de conduta diversa, in Livro de estudos jurídicos, n. 2, p. 428 e s.

Contra, o entendimento do eminente Des. Dante Busana (RJTJSP, 129/424).

140

capítulo 53

Outros Procedimentos Especiais

para Crimes Apenados

com Reclusao

SUMÁRIO: 1. 0 procedimento dos processos por crimes falimentares. 2. 0

foro competente. 3. 0 inquérito judicial. 4. A contrariedade do inquérito judicial.

5. Apensamento. 6. Denúncia. 7. Queixa. 8. Prazos. 9. A importância da sentença declaratória

da falência. 10. A ação penal nas pequenas falências. 11. Crimes de imprensa. 12. Os prazos prescricionais. 13. 0 procedimento. 14. Crimes eleitorais. 15. Crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais. 16.

Entorpecentes. 17. Crimes de

responsabilidade de funcionários públicos. 18. Crimes contra a fauna. 19.

Crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

1. 0 procedimento dos processos por crimes falimentares Há crimes falimentares apenados com reclusão e com detenção. Em qualquer caso, o procedimento é idêntico e vem estabelecido nos arts. 503 a 512 do CPP. Insta acentuar, contudo, que a Lei de

Falências introduziu algumas alterações naqueles dispositivos e, além disso, traçou normas a respeito da fase pré-processual.

Assim, por exemplo, onde se lê, no CPP, a palavra liquidatário, leia-se síndico, pois a Lei de Falências não mais cuida do liquidatário.

0 art. 504 do CPP diz que a ação deve ser intentada no juízo criminal. Já a Lei de Falências, que é posterior, dispõe que a ação penal é intentada no próprio juízo falencial; excepcionalmente, pode ser proposta no juízo criminal (Lei de Falências, art. 194). Não mais se exige que, para o oferecimento da queixa, o credor seja habilitado por sentença passada em julgado, como dizia o art. 503 do CPP. A Lei de Falências diz que "o síndico" ou qualquer credor poderá oferecer "queixa", e tal generalização é bastante significativa, não mais exigindo estar ele habilitado por sentença passada em julgado.

2. 0 foro competente

0 foro competente para a propositura da ação penal é o juízo onde foi declarada a falência.

Antes da sua propositura, há um procedimento preparatório, destinado a servir de base à instauração do processo, e que constitui o "inquérito judicial". E tem este nomen juris, porque presidido pelo Juiz da falência.

i

3. 0 inquérito judicial

Nas 24 horas seguintes ao vencimento do dobro do prazo marcado pelo Juiz para os credores declararem os seus créditos, o síndico apresentará, em cartório, em 2 vias, exposição circunstanciada, na qual, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença declaratória, e outros elementos ponderáveis, especificará, se houver, os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis.

Essa exposição, instruída com o laudo do perito encarregado do exame da escritura do falido, concluirá, se for o caso, pelo requerimento de inquérito, exames e diligências, destinados à apuração de fatos ou circunstâncias que possam servir de fundamento à ação penal.

As primeiras vias da exposição, do laudo e dos documentos formarão os autos do inquérito, e as segundas serão juntadas aos autos da falência.

142

Nestes autos, formados com as primeiras vias e que constituem os autos do inquérito, os credores, desde que tenham feito declaração de seus créditos (Lei de Falências, art. 30), dentro nos 5

dias que se seguirem à entrega, em juízo, da exposição do síndico, poderão requerer o que entenderem conveniente à finalidade do inquérito, e, caso o síndico não o tenha requerido, poderão também fazê-lo.

Esgotado tal prazo, haja ou não requerimento do síndico ou de qualquer credor, os autos serão feitos imediatamente com vista ao representante do Ministério Público (aquele que estiver funcionando no juízo falencial), para que, dentro de 3 dias, opinando sobre a exposição do síndico, as alegações dos credores e os requerimentos que hajam apresentado, alegue e requeira o que for conveniente à

finalidade do inquerito, ainda que este não tenha sido requerido pelo síndico ou por credor.

Após a manifestação do órgão do Ministério Público, disporá o falido de 5

dias para contestar as argüições contidas nos autos do inquérito e requerer o que entender conveniente.

Decorrido tal prazo, os autos do inquérito serão conclusos ao Juiz (da falência), que, em 48 horas, deferirá ou não as provas requeridas, designando dia e hora para se realizarem as deferidas, dentro dos 15 dias seguintes, que não poderão ser ultrapassados, determinando expediente extraordinário, se necessário.

Se não houver provas por realizar, ou realizadas as deferidas, determinará o Juiz a abertura de vista dos autos do inquérito ao representante do Ministério Público, que poderá, dentro em 5 dias, tomar uma das seguintes providências: a) oferecer denúncia; b) requerer o apensamento aos autos da falência, equivalendo tal requerimento a um verdadeiro pedido de arquivamento; c) poderá, também, embora a lei não o diga, observar a conveniência de ser feita outra diligência, imprescindível ao oferecimento da denúncia.

Esta, pois, a primeira particularidade do processo por crime falimentar: a precedência de um inquérito presidido pelo próprio Juiz da falência.

4. A contrariedade do inquérito judicial

Este inquérito é contraditório? Sem dúvida. Di-lo o art. 106 do estatuto falitário. Frederico Marques, com aquela segurança só com-143

parável à boa doutrina, sustenta a natureza contraditória dessa informatio delicti (cf. Elementos, cit., v. 3, p. 348).

Há, contudo, entendimento contrário. Veja-se, a propósito, o venerando aresto da Suprema Corte na RTJ, 54/572, em que se diz que esse inquérito judicial, à semelhança do policial, é inquisitivo e não constitui parte integrante da relação processual. Se contraditória é apenas a instrução criminal e se o inquérito judicial dela não faz parte, logo não há cuidar-se de contraditoriedade daquela peça informativa.

Sem embargo desse entendimento do Pretório Excelso, o pensamento dominante dele diverge. 0 Tribunal de Justiça de São Paulo, apreciando o Habeas Corpus n. 106.554, na RT, 4231325, acentuou:

"a denúncia por crime falimentar não pode ser recebida sem que, nos termos do art. 106 da Lei de Falências, tenha tido o falido a oportunidade de impugnar a prova obtida e requerer diligências". Aliás, anteriormente, o Pretório Excelso perfilhara essa mesma tese (cf. RTJ, 37/212).

Na verdade, é de se compreender que, embora o inquérito seja mera peça informativa, em se tratando de inquérito judicial, a própria lei exige o contraditório. A Constituição, na verdade, proclama que a instrução criminal será contraditória, mas não impede que o legislador ordinário, em casos especiais, estenda essa garantia à fase pré-

processual. Foi o que se fez na Lei de Falências. Ademais, há uma circunstância muito importante a ser levada em consideração: além das conseqüências normais que a instauração de qualquer processo acarreta, afetando o status libertatis e o status dignitatis do cidadão, em se tratando de processo por crime falimentar, o recebimento de uma denúncia ou queixa obsta, até à prolação da sentença definitiva, o pedido de concordata suspensiva, tal como dispõe o art.

111 do estatuto falitário.

Assim, permitindo-se ao falido contrariar as argüições contidas nos autos do inquérito e requerer o que entender conveniente à sua defesa, poderá ele fornecer ao Magistrado elementos que possam servir de lastro a um despacho liminar negativo. Já agora, rejeitada a peça acusatória, ainda que se interponha recurso, poderá ser requerida a concordata suspensiva, contanto que o pedido se verifique antes de seu eventual provimento. E, se o interessado não fez uso da via recursal, ainda que se instaure, pelo mesmo fato, nova ação penal, já agora no juízo criminal (Lei de Falências, art. 194), nada impede seja requerida a concordata (cf. Lei de Falências, arts. 112 e 113, parágrafo único).

Vê-se, pois, a importância de que se reveste o contraditório no inquérito judicial. Entretanto, se o indiciado for pessoa estranha à falência, não é de se aplicar a

regra do art. 106, que, decerto, pelas razões expostas, fala apenas em falido. Já decidiu também a Suprema Corte ser inaplicável aquela regra, ainda que o implicado seja credor. E que, nessa qualidade, a despeito de indiciado, pode requerer o que entender conveniente, tal como permite o art. 104 da referida lei (cf. RTJ, 54/571 e s.).

Finalizando: se a lei exige possa o falido contestar as argüições contidas nos autos do inquérito, se preterida essa formalidade, que é essencial, não pode vingar a relação processual que já traz um vício de origem. Nada obstante, vejam-se os v. arestos do STF, DJU, 13-3-1981, p. 1730, e 27-8-1982, p. 8179.

Hoje o entendimento é de que o inquérito falimentar pode ser contraditório. Não o é, necessariamente. Explica-se: o prazo de 5 dias que o art. 106 confere ao falidos para a contestação corre em cartório, nos termos do art. 204 do estatuto falitário. Se o falido vier a ter ciência, poderá contestar. Do contrário, não. A lei não exige sua intimação. Nesse sentido, RTJ, 82/103, 90/851, 106/533; e RT, 577/472, 599/313 e 602/443.

5. Apensamento

Recebendo os autos do inquérito, pode o Curador de Massas Fa lidas (denominação que se dá ao órgão do Ministério Público que atua no juízo falencial) entender não ser caso de ins , tauração de processo criminal, e, por isso, em parecer fundamentado, requererá o apensamento dos referidos autos da falência. Antes da Constituição de 1988, os autos permaneciam em cartório, aguardando a iniciativa do síndico ou de qualquer credor. Tratava-se de ação privada subsidiária toda especial porque admitida mesmo com o pedido de arquivamento. Hoje, proclamando o art. 129, 1, da CF ser função institucional do Ministé rio Público promover, privativamente, a ação penal pública, ressalva da apenas a hipótese do art. 29 do CPP (cf. art. 5.', LIX, da CF), evidente que o síndico ou qualquer credor não mais poderá ofertar queixa se o Curador de Massas Falidas requerer o arquivamento. A queixa somente sera possivel se houver desídia, se houver inércia do Curador de Massas Falidas.

i

Requerendo o Curador o arquivamento do inquérito, restará ao Juiz atendê-

lo, ou não. Atendendo-o, o inquérito fica arquivado e somente poderá ser desarquivado se surgirem novas provas. Se vier a discordar das razões invocadas pelo órgão do Ministério Público, o Juiz observará a regra do art. 28 do CPP.

6. Denúncia

Entendendo o órgão do Ministério Público haver elementos que o habilitem a promover a ação penal, deverá, no prazo de 5 dias, ofertar a denúncia, podendo arrolar até 8 testemunhas (pouco

importando se o crime e ou não apenado com reclusão). Imediatamente, o escrivão fará os autos conclusos, e o Juiz poderá receber ou rejeitar a peça acusatória. Rejeitando-a, propiciará ao órgão do Ministério Público a interposiçao de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, 1).

Se o Juiz vier a recebê-la, deverá fazê-lo em despacho fundamentado.

Trata-se de exceção no nosso Direito. Normalmente, o despacho de recebimento de denúncia é proferido com singeleza (recebo a denúncia), mas, se a denúncia for oferecida no juízo falencial, a lei impõe-lhe o dever de fundamentá-la, nos termos do § 2.' do art. 109 do estatuto falencial.

Veja-se a RTJ, 541571, 59/409 e 67/77.

Recebida a peça acusatória, em despacho fundamentado, cumprirá ao Magistrado determinar a imediata remessa dos autos ao juízo criminal competente, para prosseguir nos ulteriores atos processuais. Cremos que essa remessa deverá ser feita se na comarca houver Juiz especializado; se nela houver dois, três ou mais juízes, todos com jurisdição cumulativa, tanto para matéria cível como criminal, não se fará a re-1 .

messa. 0 processo criminal tramitará, normalmente, perante o proprio Juiz que estiver funcionando na falência. Mas, se houver, sim. Desse modo, como nas grandes comarcas os feitos falenciais tramitam em Varas Cíveis, recebida a denúncia, cumprirá ao Juiz especializado determinar a remessa dos autos ao

Juízo criminal.

No Estado de São Paulo, em face do art. 15 da Lei estadual n. 3.947, de 8-12-1983, as ações por crime falimentar e as que lhe sejam conexas passaram para a competência do respectivo juízo universal da falência. Embora pareça que a disposição diga respeito apenas à Capital paulista, o certo é que a regra, que é de organização judiciária, é

aplicável a todo o Estado. Nesse sentido, RJTJSP, 921368, e as inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apreciando conflitos de competência (Confl. 3.847/0 ... 3.58810 ... 3.997/0

...). 0 argumento central para justificar a aplicação do art. 15 da citada lei a todas as comarcas é este: a Vara criminal da Capital é considerada especializada. A cível, não. Pois bem: o art. 48 do Código Judiciário do Estado proclama que a competência das Varas Especializadas do Interior e a mesma das Varas Especializadas da Capital. Como a Vara Especiafizada da Capital não mais aprecia crimes falimentares, logo as Especializadas do Interior também não poderão apreciar.

Tal regra não colide com a norma do art. 109, § 1% da Lei de Falências?

Não. A regra estadual é mera regra de organização judiciária (cf. RT, 588/317, 590/322, 5941315, 596/331, 601/299, 611/449; RTJ, 119/133). Aqui o STF reconheceu a validade da Lei paulista.

Sempre que a denúncia seja ofertada no juízo falencial e deva haver a remessa ao juizo criminal, o despacho de recebimento há de ser fundamentado. Se não, não. Mesmo no primeiro caso, noticia Frederico Marques que a jurisprudência vem tolerando a ausência de fundamentação (cf. Elementos, cit., 1970, v. 3, p. 308). (A Súmula 564 do STF determina a obediência à fundamentação.) Note-se que o foro competente para o processo criminal, no caso de falência, é aquele em que esta for declarada. Assim, mesmo haja algumas infrações cometidas em outra comarca, se interligadas por continência ou conexidade, o simultaneus processus se verificará no juízo falencial.

7. Queixa

1

Se o órgão do Ministério Público deixou escoar o prazo para se manifestar nos autos do inquérito, em manifesta demonstração de desídia, pode o síndico ou qualquer credor, dentro no prazo de 3 dias, oferecer queixa ao Juiz falencial. Trata-se, como vimos, de ação penal privada subsidiária da pública, sui generis, pela exigüidade do prazo.

Se o Juiz da falência a receber, procederá da mesma forma como se estivesse recebendo a denúncia. Se a rejeitar, poderá ser interposto recurso em sentido estrito (CPP, art. 5 8 1, 1).

Rejeição. Ofertada a denuncia ou queixa, poderá o Juiz rejeitá-la, se houver irregularidade formal ou se inviável o jus actionis. Veja-se, no 2.' volume desta obra, o verbete Rejeição da denúncia, onde se

147

,1

1

fez comentário aos arts. 41 e 43 do CPR Rejeitando-a, e não havendo recurso, determinará o Juiz que os autos sejam apensados aos da falência.

Inércia do Ministério Público. Se o órgão do Ministério Público não oferecer denúncia, nem requerer o arquivamento, e se o síndico ou qualquer credor não oferecer queixa, restará ao Juiz da falência, na hipótese de entender haver crime a ser apurado, remeter os autos ao ProcuradorGeral de Justiça, para as providências que julgar cabíveis (CPP, art. 28). Nesta situação singular, nada obsta que o Chefe da Instituição determine ao próprio Curador de Massas Falidas desidioso que ofereça a peça acusatória.

Ação penal no juízo criminal. Vimos, pois, que, normalmente, a ação penal é promovida perante o Juiz da falência. A lei, contudo, não impede possa ela ser exercida no juízo criminal. Assim, se o Curador de Massas Falidas não ofereceu a denúncia no prazo legal e o síndico ou qualquer credor não exerceu o direito de

queixa, nem o Juiz se valeu do disposto no art. 28 do CPP, aplicável analogicamente, nada impede, enquanto não extinta a punibilidade, possa o órgão do Ministério Público intentar ação penal no juízo criminal, tal como permite o art. 194 da Lei de Falências. 0 que ele não pode é oferecer denúncia no juízo falencial se decorrido aquele prazo. No criminal, sim. Observe-se, contudo, que, no Estado de São Paulo, a ação penal por crime falimentar tramitará sempre no juízo universal da falência. Vejam-se, a propósito, as observações feitas no verbete Denúncia, neste capítulo.

Por outro lado, mesmo que o órgão do Ministério Público, síndico ou qualquer credor haja intentado a ação penal no juízo falencial, e desde que lhe tenha sido rejeitada a peça inaugural, mesmo precluso o prazo do recurso, lícito será o oferecimento de denúncia no juizo criminal.

8. Prazos

Qual seria o prazo para a queixa no juízo criminal? Diz o art. 194 da Lei de Falências que a inobservância dos prazos estabelecidos no art. 108 e seu parágrafo não acarreta a decadência do direito de queixa ou de denúncia (sic). 0 representante do Ministério Público, o síndico ou qualquer credor podem, após o despacho de que tratam o art.

109 e seu § 2.' e na conformidade do que dispõem os arts. 24 e 62 (sic) do

CPP, intentar ação penal por crime falimentar perante o Juiz criminal da jurisdição onde tenha sido declarada a falência.

A alusão ao art. 62 do CPP deve ser oriunda de erro tipográfico, pois ele nada tem que ver com a matéria. Leia-se, ali, art. 61 do CPP. Assim, é de se entender que, enquanto não estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou qualquer outra causa, pode o Ministério Público, o síndico ou qualquer credor intentar a ação penal no juízo criminal.

Problemas especiais. Pedido o arquivamento do inquérito judicial e discordando o Juiz das razões invocadas pelo órgão do Ministério Público, aplicável será o disposto no art. 28 do CPP. E se o ProcuradorGeral insistir no arquivamento? 0

Juiz da falência será obrigado a atendêlo. Nesse caso, poderia o síndico ou qualquer credor ofertar queixa no juízo criminal? Sem embargo da opinião contrária de Frederico Marques (cf. Elementos, cit., v. 3, p. 302), entendemos não mais cabível denúncia ou queixa. Afinal de contas, seria uma inversão da ordem natural das coisas pudesse intentar*se queixa, em crime de ação pública, após a manifestação do Chefe do Ministério Público, no sentido de não se proceder. Agora há um argumento mais sério: a queixa subsidiária da denúncia será possível apenas na hipótese do art. 29 do CPP (cf. art. 5.-, LIX, da CF).

Vejamos a segunda parte do art. 194:

"0 representante do Ministério Público, o síndico ou qualquer credor podem, após o despacho de que tratam o art. 109 e seu § 2.' (sic) e na conformidade do que dispõem os arts. 24 e 62 (sic) do Código de Processo Penal, intentar ação penal por crime falimentar perante o Juiz criminal da jurisdição onde tenha sido declarada a falência".

Houve, aí, dois erros tipográficos: a) não se trata do art. 62, mas do art. 61; b) o parágrafo do art. 109, a que alude o texto, não pode ser o 2.', mas o 1.'. Assim, se o art. 194 permite a propositura da ação penal após o despacho a que se refere o § 1.0 do art. 109, há de se concluir seja aquele em que o Juiz discordou das razões invocadas pelo Ministério Público, e nunca o despacho ordenando o arquivamento por determinação do Procurador-Geral, tão-somente porque o §

1.' do art. 109 a ele não se refere.

Se o representante do Ministério Público não oferecer denúncia 149

nem pedir o arquivamento, e o síndico, ou qualquer credor, não fizer uso da ação privada subsidiária (art. 108 e parágrafo da Lei de Falências e art. 5.', LIX, da CF), ou se houver denúncia ou queixa, e o Juiz não a receber e ocorrer a preclusão, a ação penal, mediante denúncia ou queixa, poderá ser promovida no juízo criminal, nos termos do art. 194

c/c o art. 113, todos da Lei de Falências. Malgrado a redação do art. 194, que sofreu alteração em face do art. 5.', LIX, da CF, a ação penal no juízo criminal somente poderá ocorrer nas hipóteses supracitadas.

E se, oferecida denúncia ou queixa no juízo falencial, houver rejeição e for negado provimento a eventual recurso, ainda assim poderá ser promovida a ação penal no juízo criminal? 0 mestre Frederico Marques responde afirmativamente (cf. Elementos, cit., p. 302).

Entendemos, data venia, não ser possível. Se houver rejeição e a parte sucumbente não interpuser recurso, sim. Mas, se houver recurso e a instância superior lhe negar provimento, não teria sentido que, pelos mesmos fatos, pudesse ser renovada a pretensão. Os arts. 113 e 194 da Lei de Falências não autorizam outra exegese. De fato. 0 art.

113 diz que a rejeição da denúncia ou queixa não impede o exercício da ação penal, nos termos do art. 194. Este, por seu turno, cuida da hipótese de ter havido rejeição e apensamento dos autos do inquérito aos da falência (art- 109, última parte).

Insta acentuar que nos processos por crimes falimentares, oferecida a denúncia ou queixa, o síndico e os credores poderão intervir como assistentes (CPP, art. 506).

Insista-se: somente poderá ser intentada ação penal por crime falimentar contra falido ou quaisquer outras pessoas diversas da do devedor falido em conexão com a falência, depois de proferida sentença que a tenha declarado. É como soa o art. 507 do CPR Pondera Miranda Valverde (Comentários, v. 3, p. 91) que a ação penal somente deverá ser intentada depois que transitar em julgado a sentença que haja declarado o estado de quebra, mesmo porque, se a sentença declaratóri a da falência for reformada, extinguir-se-á a ação penal. Trata-se de uma elementar cautela, ditada, também, pelo princípio da economia processual. Entretanto nada obsta que, antes do trânsito em julgado, havendo elementos para a propositura da ação penal, esta seja intentada. Se, no curso do procedimento, vier prova de que a sentença declaratória da falência foi anulada, extinguir-se-á o processo.

Intentada a ação penal, não poderá ser argüida, no juízo penal, a nulidade da sentença declaratória da falência (CPP, art. 511). Nada obsta, entretanto, que, no cível, o interessado use dos meios legais para lograr consegui-Ia. Se tal acontecer, após o trânsito em julgado da decisão

anulatória, juntar-se-á certidão aos autos do processo-crime, e, nos termos do art. 507 do CPP, ficará "extinta a ação penal".

9. A importância da sentença declaratOria da falência Qual a natureza jurídica da sentença declaratória da falência? A nós ja nos pareceu que a sentença declaratória dafalência funcionava como verdadeira condição de procedibilidade, pois, enquanto não declarada a falência, não poderá ser proposta a ação penal. Contudo há, na doutrina, discussão quanto à sua natureza jurídica. Importante corrente doutrinária (Mirabete, Processo, cit., p. 526, e Fragoso, Lições de direito penal, 3. ed., São Paulo, Bushatsky, 1976, v.

1, p. 233-4, dentre outros) considera-a condição objetiva de punibilidade, se o crime for praticado antes da falência, e pressuposto do crime falimentar, se praticado após a falência. Para Frederico Marques a sentença declaratória da falência é elemento constitutivo do tipo (Elementos, cit., v. 3, p. 333), bem como paraAntolisei (Manual de derecho penal, trad. esp., Buenos Aires, 1960, p. 534).

Hungria e Manoel Pedro Pimentel consideram-na condição objetiva de punibilidade (Comentários, cit., v. 1, t. 2, p. 29, e Legislação penal especial, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 82). Assim também Tornaghi, Curso, cit., p. 238. Para Damásio (Código de Processo Penal, cit., p. 331-3), ela atua como condição de procedibilidade e, às vezes, como elemento do tipo.

Parece-nos, em face do que dispõe o art. 143, parágrafo único, do estatuto falencial, que a existência do crime falimentar nem sempre pressupõe a sentença declaratória da quebra. Veja-se, a propósito, Rubens Requião, Curso de direito falimentar, 15. ed., Saraiva, 1985, v. 2, p. 143. Nesse caso, ela funciona como elemento do tipo.

Grande parte da doutrina identifica a condição objetiva de punibilidade com os elementos constitutivos do tipo. Nesse sentido, Fragoso: "as condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente indiferente" (Estudos de direito em homenagem a Nélson Hungria, Forense, 1962, p. 176). Como o crime falimentar pode existir antes da sentença declaratória, esta não pode ser condição objetiva de punibilidade.

A maior parte da doutrina, como observa Antolisei, entende por condição objetiva de punibilidade um acontecimento que não guarda nenhum nexo de causalidade com a atividade do agente (Manual, cit., p. 533). Este também o ensinamento de Delitalla ffifatto nella teoria generale del reato, Padova, 1930, p. 73 e s.). Logo, não se pode considerar a sentença declaratória da falência como condição objetiva de punibilidade; trata-se de condição de procedibilidade.

151

1 1

1

Hoje, pensamos como aqueles que sustentam tratar-se de condição objetiva de punibilidade, nos crimes antefalimentares, e de elemento do tipo, nos pós-falimentares, e, assim, quer-nos parecer que a razão esteja com Mirabete. Na verdade, fosse ela, nos crimes pré-

falimentares, condição de procedibilidade, em curso a ação penal e anulada a sentença declaratória por decisão trânsita em julgado, cumpriria ao Juiz impor a sanção de ineficácia ao procedimento criminal, ante a falta da condição de procedibilidade. Entretanto, segundo dispõe o art. 507, nesse caso, o Juiz julga extinta a ação penal, vale dizer, ele proferirá uma decisão interlocutória mista terminativa, verdadeira decisão de mérito. Fosse simples condição de procedibilidade, o processo seria inválido.

Por outro lado, a discussão é meramente acadêmica: proposta ação penal por crime falimentar, se por acaso essa sentença (seja ela condição de procedibilidade, seja condição objetiva de punibilidade ou elemento constitutivo do tipo) vier a ser reformada por decisão trânsita em julgado, extinta ficará a ação penal, na linguagem clara do art. 507.

Se a sentença declaratória da falência, após a condenação penal, vier a ser rescindida, o condenado voltará à primariedade, mercê de habeas corpus ou de revisão criminal.

Seja elemento do tipo, seja condição objetiva de punibilidade ou de procedibilidade, não se concebe a propositura da ação penal sem que haja sido,

por sentença, declarada a falência; e, se em curso a ação penal, for aquela sentença reformada, por decisão trânsita em julgado, deverá ser decretada extinta a ação penal.

10. A ação penal nas pequenas falências

Tratando-se de pequenas falências (aquelas cujo passivo for inferior a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País), formados os autos do inquérito judicial a requerimento do síndico ou do representante do Ministério Público, ouve-se o falido sobre as argüições neles contidas, podendo este requerer o que entender conveniente.

Concluído o inquérito, os autos irão com vista ao representante do Ministério Público, que poderá oferecer denúncia ou requerer o apensamento, dentro em 3 dias. Com a promoção do Ministério Público (denúncia ou pedido de arquivamento), irão conclusos ao Juiz, que poderá rejeitar a denúncia, determinar o apensamento ou aplicar o art. 28

do CPP.

Será possível ação privada subsidiária da pública nas pequenas falências?

Se o representante do Ministério Público não intentar a ação penal no prazo legal, sim, em face do disposto no art. 5.', LIX, da CF.

1

Em qualquer das hipóteses de crimes falimentares, iniciada a ação penal, o procedimento, nos termos do art. 512 do CPP, é o comum para os crimes apenados com reclusão: arts. 394/405 e 498/502, parágrafo único, do CPR

E para promover a ação penal no juízo criminal, de que elementos se valerá o acusador? Poderá requerer a extração de peças do inquérito judicial,juntar documentos e, até mesmo, se necessidade houver, completar tais peças com informações suplementares solicitadas à Polícia. Poderá, inclusive, requerer ao Juiz penal que proceda à requisição dos autos do inquérito judicial.

Qual o representante do Ministério Público que funciona nos processos por crimes falimentares? No juízo falencial, essa atividade fica afeta ao Curador de Massas Falidas. No interior, como os Promotores de Justiça exercem, de regra, as funções cometidas aos Curadores, são eles os que têm atribuições para tanto. Nada obsta, contudo, que, no interesse da Justiça, o Proci*ador-Geral de Justiça designe outro Promotor ou outro Curador de igual ou superior entrância para exerce-Ias.

No juizo criminal, é o próprio Curador de Massas Falidas quem acompanha o desenrolar do processo. Não se proíbe, por outro lado, ao ProcuradorGeral de Justiça designar qualquer outro membro do Ministério Público, não só para oferecer denúncia, como também para atuar em todo o desenrolar do processo.

Não há, na lei, nenhum dispositivo que vincule o Curador de Massas Falidas ao respectivo processo. Quando a lei processual penal fala em Curador de Massas Falidas, nada mais faz senão usar o termo técnico, pois tem esse nomen juris o representante do Ministério Público que atua nos processos falimentares.

Prescrição. Outro problema angustiante em matéria de crime falimentar é o que diz respeito ao prazo prescricional. Uma corrente da jurisprudência, até há pouco dominante, entendia que a prescrição começava a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença que encerrasse a falência (cf. RT, 233/125, 252/92, 271/117, 2891923, 295/57, 3001 95, 306/140 etc.). Além de outros entendimentos (RT, 438/330 e 2701 107), atualmente está prevalecendo o pensamento do Excelso Pretório no sentido de que a prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em j ulgado da sentença que a encerrar, se proferida antes de 2 anos. Recebida a denúncia, antes de decorridos 4

anos da decretação da quebra, inter-

rompe-se a prescrição, que volta a fluir daquela data e se consuma no biênio seguinte (RTJ, 37/185, 48/326; Justitia, 751265). Já houve até quem entendesse que esse prazo começaria a fluir da data em que o Juiz criminal ratificasse o ato do Juiz falencial, recebendo a peça acusatória. Mas o STF firmou o princípio de que o prazo começa a fluir do despacho de recebimento, mesmo porque a lei não

cuida da ratificação -RV, 59/504 (cf. Serviço de Informação e Pesquisa da Egrégia Procuradoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo).

A propósito o Informativo n. 105 do STF publicou, sobre o assunto, o seguinte acórdão. Verbis:

'7ratando-se de crimes falimentares, o prazo prescricional começa a fluir do recebimento da denúncia se ainda não presentes as hipóteses constantes do § único do art. 199, da Lei 7.661/45 (A

prescrição extintiva da punibilidade de crimefalimentar opera-se em dois anos. Parágrafo único. 0 prazo prescricional começa a correr da data em que transitar emjulgado a sentença que

encerrar afalência ou quejulgar cumprida a concordata) e da Súmula 147 do STF (a prescrição do crimefalimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do

trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou quejulgar cumprida a concordata). Com base nesse entendimento, a Turma, à vista da Súmula 592

(Nos crimes falimentares, aplicam-se as

causas interruptivas da prescrição, previstas no Código Penal), deferiu habeas corpus para declarar extinta a punibilidade dos pacientes pela prescrição da pretensão punitiva, considerado o lapso de tempo superior a dois anos entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Precedente citado: RHC 58.1 10-MT (RTJ 96/1062)" (HC

76.083-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, 31-3-1998).

0 despacho de recebimento da denúncia interrompe a prescrição? A resposta afirmativa é dada pela Suprema Corte (cf. RV, 34/84, 33/ 423, 41/838, 44/326). Na doutrina, veja-se Nélson Hungria (RT, 3391 28 1) e Magalhães Noronha (Direito penal, v. 1, p. 479). Havia, contudo, dissídio jurisprudencial. Hoje, entretanto, em face da Súmula 592 do STF não pode haver dúvida: nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal.

11. Crimes de imprensa

Há crimes de imprensa apenados com reclusão ou com detenção. Num caso ou noutro, o procedimento é o mesmo e vem regulado nos arts. 42 e s. da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9-2-1967).

i

Juiz competente para a ação penal é o do lugar onde for impresso o jornal ou periódico, ou o do local do estúdio do permissionário ou concessionário do serviço de radiodifusão, bem como o da administração principal da agência noticiosa. A tal respeito, entende-se que a regra do art. 42 da Lei de Imprensa é aplicável em se tratando de jornais de grande circulação (RTJ, 87/449 e 117/305). No mais, é o lugar onde a publicação circula (RF, 617/331).

A denúncia ou queixa deverá ser instruída com exemplar do j ornal ou periódico, com indicação das provas julgadas convenientes. Se a infração foi cometida por meio de radiodifusão, a peça acusatória será acompanhada da notificação feita à empresa responsável.

Na verdade, as empresas perirússionárias de tais serviços deverão conservar, em seus arquivos, devidamente autenticados, os textos dos seus programas, pelo prazo de 60 dias. Tratando-se de programas de debates, entrevistas ou outros que não correspondam a textos previamente escritos, deverão ser guardados pelo prazo de 20

ou 30 dias (art. 58, § L'). Pois bem: dentro desses prazos, poderá o Ministério Público*ou qualquer interessado notificar, judicial ou extrajudicialmente, a empresa para não destruir os textos que especificar.

É dessa notificação que se cuida para a propositura da ação penal.

0 prazo para a propositura da denúncia é de 10 dias. Se a ação foi promovida mediante queixa, poderá ela ser aditada, dentro em 10 dias, pelo Ministério Público. Com ou sem aditamento do Ministério Público, a intervenção deste em todos os termos da ação penal privada é obrigatória, sob pena de nulidade, consoante a regra do art. 40, § 2.', da Lei n. 5.250, de 9-2-1967 (Lei de

Imprensa).

Se a ação penal for privada, ou pública condicionada à representação, o direito de queixa ou de representação deverá ser exercido dentro no prazo de 3 meses, a partir da publicação ou da transmissão da notícia incriminada. Tal prazo é de prescrição, e não de decadência. E

por dois motivos: primeiro, porque a lei assim o declara, e segundo, porque admite a possibilidade da sua interrupção, e, como se sabe, o prazo decadencial não se interrompe.

12. Os prazos prescricionais

Há três prazos prescricionais. Um é de 2 anos, a partir da data da publicação ou da transirússão incriminada. E a prescrição da ação penal.

Outro é de 3 meses (para a queixa ou representação), e, finalmente, o último, que é o prazo da prescrição da condenação. Havendo esta, a prescrição ocorre no dobro do prazo em que for fixada (Lei de Imprensa, art. 41).

1 , ~

Ao nosso estudo interessa, apenas, o prazo para o oferecimento da queixa ou para a feitura da representação. Tal prazo, como vimos, é de 3 meses e começa a fluir da data da publicação ou

transmissão incriminada. Embora, a rigor, devesse ser decadencial, porque afeta diretamente o direito de ação e só por via oblíqua é atingido ojuspuniendi, o certo é que o legislador, nesse caso singular, considerou-o como prescricional. E considerou-o não só expressamente, como também pelo fato de admitir a sua interrupção, porquanto os prazos decadenciais não se interrompem, e sim os prescricionais.

Assim, se decorrerem os 3 meses sem que haja interrupção e a queixa ou a representação não é apresentada, precluso ficou o direito, ou, na técnica do legislador, o direito ficou prescrito. E a interrupção desse prazo se verifica: a) pelo requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação e

até que este seja indeferido ou efetivamente atendido; b) pelo pedido judicial de declaração de inidoneidade do responsavel, até o seu julgamento. Desse modo, formulado o pedido de resposta retificativa (que deve ser exercido no prazo de 60 dias), fica interrompido o prazo para a queixa ou representação, até que o Juiz indefira a pretensão ou até que efetivamente seja a resposta publicada ou transmitida. Digase o mesmo quando se tratar de pedido judicial de declaração de inidoneidade do responsável (art. 39). Uma vez publicada ou transmitida a notícia incriminada, pode o ofendido fazer prova de que o autor ou responsável na ordem sucessiva (art. 37) é inidôneo. Nessas hipóteses, até que o Juiz julgue o pedido, a favor ou contra, o prazo ficará interrompido, contanto que não ultrapasse os 2 anos, que é o da ação penal.

Observe-se que, em ambos os casos, o prazo se interrompe. Não há suspensão, mas interrupção. Isto quer dizer que, após a manifestação do Juiz, o prazo recomeça ex novo e por inteiro. Mesmo haja recurso, como este não tem efeito suspensivo, aquele se reinicia com a decisão do Juiz.

Suponha-se que este não autorize a resposta. Havendo recurso com êxito, após o trânsito em julgado do acórdão, o prazo será reiniciado. Se autorizar, como eventual recurso não tem efeito suspensivo, o prazo aí se iniciará a partir da decisão. Diga-se o mesmo quando se tratar de pedido judicial para declaração de inidoneidade.

Assim, se o Juiz declarar o autor ou responsável inidôneo, já pode o ofendido mover ação contra o que suceder o declarado inidôneo, mesmo haja recurso.

Se, em eventual recurso, o Tribunal reformar a decisão de 1.a instância, somente após o trânsito em julgado é que se reiniciará o prazo de 3 meses para ser movida a queixa ou apresentada a

representação contra o primeiro responsável.

E se o Juiz rechaçar o pedido de declaração de inidoneidade e o ofendido, em grau de recurso, conseguir a reforma da decisão? Nesse caso, após o trânsito em julgado do acórdão, o prazo será reiniciado.

Frise-se, ainda, que, formulado com êxito o pedido de resposta, não fica elidido o direito de queixa ou de representação.

13. 0 procedimento

A denúncia ou queixa, como vimos, deve ser instruída com o exemplar do jornal ou periódico que publicou o escrito incriminado, ou, se se tratar de infração incriminada praticada por meio de radiodifusão, deverá o requisitório ser instruído com aquela

"notificação" a que nos referimos. Com a denúncia ou queixa, que deverá obedecer ao disposto no art. 41 do CPP, deverão ser indicadas as provas que se pretenda produzir.

Oferecida a denúncia ou queixa, poderá o Juiz rejeitá-la, nos casos previstos no art. 43 do CPP,,ou se não houver justa causa. Dessa decisão interlocutória cabe recurso de apelação (Lei de Imprensa, art. 44, §

2.').

Se vier a recebê-la, o recurso oponível. será o em sentido estrito (art.

44,

a

§ 2.', 2. parte), subindo em autos apartados, vale dizer, por instrumento.

Convém esclarecer que, antes de o Juiz se pronunciar sobre o recebimento ou rejeição da denúncia, deverá determinar a citação do réu para que apresente defesa prévia no prazo de 5 dias. Se ele não for encontrado, será citado por edital. com o prazo de 15 dias.

Decorrido este e mais o de 5 dias para a contestação, sem que esta tenha sido apresentada, será o réu declarado revel, e, nesse caso, o Juiz nornearlhe-á defensor, a quem caberá oferecer a prévia.

Nesta poderá o réu argüir quaisquer exceções processuais (CPP, arts.

95/112), exceção da verdade, se for o caso, preliminares de nulidade, se houver, bem como indicar as provas que pretenda produzir. Nessa contestação, deverá a defesa fazer um trabalho de fôlego, bem elaborado, com citação de jurisprudência, doutrina, analisando, minudentemente, a pretensão deduzida e os meios de convicção que serviram de base à acusação. Poderá o Juiz, convencido da sua improcedência, rejeitar a peça acusatória.

A lei não diz quantas testemunhas poderão ser arroladas pela acusação e defesa. Todavia, como o CPP é subsidiário (Lei ri. 5.250, de 912-1967, art. 48), poderá cada uma das partes (acusação e defesa) arrolar, no máximo, 8 testemunhas, se o crime for apenado com reclusão, e 5, se com detenção.

157

1

I

Se se tratar de crime de ação privada, após a contestação feita pelo querelado, será dada vista dos autos ao representante do Ministério Público para, na qualidade de fiscal da lei, opinar sobre a pretensão ajuizada, a defesa oferecida, podendo, inclusive, fazer aditamento (para incluir no requisitório outros partícipes da infração

...) .

Após a manifestação do Ministério Público (nos crimes cuja ação penal se iniciar mediante queixa) ou após a defesa prévia, nos demais casos, o Juiz poderá rejeitar ou receber a denúncia ou queixa.

Recebendo-a, designará data a fim de que o réu se apresente em dia e hora previamente designados, para ser qualificado. Se ele quiser, poderá ser interrogado. Após a simples qualificação, ou interrogatório, se houver, serão ouvidas as testemunhas de acusação e, a seguir, as de defesa. Ouvidas todas as testemunhas e realizadas as diligências acaso requeridas na peça acusatória, ou na defesa prévia, ou ordenadas, de ofício, as partes disporão do prazo de 3 dias para oferecer as alegações escritas (3 dias para cada uma das partes). Em seguida, virá a sentença. É óbvio que o Juiz, antes de prolatá-la, procurará sanar

as nulidades e mandará proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade.

Insta acentuar que o prazo para o oferecimento da queixa ou da representação é de 3 meses. A lei fala em 3 meses e não em 90 dias. Tal prazo deve ser contado segundo a regra contida no art, 10 do CP, e não nos termos do art. 798 e seus parágrafos do CPP. Inaplicável, também, a Lei n. 1.408, de 9-8-1951.

Se a decadência e a prescrição são institutos de Direito material e se a não-apresentação da queixa ou da representação, no prazo legal, acarreta a prescrição (como diz a Lei de Imprensa), incidindo sobre o jus puniendi, parece claro que a norma invocável a respeito de prazo para a feitura de uma ou outra é a prevista na lei penal, mesmo porque a contagem dos prazos, segundo o art. 10 desta, favorece mais o réu. Vejam-se, a propósito, RT, 186153, 411/323, 397/52, 391/318, 4271420; Basileu Garcia (Instituições, 1968, v. 1, t. 1, p.

191); Espínola (Código, cit., 1965, v. 9, p. 313).

Por outro lado, se com a publicação da notícia incriminada, ou com a sua transmissão, começa a fluir tal prazo, também começa a correr o lapso prescricional da ação penal, que é de 2 anos. Assim, publicada a notícia incriminada em janeiro, o ofendido disporá de 3 meses para fazer a queixa ou a representação. Se em março o ofendido requereu, judicialmente, a publicação da resposta e o incidente foi solucionado em abril, a partir daí recomeça o prazo para a queixa ou representação (porque houve a interrupção). Mas (e isto é apenas um exemplo), se a causa interruptiva do prazo para o 158

ou de representação fosse solucionada, decor-exercício do direito de queixa idos 2 anos apartir dapublicação da notíciajánão seriapossível apropositura da ação penal, porquanto dispõe a Lei de Imprensa que esta prescreve em 2 anos, a partir da publicação ou transmissão incriminada. 0 problema é idêntico ao que se passa no campo penal comum. Vejamos: se uma garota foi estuprada e somente 20 anos depois é que ficou sabendo quem foi o autor do crime, embora o prazo para a queixa ou representação se tenha iniciado a esta época, já não seria possível a instauração do processo, porquanto o crime de estupro é apenado com 8 anos no seu grau máximo, e de há muito extinta estava a punibilidade pela prescrição.

Mas, se o incidente foi solucionado 8 meses depois da publicação ou transmissão

da notícia, e a queixa ofertada dentro nos 3 meses que se seguiram à solução, o despacho do Juiz, recebendo a peça inaugural da ação penal, constitui-lhe causa interruptiva da prescrição.

Já agora os 2 anos serão contados da data do despacho liminar positivo.

Reiteradas são as decisões da Suprema Corte rjo sentido de serem aplicadas à Lei de Imprensa as regras contidas no art. 117 do CR

Veja-se, a propósito, a alusão aos vários precedentes do Excelso Pretório indicados na RTJ, 541224.

14. Crimes eleitorais

Há infrações eleitorais apenadas com reclusão, com detenção ou simplesmente com multa. Em qualquer desses casos, o procedimento é um só.

A única diferença descansa no número de testemunhas que devam ser arroladas, quer pela acusação, quer pela defesa. 0 Código Eleitoral silencia. Todavia, determinando no art. 364 que, no processo e julgamento das infrações eleitorais e das comuns que lhes forem conexas, aplicarse-á subsidiária ou supletivamente o CPP, podemos então afirmar que, se a infração for apenada com reclusão, poderão as partes arrolar 8 testemunhas (8 para a acusação e 8 para a defesa); se apenada com detenção, o número diminui para 5, e, se se tratar de contravenção, o número será de 3, aplicando-se, pois, os arts.

398, 539, § 1.', e 533 do CPR

Quaisquer que sejam as infrações eleitorais, a ação penal será sempre pública e devera ser promovida pelo representante do Ministério Público que atuar perante o órgão competente para o processo e julgamento. Assim, se a competência for do Tribunal Regional Eleitoral (TRE), a atribuição para a denúncia é do Procurador da República que atuar no respectivo Estado, e, se a competência for dos Juízes eleitorais, dos Promotores de Justiça que atuarem junto a esses Juízes.

Nos termos do art. 356 do Código Eleitoral, todo cidadão que tiver conhecimento de infração penal da competência da Justiça eleitoral deverá

comunicá-la ao Juiz da zona onde esta se verificou. Se a delatio for verbal, deverá o Juiz eleitoral determinar seja ela reduzida a termo, que será assinado pelo Juiz, pelo apresentante e por duas testemunhas. Em seguida, aquela peça será encaminhada ao representante do Ministério Público, que, se julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou outros elementos de convicção, deverá requisitálos de quaisquer autoridades ou funcionarios que possam fornecê-los.

Recebidas as peças de informação ou a "comunicação" e se não convencido da existência da infração, poderá o representante do Ministério Público requerer, motivadamente, o seu arquivamento, e, se o Juiz discordar das razões invocadas, fará remessa daquelas ao Procurador da República que atuar junto ao TRE, cabendo-lhe oferecer a denúncia ou designar outro- Promotor para oferecê-la, ou insistir no pedido de arquivamento, ao qual, só então, estará o Juiz obrigado a atender (Código Eleitoral, art. 357, § 1.').

E se o Promotor não oferecer denúncia no prazo legal? Esse prazo, nos termos do art. 357, é de 10 dias. Embora a lei não faça distinção, cremos que, se houver flagrante e o infrator ficar preso (e é possível - vejamse a propósito o art. 236 e seus paragrafos), tal prazo será de 5 dias. Esgotado este, sem que tenha sido ofertada a denúncia, as conseqüências serão: a) o Promotor será responsabilizado, pois, nos termos do art. 342 do Código Eleitoral, constitui crime o fato de não oferecer ele denúncia no prazo legal ou deixar de promover a execução de sentença condenatória, cujo prazo é de 5 dias; b) a Autoridade Judiciária fará contra ele representação ao Procurador da República, junto ao TRE, para as medidas disciplinares cabíveis; c) o Juiz solicitará ao Procurador da República a designação de outro Promotor para oferecê-la; d) se o Juiz, no prazo de 10 dias, não fizer a representação contra o Promotor desidioso, qualquer eleitor poderá provocáIa. Se o réu estiver preso, poderá impetrar ordem de habeas corpus.

Para a rejeição da denúncia, observar-se-á a mesma regra do art. 43 do CPR

Recebida a denúncia e citado o infrator, terá este o prazo de 10 dias para contestá-la, podendo juntar documentos que ilidam a acusação e arrolar testemunhas. Feita a contestação ou esgotado o prazo, sem que tenha sido oferecida, o Juiz designará data para a ouvida das testemunhas de acusação e de defesa, podendo, antes ou depois dessa audiência, determinar a realização das

diligências acaso requeridas pelas

160

partes ou por ele próprio ordenadas. Em seguida, abrir-se-á vista dos autos à acusação, pelo prazo de 5 dias, e a seguir a defesa, pelo mesmo prazo, para apresentarem as alegações finais. Concluída a fase probatória, os autos serão conclusos ao Juiz, que disporá do prazo de 10

dias para prolatar a sentença.

Não há interrogatório.

Diz o art. 364 que, também, em matéria recursal, aplica-se, subsidiária e supletivamente, o CPP. Assim, oponíveis serão os recursos em sentido estrito nos casos previstos no art. 581 do CPP, o recurso de apelação (cujo prazo para interposição é de 10 dias - art.

362), embargos infringentes ou de nulidade, embargos declaratórios, carta testemunhável. Cabíveis, também, a "ação de revisão" e o habeas corpus.

Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso nas hipóteses tratadas nos itens 1, 11, 111, IV e V do § 4.' do art. 121

da CF. Quer-nos parectr que na hipótese prevista no inc. I, primeira parte, o recurso deve ser dirigido ao STF, nos termos do art. 102, 111, a, da CF, e o prazo para a sua interposição deve ser de 15

dias, consoante dispõe a Lei n. 8.038190, porquanto visa o recurso a levar à Suprema Corte umafederal question de natureza constitucional, e, nesse caso, extraordinário é o recurso. Pelo menos por ora. Explica-se: o art. 121, caput, da CF dispõe que Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos Tribunais Eleitorais, dos Juízes e das Juntas. E, como até hoje não foi ela promulgada, observar-se-á o disposto no art. 102, 111, a, da Magna Carta. Nem se pode nem se deve, no particular, falar em "recepção" do Código Eleitoral pela Carta de 1988. E não se pode porque o Código Eleitoral, no art. 276, não cuida de recurso para combater decisão "contra expressa disposição da Constituição". Na hipótese tratada na segunda parte do inc. 1 e no inc. 11, o recurso, que o Código Eleitoral denomina "especial", deve ser interposto no prazo de 3

dias, e dirigido ao TSE, consoante dispõe o art. 276 do Código Eleitoral, mesmo em se tratando de decisão denegatória de habeas corpus. Aqui se pode falar em recepção. Não confundir o recurso de que trata o art. 276 do Código Eleitoral com o recurso especial de que trata o art. 105 da CF. Aquela denominação é antiga. Evidente que, na próxima reforma do Código Eleitoral, outra será a denominação. E

se o TRE conceder a ordem de habeas corpus com infringência de norma constitucional? Quer-nos parecer que o recurso oponível é o extraordinário. E se violentar a lei federal ou tratado? Nesse caso prevalece a compe-161

tência do TSE, não só porque ele é Tribunal Superior da República, como, também, porque houve previsão no Código Eleitoral e, nesse caso, conforme vimos, foi ele recepcionado. Nas hipóteses previstas nos incs. III, IV e V do § 4.' do art. 121 da CF, o recurso é denominado

"ordinário", e o prazo é o mesmo, de 3 dias.

Observação. Nas infrações eleitorais, recebida a denúncia e citado o infrator, terá este o prazo de 10 dias para contestá-la, podendo juntar documentos, arrolar testemunhas e requerer diligências. 0

prazo para a contestação, à míngua de preceito expresso, obviamente deverá ser contado a partir da juntada do mandado devidamente cumprido.

Em se tratando de precatória, a partir da juntada aos autos da carta regularmente cumprida. Aplica-se, pois, por força do art. 3.' do CPP, a regra contida no art. 241 do CPC. Por outro lado, deixa entrever o art. 360 do Código Eleitoral possa apenas o Ministério Público, quando da denúncia, requerer diligências. E claro que a defesa também o pode, quando da contestação. Do contrário ficaria lesionada a regra da igualdade das partes, corolário lógico do princípio constitucional do contraditório. Ademais, em face do art. 364 do Código Eleitoral, nada obsta, também, possam as partes, na fase das alegações, sugerir ao Juiz a realização de diligências, cuja necessidade ou conveniência para o esclarecimento da verdade se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução.

15. Crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais Até há pouco tempo, entendia-se, em face mesmo do enunciado da lei, que os crimes definidos no art. 1.0 do Decreto-lei n. 201/67 eram de responsabilidade, e por isso, quando o Prefeito deixava o cargo, não se instaurava o respectivo processo, a menos que o crime fosse previsto, também, no Código Penal, pois, do contrário, bastaria o Prefeito abandonar o cargo e... ficaria livre do processo.

Contudo, o STF, em sessão plenária realizada aos 22-11-1994, apreciando o Habeas Corpus n. 71.991-1-MG, e tendo como precedente o Habeas Corpus n.

70.67 1 - 1 -PI, decidiu que "os crimes de responsabilidade, tipificados no art. 1.' do Decreto-lei n. 201167, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara de Vereadores (art.

L'), e o processo é o comum do CPP, com pequenas modificações (art. 2.").

No art. 4.', o Decreto-lei n. 201167 cuida das infrações político-administrativas

dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara de Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas crimes de responsabilidade. A ação penal contra prefeito municipal por crime tipificado no art. 1.0 do Decreto-lei n. 201/67 pode ser instaurada mesmo apos a extinção do mandato. Revisão da jurisprudência do STF"

(DJU, 2-3-1995). No mesmo sentido a v. decisão do STJ, de que foi relator o eminente Min. Assis Toledo, proferida aos 14-12-1994 e publicada no DJU

de 20-2-1995.

Assim, compete ao Tribunal de Justiça, nos termos do art. 29, X, da Constituição Federal, processar e julgar os Prefeitos Municipais nos crimes definidos no art. 1.' do Decreto-lei n. 201/67, porquanto se trata de crimes comuns. Quanto aos de responsabilidade, e são aqueles definidos no art. 4.' do citado diploma, em face mesmo do princípio da simetria, não podem ser apreciados pelo Tribunal de Justiça, e, sim, pela própria Câmara de Vereadores.

A Magna Carta fala em julgamento do Prefeito. Não fez nenhuma restrição.

Assim, seja crime comum, seja federal, eleitoral ou militar, a competência será sempre do Tribunal de Justiça. Ainda que se trate de contravenção, mesmo porque quem pode o mais, pode o menos. E

quanto aos crimes de responsabilidade? Vimos que a Suprema Corte e o Colendo Superior Tribunal de Justiça reconhecem, hoje, que os crimes de responsabilidade dos Prefeitos são apenas aquelas infrações político-administrativas punidas somente com a perda do cargo e que estão definidas no art. 4.' do Decreto-lei n. 201/67.

Sendo assim, evidente que o impeachment compete apenas à Câmara de Vereadores. Se o impeaclunent do Presidente da República e dos Governadores não é da competência do Poder Judiciário, obviamente o do Prefeito também não o poderá ser, cabendo à Câmara de Vereadores, nos termos do Decreto-lei n. 201167.

Quanto ao procedimento a ser observado, é o mesmo previsto na Lei n.

8.038190 c/c a Lei n. 8.658/93, e que uniformizaram o procedimento da ação penal originária, seja do STF, STJ, TRF, TRE, seja dos Tribunais de Justiça, ficando assim revogados os arts. 556 a 562

do CPP.

0 art. 29, X, da Constituição fala em julgamento. Só o julgamento fica afeto ao Tribunal de Justiça? Obviamente não. Se devêsse-163

1

19

mos interpretar o item X do art. 29 da CF restritivamente, seríamos, por coerência, obrigados a dizer que, por força do art 96, 111, da Magna Carta, Juízes e Promotores não serão "processados" pelo Tribunal de Justiça, mas apenas "julgados".

Quando a Constituição fala em julgamento afeto a Tribunais, a expressão abrange, indisfarçadamente, o processo.

Contudo, quer-nos parecer que algumas normas devem ser observadas quando se tratar de crime de responsabilidade. Assim, se o Relator vier a receber a denúncia, deverá ele, obrigatória e motivadamente, manifestar-se sobre o afastamento do réu do exercício do cargo durante a instrução criminal, nos termos do art. 2.', 11, segunda parte, do Decreto-lei n. 201, de 27-2-1967. Além desta, há outras, todas previstas no Decreto-lei n. 201. Assim: A) Os órgãos federais, estaduais ou municipais, interessados na apuração da responsabilidade do Prefeito, podem, também, requerer a abertura de inquérito policial ou a instauração da ação penal pelo Ministério Público, bem como intervir, em qualquer fase do processo, como assistente de acusação. Trata-se, evidentemente, de uma esdruxularia, pois, se a ação penal está a cargo do Ministério Público, que representa o Poder Público, não faz sentido venha este, por meio de outro órgão -por sinal não especializado -, ser-lhe assistente.

B) Note-se que, embora a lei fale em crime de responsabilidade cometido por Prefeitos Municipais, o procedimento traçado no referido decreto-lei é aplicável ao Vice-Prefeito ou a quem vier substituir o Prefeito, assim como previsto no art.

3.' do citado diploma.

E na hipótese de o Prefeito cometer um daqueles crimes referidos no art. 109 da CF? Será julgado pelo Tribunal de Justiça. Tais crimes não são da competência da Justiça Federal? Obviamente.

São da alçada da Justiça Federal, porque a Constituição assim dispôs. Logo, nada impede possa a Constituição excepcionar a si própria...

Assim, se o crime for praticado por Prefeito, Membro do Ministério Público, Juiz... a competência será do Tribunal de Justiça. E se se tratar de crime eleitoral? Ainda assim pensamos que a competência será do Tribunal de Justiça, a menos que a legislação eleitoral venha a fixar norma a respeito. Observe-se que, na vigência da Emenda Constitucional n. 1/69, o art. 144, § 1% conferia ao Tribunal de Justiça competência para processar os membros do Tribunal de Alçada e Juízes de instância

inferior, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Não houvesse a ressalva, até mesmo pelos crimes eleitorais responderiam eles perante o Tribunal de Justiça. Mutatis mutandis, é o que se dá com o Prefeito Municipal. A Constituição determina que as Leis Orgânicas dos Municípios estabeleçam a competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeito.

Não ressalvou a competência da Justiça Eleitoral. Logo, responderá ele por esse crime perante o Tribunal de Justiça. A Excelsa Corte já decidiu: 440 preceito constitucional referido (art. 29, VIII - rectius: X) erigiu o Tribunal de Justiça do Estado à condição irredutível de juiz natural dos prefeitos municipais nos processos penais condenatórios, qualquer que seja a natureza da infração penal a eles imputada" (RT, 651/369).

No mesmo sentido, ainda do STF o v. aresto publicado na RT, 647/ 366.

Mais recentemente, o*colendo STJ, julgando o Habeas Corpus n. 1.045-0/RS, assim decidiu:

"0 'Habeas Corpus', ação constitucional, é idôneo para fazer eficaz o juízo

natural. Ninguém está obrigado a ver-se processar e julgar por juízo incompetente. A Constituição da República (art. 29, VIII

- rectius: X) emitiu norma cogente. Firmou o juízo natural, no caso de Prefeito Municipal. Não há que se fazer distinção, ademais, quanto à espécie de infração imputada. Competência de comando constitucional, fixada em razão da função" (v. un., DJU, 27-4-1992, p.

5506).

Sem embargo, o STJ já entendeu que o Prefeito Municipal, no crime contra a Previdência Social, deve ser processado pelo TRF (DJU, 8-3-1991, p.

4096). E, em se tratando de crime eleitoral, a competência é do TRE (DJU, 18-6-1990, p. 5679, e DJU, 6-8-1990, p. 7319).

E esse tem sido o entendimento dominante.

No Estado de São Paulo, de acordo com o Assento Regimental n. 143, de maio de 1989, do Eg. Tribunal de Justiça, o julgamento dos Prefeitos competirá a uma das Câmaras Criminais, que funcionará como se fora o Plenário. 0 Relator designado funcionará como Juiz Preparador, desde a distribuição do Inquérito até o recebimento da denúncia. Aliás, a Constituição atribuiu o julgamento ao Tribunal de Justiça, e este é representado, também, pelas suas Câmaras...

16. Entorpecentes

Os crimes de tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, definidos no art. 281

do CP, com a redação dada pelos arts. 12, 13, 14, 15, 16 e 17

da Lei ri. 6.368, de 21-10-1976, a despeito de apenados com reclusão ou detenção, apresentam uma única forma procedimental, pouco importando haja ou não prisão em flagrante.

Na vigência da Lei n. 5.726, todos os crimes pertinentes a entorpecentes eram

apenados com reclusão, e, se houvesse prisão em flagrante, o procedimento era sumarássimo. Do contrário, o procedimento era o comum para os crimes apenados com detenção. Hoje, contudo, em face da lei em vigor, há crimes apenados com reclusão (a maioria) e outros apenados com detenção (v. Lei n.

6.368/76, arts. 15, 16 e 17).

Sem embargo, o procedimento é um só, haja ou não prisão em flagrante. A única diferença está no prazo para a conclusão da investigação policial.

Assim, não tendo havido prisão em flagrante, teremos a seguinte seqüência: a) elaboração e remessa dos autos do inquérito policial a juízo, dentro de 30 dias; b) recebidos os autos e feita a distribuição, será aberta vista, por 3 dias, ao órgão do Ministério Público, que, se for o caso, oferecerá denúncia, podendo arrolar, no máximo, 5 testemunhas e requerer diligências; c) juízo de admissibilidade, podendo o Magistrado proferir despacho linúnar negativo (rejeição da peça acusatória) ou positivo; d) recebendo a peça vestibular da ação penal, o Juiz, em 24 horas, ordenará a citação do réu e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 5 dias seguintes; e) no interrogatório, além das perguntas que normalmente se fazem ao réu (CPP, art. 188), o Juiz lhe indagará sobre eventual dependência, advertindo-o das consequencias de suas declarações; J) após o interrogatório, será aberta vista dos autos à defesa para, no prazo de 3 dias, oferecer alegações preliminares (defesa prévia), arrolar testemunhas (no máximo 5) e requerer diligências; se houver mais de um réu, o prazo será comum e, de conseqüência, correrá em cartório; g) despacho saneador, em 48 horas, ordenando o Juiz as diligências que entender necessárias e designando para um dos 8 dias seguintes audiência de instrução e julgamento, notificando-se, para tanto, o réu e as testemunhas (de acusação e defesa), o defensor e o órgão do Ministério Público, bem como cientificando-se a Autoridade Policial e os órgãos de que dependa a remessa de peças

não constantes dos autos; h) na audiência, após a ouvida da última testemunha, será dada a palavra ao órgão do Ministério Público e ao defensor, pelo tempo de 20 minutos para cada um, prorrogável de mais 10, a critério do Juiz, que, em

seguida, proferirá sentença. Se o Juiz não se sentir habilitado a julgar de imediato a causa, fá-lo-á no prazo de 5 dias. (Na hipótese de ter sido determinado exame para comprovação de dependência física ou psiquica, cumprirá ao Juiz, no saneador, designar a audiência que se realizará 30 dias após.)

Se houver prisão em flagrante, deverá a Autoridade Policial comunica-Ia, incontinenti, ao Juiz, nos termos e para os fins do art. 5.', LXII, da CF

e do art. 21 da Lei n. 6.368, de 21-10-1976, e, dentro de 5 dias, cumprir-lhe-á remeter os autos respectivos. Feita a remessa, o procedimento será o mesmo para a hipótese de encontrar-se o réu em liberdade.

Veja-se, ainda, logo abaixo, no verbete Observações, a letra "E".

Observações:

A

A) Quando a Autoridade Policial remeter ajuízo os autos do inquerito ou da prisão em flagrante, se houver diligências ainda por realizar -

elaboração do laudo de exame toxicológico, de dependência (se necessário) - deverá determiná-las, remetendo as respectivas peças a juízo para juntada aos autos, até a audiência de instrução e julgamento.

B) Para a validade dos autos de prisão em flagrante, toma-se necessaria a prova de materialidade do fato. Neste caso, deverá a Autoridade Policial diligenciar ajuntada ao auto de prisão em flagrante de laudo de constatação da natureza da substância. Poderá ser firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea, escolhida de preferência entre as que tiverem habilitação técnica. Assim, o § 1.' do art. 22 da Lei n. 6.368176, no particular, expressamente cuida da nomeação de perito único para a feitura desse laudo. Nenhuma aplicação terá, nessa hipótese, a Súmula 361 da Excelsa Corte.

Contudo esse laudo, de mera comprovaçao ou verificação da natureza da substância, e provisório. Tratase de excelente providência, para impedir que autoridades policiais tomem a nuvem por Juno. Sem ele, o auto de prisão em flagrante se desnatura. Ao lado das formalidades legais exigidas para todo e

qualquer caso de lavratura de auto de prisão em flagrante previstas no CPP, a vigente Lei de Tóxicos, para as hipóteses nela tratadas, acrescentou mais aquela. Insta acentuar que a Autoridade Policial deve diligenciar

esse laudo, quando da lavratura do auto. Textualmente, diz o § 1.' do art. 22 da Lei n. 6.368: "Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante Assim, quando a Autoridade Policial fizer a remessa incontinenti da cópia do auto de prisão em flagrante, deverá, também, encaminhar cópia daquele laudo, exatamente para o Juiz constatar se a prisão foi ou não legal. De fato. Suponha-se que alguém seja preso em flagrante em virtude de terem sido encontrados em seu poder al guns ramos de uma erva medicinal e a Autoridade Policial, perfas ou per nefas, entenda tratar-se de substância entorpecente. Remetida a cópia do auto de prisão, sem o laudo, não teria o Juiz condiçoes para relaxar a prisão, sob esse ângulo, vindo a fazê-lo mais tarde, com a remessa do laudo de exame toxicológico.

Também o oferecimento de denúncia, quer o indiciado esteja preso, quer solto, fica condicionado à apresentação daquele laudo provisório, de mera constatação da natureza da substância apreendida.

Tratase, pois, de condição de procedibilidade.

C) Oferecida a denúncia com base nesse laudo provisório, nem por isso o de exame toxicológico se torna desnecessário. Sem este não poderá haver julgamento. Poderá haver demora na sua remessa a juizo, mas até a audiência de instrução e julgamento deverá ele ser juntado aos autos. Trata-se, agora, de condição de procedibilidade imprópria. 0 laudo provisório é necessario para a oferta da denúncia.

Se o definitivo vier com os autos do inquérito, melhor. Não vindo, urge, pelo menos, o provisório, como condição para a propositura da ação. Já o definitivo é condição para o julgamento, como se constata pela leitura do § 2.' do art. 22 e do art. 25 da Lei n. 6.368/76.

Outra particularidade: se o laudo provisório for apresentado por perito oficial, não ficará este impedido de participar da elaboração do definitivo. A lei diz: "de

participar", numa demonstração inequívoca de que ele deverá ser elaborado por dois peritos. Se houver perito único, nulo sera o laudo, consoante a Súmula 361 e o art. 22, § 1%

da Lei de Tóxicos.

D) Durante a feitura do inquérito, deve haver o maior sigilo possível. Os registros, documentos ou peças de informação, bem como os autos de prisão em flagrante e os de inquérito policial para apuração dos crimes de que trata a Lei n. 6.368/76, serão mantidos sob sigilo, ressalvadas, para efeito exclusivo de atuação profissional, as prerrogativas do Juiz, do Ministério Público, da Autoridade Policial e do Ad-168

I~ I h ,

w~I

desta lei:

vogado, na forma da legislação específica. Entretanto, uma vez instaurada a ação penal, ficará ao prudente arbítrio do Juiz a sua manutenção. É o que determinam o art. 26 e seu respectivo parágrafo único.

Tão rigoroso é este sigilo que a própria lei supracitada erigiu à categoria de crime a sua violação. A propósito o art. 17:

"Violar de qualquer forma o sigilo de que trata o art. 26

Pena - detenção, de dois a seis meses, ou pagamento de vinte a cinqüenta dias-multa, sem prejuízo das sanções administrativas a que estiver sujeito o infrator".

Não se trata de sigilação visando à elucidação do fato, que, aliás, todos os inquéritos devem guardar, nos termos do art. 20 do CPP, mas de providência destinada, precipuamente, a proteger a pessoa do indiciado, tendo em vista os reflexos negativos que um processo por essa infração exerce na vida do cidadão. kesmo instaurada a relaçao processual, deve o Juiz manter o sigilo. Diz a lei que o Juiz disporá do prudente arbítrio para mantê-la ou revogá-la.

E) Em se tratando de crime definido nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n.

6.368/76, todos os prazos procedimentais serão contados em dobro (art. 10

da Lei n. 8.072, de 27-7-1990).

F) Se, porventura, houver conexão ou continência entre um crime definido na lei que ora se comenta e outra infração qualquer, observarse-a o seguinte:

a) prevalecerá o procedimento traçado para a infração mais grave, se todas forem da competência da Justiça Comum Estadual; b) se a conexão ou continência se der com uma infração da alçada do Tribunal do Júri, a competência será deste, e, obviamente, o modus procedendi é o traçado para os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados;

c) no concurso de jurisdições comum e especial, prevalecerá esta, excluída a Justiça Militar, porquanto, nos termos do art. 124 da Magna Carta, não tem a Justiça Castrense competência para julgar outras infrações que não as ali traçadas (Lei n. 6.368, de 21-10-1976, art. 28).

169

e,

G) Tratando-se de crime de tráfico de entorpecente com o exterior, o processo e julgamento caberão à Justiça Estadual, com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de Vara da Justiça Federal, com recurso para o TRE A regra, aparentemente, conflita com o art. 109, V, da Lei Maior. Contudo o art. 109, § 1% do mesmo estatuto basilar lhe confere foros de legalidade.

Assim, se alguém, em Jaú, Estado de São Paulo, receber uma partida de cocaína, proveniente da Bolívia, e vier a ser preso naquela cidade, deverá nela ser processado e julgado pela Justiça local, porquanto naquela comarca não há órgão jurisdicional da Justiça Federal.

Todos sabemos que as sedes das Varas da Justiça Federal, de regra, são as capitais dos Estados.

H) A Lei ri. 6.368, de 21-10-1976, prevê crimes apenados com reclusão e detenção. Somente estes admitem fiança, com as restrições impostas nos arts.

323 e 324 do CPP. Há, contudo, grandes particularidades: 1.`) a autoridade que a conceder ou negar deverá fundamentar a decisão; 2.') o valor da fiança oscila entre Cr$ 500,00 e Cr$ 5.000,00, como se constata pelo § 1.0 do art. 30 da citada Lei (note-se que esses valores são aqueles que vigiam em 1976). Nenhuma aplicação tem, aqui,

o disposto no art. 4.' da Lei n. 6.416, de 24-5-1977, que tornou atuais os valores da fiança, uma vez que, na hipótese enfocada, já houve a atualização. Aquela lei quis referir-se às importâncias fixadas quando da vigência do CPP, em 1942... Não se pense, contudo, que os valores estabelecidos para a fiança, na Lei ri. 6.368176, em face da inflação que a todos sufocou, se tornaram irrisórios. Por isso mesmo o § 2.0 do art. 30 desse diploma legislativo dispôs: "Aos valores estabelecidos no parágrafo anterior aplicar-se-á o coeficiente de atualização monetária referido no parágrafo único do art. 2.' da Lei ri. 6.205, de 29 de abril de 1975". Desse modo, se em julho de 1990

alguém devesse prestar fiança por crime definido na Lei ri. 6.368/76 e a autoridade a arbitrasse em Cr$.... cumprir-lhe-ia proceder à atualização monetária, tomando como referência a data da concessão da fiança, isto é, julho de 1990; 3.') se a infração for apenada com reclusão, descabe a fiança, nos termos do art. 2.', 11, da Lei ri.

8.072, de 25-7-1990; 4.') se o agente for menor e a pena cominada de detenção, poderá a Autoridade Policial, verificando não ter ele condições de prestá-la, determinar o seu recolhimento domiciliar na residência dos pais, parentes ou de pessoa idônea, que assina-170

rão termo de responsabilidade. Contudo tal recolhimento será sempre ad referendum do Juiz competente, que poderá mantê-lo, revogá-lo, ou, simplesmente, optar pela liberdade provisória sem fiança, como lhe faculta o disposto no parágrafo único do art. 3 10 do CPP, acrescido pela Lei ri. 6.416177.

Se qualquer desses benefícios for revogado, determinará o Juiz a expedição de mandado de prisão, e, se o agente não for encontrado, o processo correrá à sua revelia, após a citação ou intimação, por edital, pelo prazo de 5 dias.

A Lei ri. 6.368, de 21-10-1976, foi um tanto severa, no particular, porquanto deixou entrever que a liberdade provisória sem fiança, ou o recolhimento

domiciliar, é privilégio do agente menor de 21

anos. Segundo a referida lei, os maiores de 21, se pobres, não poderão gozar do benefício a que se refere o art. 350 do CPP. Entretanto, com o advento da Lei ri. 6.416/77, poderão os maiores de 21 anos (e até mesmo os menores) invocar, em seu pPol, o benefício previsto no parágrafo único do art. 310 do estatuto processual penal, porque lei posterior.

1) 0 réu condenado por infração dos arts. 12, 13 ou 14 da Lei Antitóxico não Poderá apelar em liberdade, sem recolher-se à prisão, nos termos do art. 35 da referida Lei. A pena imposta ao autor do tráfico ilícito, bem como aos autores dos crimes hediondos, será cumprida, integralmente, em regime fechado, na dicção do § 1.' do art.

2.' da Lei ri. 8.072, de 25-5-1990. Quanto ao direito de apelar em liberdade, a lei por último citada dispôs no § 2.' do seu art. 2.' a regra segundo a qual o Juiz pode, fundamentadamente, permitir que o traficante apele em liberdade. Sem embargo, continuamos entendendo que qualquer criminoso so não poderá apelar em liberdade, se por acaso o Juiz, em decisão fundamentada, assim o disser. Senão, não. É assim que dispõe o art. 5.', LXI, da Constituição. E fundamentar não é indicar o dispositivo legal. Do contrário, para decretar a prisão preventiva o Juiz se limitaria a indicar os dispositivos legais... Há entendimento, também, no sentido de que o art. 1% § 1% da Lei dos Crimes Hediondos não revogou o art. 35 da Lei Antitóxico. Mas, se o art.

13 da citada lei revogou as disposições em contrário, e, uma vez que o art. 35 da Lei Antitóxico contraria a disposição do § 2.' do art. 2.' já referido, evidentemente houve revogação. 0 fato de o art. 35

não ter sido expungido do corpo da Lei Antitóxico nada significa, pois é da nossa tradição revogar-se uma disposição e ela continuar no corpo do diploma que a continha.

Vejam-se a propósito os arts. 556 a 562 (o procedimento aí previsto não se aplica mais ao STF ..), 581, XVII, XXII, XXIII, XXIV (as decisões aí referidas não mais comportam recurso em sentido estrito, e sim agravo em execução, nos

termos do art. 197 da LEP), 640 (embora tal dispositivo deixe entrever poder ser requerida carta testemunhável quando da denegação de recurso extraordinário, desde 1958, com o advento da Lei n. 3.396, de 2 de junho desse ano, oponível será o agravo ...), e, assim como esses, outros dispositivos do estatuto processual penal. Até hoje o CPP mantém a denominação "Tribunal de Apelação"...

J) Quando da elaboração do inquérito, deverá a autoridade, em despacho fundamentado (nada obstando que o faça no próprio relatorio), proceder à classificação legal do fato, e, para tanto,

cumprir-lhe-á atentar para a natureza e quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão (se for o caso), bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Tais circunstâncias deverão ser mencionadas concretamente. Nada impede, contudo, que o Ministério Público venha a divergir, dando outra classificação, ou mesmo requerendo o arquivamento. Natural, também, possa o Juiz dar-lhe nova definição jurídica. Tal exigencia velo, em parte, atender aos reclamos de Hélio Sodré (cf. A polícia, os tóxicos e a justiça, Ed. Rio, 1973).

K) Nos termos do art. 19 da Lei n. 6.368/76, é isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psiquica proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Entretanto, se, por qualquer das circunstâncias previstas no citado artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, pouco importando a infração cometida, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Na hipótese do art. 19, comprovando-se, pela perícia oficial, que a infração fora cometida em razão da dependência, ordenará o Juiz seja o agente submetido a tratamento médico, que poderá ser levado a cabo em regime de internação hospitalar ou simplesmente ambulatorial, tudo

dependendo do quadro clínico do dependente ou da natureza de suas manifestações psicopatológicas. Entretanto, na hipótese de o agente frustrar, de algum modo, tratamento ambulatorial, ou cometer nova infração penal em razão da dependência, nas condições do art. 19, poderá o Juiz determinar que o tratamento seja feito em regime de internação hospitalar, até a sua recuperação.

L) Para o viciado, o que "adquire, guarda ou traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar", a pena é de detenção de 6 meses a 2

anos e multa de 20 a 50 dias-multa. 0 montante do dia-multa será fixado segundo o prudente arbítrio do Juiz entre o mínimo de Cr$ 25,00 e o máximo de Cr$ 200,00. Trata-se, aqui, de cruzeiro antigo...

Como o valor do diamulta é o vigorante à época do fato, cumprirá ao contador atualizá-la monetariamente.

4

M) Para os réus condenados à pena de detenção, pela prática de crime previsto na Lei n. 6.368/76, o prazo para requerer a reabilitação será de 2 anos.

N) Para os fins da Lei n. 6.368/76, serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.

0 emprego do verbo no futuro - "serão", "forem" - não traduz a idéia de que a instauração do processo ficará na dependência da especificação das substâncias a ser feita. 0 legislador quis, apenas, não só considerar como tais as já conhecidas, mas também outras que poderão vir a ser. Enfim: quis deixar em aberto o rol das substâncias entorpecentes ou que provocam dependência física ou psíquica, de molde a possibilitar o acréscimo de outras ao elenco das já existentes.

0) Se a perícia oficial reconhecer que o agente, em virtude de dependência, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter

criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o Juiz o absolverá, sujeitando-o, contudo, a tratamento ambulatorial. E o que se infere do art. 29 e do seu respectivo § 3.'. Se ele frustrar o tratamento ambulatorial, poderá o Juiz determinar o seu internamento até a recuperação.

173

I ~ ~~ ~1 ~1~ ~~

P) As multas estabelecidas na Lei n. 6.368, de 21-10-1976, foram devidamente reajustadas para o presente e futuro (Lei citada, art. 38, §

2.'), de sorte que nenhuma aplicação poderá ter, na hipótese, o art. 4.' da Lei n. 6.416, de 24-5-1977. Ademais, o referido ari 4.'

determinou o reajustamento dos valores monetários previstos no CPP, CP e Lei das Contravenções, com suas modificações, para o padrão cruzeiro, na proporção de um por dois mil. Ora, a Lei n. 6.368n6

não só procedeu ao reajustamento para o cruzeiro como também à sua atualização. Por outro lado, o critério adotado para imposição de multa, segundo a Lei n. 6.368n6, é o mesmo adotado pelo CP vigente (art. 49, caput), com uma diferença: o valor do dia-multa na Lei Antitóxico oscila entre Cr$ 25,00 e Cr$ 250,00. Observe-se: esse cruzeiro era o existente antes do Plano Cruzado. Assim, como, nos termos dos §§ 2.' e 3.' do art. 38 da citada Lei, o valor do dia-multa deve ser o vigorante à época do fato, cumpre ao contador, 10 dias após o trânsito einjulgado para a defesa, proceder à liquidação. Para tanto, deverá ver a época do fato. Digamos: fevereiro de 1994. Que multa foi imposta? 20 dias-multa, no seu grau mínimo, equivalentes a Cr$ 500,00 (quinhentos cruzeiros antigos). Transformados em real, moeda atual, procura-se passar o quantum encontrado em BTN, considerando-se o seu último valor (126,8621). Encontrado o número dos BTNs, multiplica-se pelo valor atual do BTN mais a TR, nos termos do art. 5.' da Lei n. 8.177, de L'-3-199 1, levando em conta o valor do mês anterior. Feito isto, será conhecido o valor da multa.

Q) Quanto à indagação sobre dependência que o Juiz deve fazer ao interrogado, é de observar que sua relevância está no fato de, afirmativa a resposta, poder ele sujeitar-se ao exame de dependência, que, conforme as circunstâncias, culminará

com a sua internação, absolvição ou redução da pena.

R) Instaurado o processo por tráfico (arts. 12, 13 ou 14), como o prazo do procedimento foi dobrado, temos que a instrução deverá estar concluída dentro em 76 dias, sob pena de evidente

constrangimento.

S) Os crimes de tráfico de entorpecentes não admitem anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisoria, nos termos do art. 2.' da Lei n.

8.072, de 25-7-1990.

Cumpre observar que, não obstante o art. 1% 1 e 11, dá Lei n. 8.0721 90, disponha que "os crimes hediondos, a prática da tortura, o trtífico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória", não se deve

deslembrar não existir nenhuma figura delitual penal com o nomenjuris de

"tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". Por isso, como traficar é mercadejar, vender, expor à venda, importar, exportar, parecenos que o fato de alguém ter guardado certa quantidade de entorpecente, embora sua conduta se amolde à figura descrita no art. 12

da Lei n. 6.368n6, não o sujeita às restrições de que trata o art.

2.' da Lei dos Crimes Hediondos.

T) Nesses crimes referidos na letra "S", havendo sentença condenatória, pode o Juiz, malgrado a regra do art. 35 da Lei n. 6.368/ 76, em decisão fundamentada, permitir o apelo em liberdade.

17. Crimes de responsabilidade de funcionários públicos 0 procedimento especial disciplinado nos arts. 513 a 518 somente é aplicável aos crimes funcionais afiançáveis, tal como dispõe o art. 514

do CPP. Até há pouco te~iipo todos esses crimes comportavam fiança, porquanto, sem embargo de apenados com reclusão, a pena mínima não superava 2 anos, e, desse modo, em face do art. 323, 1, do CPP, afiançáveis eram. Todavia, a Lei n. 8.137/90

deu nova redação ao § 1.' do art. 316, cominando àquela conduta (excesso de exação) a pena de 3 a 8 anos, e exasperou a pena do delito tipificado no art. 318 (facilitação de contrabando ou descaminho), que, de 2 a 5 anos de reclusão, passou para de 3 a 8. Desse modo, à exceção dessas duas figuras, todos os demais crimes funcionais obedecem ao rito traçado nos arts. 513 a 518. Aqueles dois delitos obedecem ao rito comum da reclusão, sem aplicação do art. 514. Salvante essas duas figuras delituais, portanto, o procedimento desses crimes, pouco importando se apenados com detenção ou reclusão, é especial.

Por quê? Por dois motivos: a) se apenado com reclusão, antes de o Juiz receber a denúncia, o réu será notificado a manifestar-se sobre a acusaçao (art. 514 do CPP); b) se apenado com detenção, além dessa particularidade, o rito será o comum da reclusão (art. 518 do CPP).

Observe-se, contudo, que o Projeto n. 1.668-1, que desde princípios de novembro de 1998 está na Casa Civil da Presidência da República para sanção, dentre outras providências, altera a pena do

"excesso de exação", que volta ao que era antes: mínimo de 2 e máximo de 8 anos de reclusão. Se for sancionada e promulgada a lei, apenas o crime do art. 318 do CP ficará arredado do procedimento especial de que estamos tratando.

175

Segundo o Projeto n. 1.668-1, acrescentou-se um parágrafo ao art.

517, com a seguinte redação:

"Parágrafo único. Ao receber a denúncia o juiz poderá, fundamentadamente, afastar o réu do exercício do cargo ou função, durante o processo, pelo prazo máximo de quatro meses, sem prejuízo da remuneração, quando a gravidade do fato, a reiteração na prática de ilícitos da mesma natureza ou a conveniência da instrução criminal assim o exigirem".

Melhor andaria o legislador se determinasse a transferência do funcionário para outro setor do serviço público, ou o mantivesse no mesmo cargo, vinculando-se os atos por ele praticados a uma supervisão, até o término do processo. Não se trataria de uma pena, mas, simplesmente, de providência administrativo-correcionaI visando à moralidade no serviço público. Como está no Projeto, o funcionário, no rigor da palavra, entrará em gozo de férias remuneradas durante 4 meses... o que seria, no dizer do jornalista Boris Casoy, "uma vergonha".

18. Crimes contra a fauna

Os crimes contra a fauna, até há pouco tempo, eram punidos com reclusão, inaflançáveis, e, além de tudo, observavam o procedimento comum dos crimes apenados com detenção. A Lei n. 9.605/98, já batizada com o nome de Lei Ambiental, revogou a Lei n. 5.197/67, conhecida como Código de Caça, e a Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), de sorte que, atualmente, temos três formas procedimentais para essas infrações: a) se o crime for apenado com reclusão, observa-se o rito ordinário previsto nos arts. 3941 405 e 498/502, parágrafo único, do CPP; b) se a pena máxima cominada, de detenção, for superior a um ano, aplicar-se-á o procedimento sumário (arts. 539, 540 e 538 do CPP); c) se a pena máxima, de detenção, não ultrapassar um ano, observar-se-á o procedimento previsto na Lei n. 9.099/

95, com aquela particularidade já acentuada: a proposta de aplicação imediata de pena de multa ou restritiva de direitos, prevista no art. 76

do citado diploma, somente poderá ser formulada dês que tenha havido a prévia composição do dano ambiental.

19. Crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores A Lei n. 9.613, de 3-3-1998, define esses crimes no seu art. 1.' e respectivos §§ 1.' e 2.'. A pena é de reclusão de 3 a 10 anos e multa. 0

176

processo e julgamento dessas infrações obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes apenados com reclusão, da competência do Juiz singular. Não obstante o procedimento

obedeça aos arts. 394/405 e 499/502 do CPP, apresenta ele algumas particularidades que lhe emprestam um cunho especial. Quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a competência é da Justiça Federal. Também o será quando o crime antecedente for da competência da Justiça Federal. Não se aplica aos crimes definidos na citada lei o disposto no art. 366 do CPR Assim, citado o réu por edital, findo o prazo editalício, não comparecendo para o interrogatório, o processo correrá à sua revelia. De certa forma o art.

366 do CPP significou uma conquista em benefício da Defesa. A final de contas o réu não pode ser condenado sem ser ouvido. Essa a conquista. Nesse particular a Lei da "lavagem" de dinheiro representou uOretrocesso. Lamentável retrocesso, numa demonstração de que as leis são feitas atabalhoadamente. Por outro lado, os crimes definidos no referido diploma são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, e, em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade.

A princípio nos pareceu inexistir pena de reclusão não superior a um ano, no seu grau máximo. Entretanto, por erro da Imprensa Oficial, ou por outra causa qualquer (e entre nós tudo é possível), o certo é que as Leis n. 7.505186 (art. 14), que versa sobre benefícios fiscais na área do imposto de renda, 8.313191 (arts. 39/40), que restabelece a lei anterior e dá outras providências, e 8.685/93, cujo art.

10 erige à categoria de crime "obter reduções de impostos, utilizando-se fraudulentamente de qualquer benefício desta Lei", punem os infratores com reclusão de 2 a 6 ou 8 meses...

Esses crimes são da competência da Justiça Federal, em que não existe o Juizado Especial. Tratando-se, porém, de infrações de menor potencial ofensivo, em face da pena cominada e não havendo Juizado Especial Criminal na Justiça Federal, aplicam-se-lhes as regras da transação e do procedimento sumariíssimo, à maneira do que se dá na Justiça Estadual com os crimes de trânsito previstos nos arts. 303, 306 e 308 do CTB. Se não for possível a transação ou o procedimento sumanissimo, em face dos arts. 76, § 1% e 77, § L', da Lei n. 9.099/95, observar-se-á o rito comum da reclusão (arts.

394/405 e 498/502, parágrafo único, do CPP).

177

1

à

capítulo 54

Procedimento para os Crimes

Apenados com Detençao

à

SUMARIO: 1. 0 procedimento comum dos crimes apenados com detenção. 2. 0

procedimento na hipótese dos crimes apenados com detenção, cuja pena máxima não ultrapassar um ano e que não se subordinem a procedimento especial. 3. Procedimento sumariíssimo. Procedimentos especiais de crimes apenados com detenção. 4. Crimes de abuso de autoridade. 5. Crimes contra a economia popular. 6. 0 Júri de economia popular. 7. Crimes de imprensa. 8. Crimes de infanticídio e de aborto

provocado pela gestante ou com o seu consentimento. 9. Crimes falimentares. 10. Crimes de responsabilidade de Prefeitos. 11. Crimes contra a propriedade imaterial. 12. Crimes de responsabilidade de funcionário público. 13. Crimes contra a honra.

14. Crimes da Lei das Licitações.

1. 0 procedimento comum dos crimes apenados com detenção Os crimes apenados com detenção, atualmente, subordinam-se a quatro formas procedimentais: a) se a pena máxima não ultrapassar um ano (excetuados os crimes tipificados nos arts. 303, 306 e 308

c/c o parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro, que, não obstante tenham penas máximas de 2 e 3 anos, foram incluídos no rol 179

1

*

das infrações de menor potencial ofensivo), e não estando ele subordinado a procedimento especial, satisfeitas as condições previstas em lei (art.

76, § 2.0, 1, 11 e 111, da Lei n. 9.099/95), serão observadas as normas constantes dos arts. 69 a 76 do citado diploma; b) se não for possível a transação a que se refere o art. 76, observar-se-á o procedimento sumariíssimo previsto nos arts. 77 a 81 da referida lei; c) nesse mesmo caso, se o réu não for encontrado (art. 66, parágrafo único) ou a hipótese apresentar certa complexidade (art. 77, § 2.0), o procedimento será o previsto nos arts. 539, 538, com observância do art. 540, todos do CPP; esse mesmo procedimento, denominado sumário, será observado quando a pena de detenção cominada, no seu grau máximo, exceder um ano (ressalvados os crimes previstos nos arts. 303, 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro); d) finalmente, sujeitam-se a procedimento especial, malgrado apenados com detenção, os crimes contra a honra (arts. 519/523 do CPP); os crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524/530 do CPP); os de abuso de autoridade (Lei n. 4.898, de 9-121965); os crimes da alçada do Júri -

arts. 123 e 124 do CP (arts. 394/ 497 do CPP); os crimes contra a economia popular (Lei n. 1.521, de 26-12-1951); os crimes de imprensa (Lei n. 5.250, de 9-2-1967); os crimes falimentares (arts.

503/512 do CPP); os crimes de responsabilidade de funcionário público da competência do Juiz singular (arts. 513/ 518 do CPP); os crimes nas licitações (Lei n. 8.666, de 21-6-1993); os crimes de tóxicos (Lei n. 6.368, de 21-10-1976); e os eleitorais (Código Eleitoral).

Nas hipóteses previstas na letra c, isto é, não sendo possível a adoção da Lei ri. 9.099/95, a ordem dos atos processuais será esta: 1.') Oferecimento de denúncia ou queixa.

2.') Despacho do Juiz determinando o registro e autuação.

3.') Em seguida, os autos retornam conclusos para o juízo de admissibilidade da demanda; se for rejeitada a peça acusatória, poderá a parte interpor, dentro em 5

dias, recurso em sentido estrito (CPP, art. 5 8 1, 1). Se recebida, poderá o réu ou alguém por ele impetrar habeas corpus (se for o caso).

4.') Recebida a peça acusatória, no mesmo despacho deverá o Juiz determinar a citação do réu, designando dia e hora para o interrogatório, a notificação do Promotor ou, se for o caso, do querelante e do assistente.

180

5.') Citado e comparecendo, será o réu interrogado, devendo o ato ser presenciado pelo curador que o Juiz lhe nomear, se for menor. Se maior, embora a lei não o exija expressamente, tal como faz quando se trata de menor (art. 194), deverá o ato ser praticado em presença do defensor que tiver ou lhe for nomeado, se bem que tal omissão não acarrete nulidade. Se não compareceu porque não quis ou porque não foi encontrado, o processo correrá a sua revelia, com o defensor ou curador que lhe for nomeado.

6.') Logo após o interrogatório, o réu, se admitido a defender-se (art.

263), ou seu defensor ou curador, poderá fazer a "defesa prévia" (art.

395), arrolando no máximo 5 testemunhas, nos termos do §

1.' do art. 539. Deverá ainda ser instado a declarar seu domicílio (arts.

539 e 534).

7.') Feitas as "alegações escritas" (defesa prévia), os autos retornam ao Juiz para designar data para ouvida das testemunhas arroladas na denúncia (máximo de 5 também). Após a ouvida da última testemunha de acusação, o Juiz proferirá um arremedo de saneador (sanando as nulidades, mandando proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, quer tenham sido requeridas, quer não, e designando data para o julgamento).

V) Após tal despacho e na data aprazada, serão ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa, seguindo-se os debates e julgamento, tudo nos termos do art. 538 e seus parágrafos.

2. 0 procedimento na hipótese dos crimes apenados com detenção, cuja pena

máxima não ultrapassar um ano e que não se subordinem a procedimento especial

Se ao crime apenado com detenção, não subordinado a procedimento especial, for cominada pena máxima não superior a um ano, observar-se-á o disposto nos arts. 69 a 76 da Lei n. 9.099/95, conforme anotações que seguem.

A autoridade (e essa Autoridade outra não e senão o próprio Delegado de Polícia) que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima. Esse termo circunstanciado não passa de um Boletim

de Ocorrência mais sofisticado, com a qualificação dos envolvidos, o resumo de suas versões e, se possível, versões de eventuais testemunhas.

Não haverá, pois, necessidade de inquérito. Se houver flagrancia, comprometendo- se o autor do fato a comparecer ao Juizado, dispensase até a lavratura do auto de prisão e, inclusive, eventual fiança.

Se por acaso os envolvidos não comparecerem, a Secretaria do Juizado, ou quem suas vezes fizer, diligenciará a intimação de todos eles, inclusive do responsável civil, se necessário. Essa intimação é feita de maneira simples: carta com aviso de recebimento ou outro meio idôneo, como o telefone, por exemplo.

Muitas vezes, o termo circunstanciado sugere arquivamento, quando, então, o Promotor pronunciar-se-á a respeito ou exigirá alguma diligência, sendo tomada a providência devida.

Presentes os envolvidos na sala das audiências, ou em lugar destinado para tal fim, o Promotor de Justiça, o responsável civil (se for o caso) e os Advogados, o Juiz fará os devidos esclarecimentos sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana - art. 43 do CP, com a redação dada pela Lei n. 9.714/98) ou multa, mostrando, inclusive, a vantagem da transação: não gera reincidência, não consta das certidões de antecedentes criminais, nem se constitui em título executório para atuar no cível. Nada impede, antes aconselha,

deva o autor do fato ser advertido de que o descumprimento do acordado quanto à restrição de direito implicará sua conversão em pena privativa de liberdade. Há, contudo, sobre o assunto, séria discussão, que será analisada logo a seguir.

A proposta é feita pelo Promotor, em se cuidando de contravenção (cujo estudo faremos no capítulo próprio) e de crime de ação pública incondicionada ou condicionada (dês que feita a representação). Se se tratar de crime de alçada privada, parte da doutrina entende não ser possível a proposta, por ser privativa do Ministério Público. Não vemos nenhum óbice de ordem legal. Certo que o ofendido, ou quem suas vezes fizer, pode renunciar, perdoar, desistir ou até mesmo deixar perimir a ação penal. Enfim, nesses casos, vigoram os princípios da oportunidade e da disponibilidade. Não é menos certo, contudo, que o autor do fato não pode exigir que o ofendido renuncie, perdoe ou desista... As-182

sim, nos crimes de ação privada, nada impede seja a proposta feita pelo ofendido. Tratando-se, como se trata, de instituto benéfico ao réu, não se justifica a exclusão dos crimes de alçada privada. Poderá fazê-la o Juiz? A princípio nos pareceu que se a proposta, no fundo, envolvia o exercício da ação penal, seria estranho pudesse fazê-la o Magistrado. Haveria jurisdição sem demanda. Após meditarmos sobre a matéria, passamos a entender que se o Promotor ou o querelante, se for o caso, não formular a proposta por motivos disparatados, poderá fazê-la o Juiz, e, havendo aceitação, será a pena imposta, dando-se recurso de apelação ao interessado. De início, chegamos a pensar que a não-formulação da proposta pelo Ministério Público ensejaria a aplicação analógica do art. 28 do CPR E se se tratasse de crime de ação privada e o querelante não a formulasse? Em face disso, não vemos razão séria e intransponível. a impedir a iniciativa do Juiz quando o titular do jus persequendi, por motivo desarrazoado, ou sem justificativa fundamentada, não quiser formular a proposta.

Observp-se, por outro lado, que na hipótese de o Promotor formular a proposta e o autor do fato aceitá-la, nem por isso o Juiz será obrigado a acolhê-la. Di-lo o § 4.' do art. 76 do citado diploma, o que demonstra que o Juiz não é um convidado de pedra... Nesse sentido, inúmeras as decisões do TACrimSP (Aps. 946.581, 982.949/1, 978.641/7, 970.201-5, 977.657-6) ainda não publicadas. Essa também foi uma das teses vitoriosas no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil realizado em São Paulo em agosto de 1997.

Conseguida a composição dos danos (se for o caso), será ela reduzida a escrito e

homologada pelo Juiz, mediante sentença irrecorrível, e terá eficácia de título que autoriza execução forçada no juízo.cível competente. Se o valor não exceder quarenta salários mínimos, a execução, nos termos do art. 53 da Lei n. 9.099195, será feita no Juizado Especial Cível. Se maior, no lugar do fato ou no domicílio do autor, ex vi do parágrafo único do art. 100 do CPC.

Insta esclarecer que se se tratar de crime de alçada privada ou pública condicionada à representação, a composição dos danos devidamente homologada implica renúncia ao direito de queixa ou representação, e, como sabido, a renúncia é causa extintiva da punibilidade. Não havendo a composição, ou havendo (se o crime for de ação pública incondicionada), o Promotor ou o ofendido poderá formular a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, desde que o autor do fato não tenha sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade,

por sentença definitiva, que não tenha sido beneficiado, nos últimos cinco anos, com a aplicação de pena não privativa de liberdade, de acordo com a Lei n. 9.099195, e, finalmente,

indicarem seus antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do fato que a proposta é medida suficiente.

Aceita a proposta pelo autor do fato e seu Defensor (com predomínio da vontade daquele), será imposta a pena restritiva de direitos ou multa, o que vale dizer, será homologado o consenso, ou a pena negociada, como se costuma dizer. Se o autor do fato não aceitar a proposta, isto é, se houver dissenso, observar-se-á o procedimento sumariíssimo, objeto do verbete seguinte.

Não havendo acordo quanto à composição dos danos, nada impedirá o ofendido de promover a ação civil, não podendo, entretanto, executar a decisão do Juiz que impôs a pena não restritiva de direitos ou multa, tal como o faria se houvesse condenação com trânsito einjulgado, como previsto no art. 63 do CPP, mesmo porque aquela decisão não e, propriamente, uma sentença penal condenatória, e sim meramente homologatória.

E se a infração que admite, em tese, a transação estiver conexa a outra que não na comporta? Pensamos que o procedimento mais solene deve exercer uma vis attractiva para que se dê o

simultaneus processus. Parece-nos, pois, que o acertado é determinar o cúmulo objetivo: as infrações serão apreciadas num só processo. Aliás, essa, também, foi uma das teses aprovadas, à unanimidade, no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em agosto de 1997 em São Paulo. E se houver concurso formal, material ou até mesmo continuação de molde a ser ultrapassada a pena de um ano? Já nos pareceu não dever o autor do fato ser beneficiado com a transação. Contudo, considerada a tendência legislativa de ampliar o campo de aplicação da justiça consensual a outras hipóteses mais graves, como os delitos de trânsito, razão não pode haver para arredar da transaçao o concurso material e muito menos as hipóteses de concurso formal e continuação. Ademais, até mesmo na suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) a jurisprudência vem permitindo sua incidência no concurso material, em face da analogia com o art. 119

do CR

E se o autor do fato não efetuar o pagamento da multa? No regime do art.

51 do CP, havia a conversão em detenção. E, com base nesse regime, surgiram, por via de consequencia, não só a regra do art. 182 da LEP, como também a do art. 85 da Lei dos Juizados. Todavia, em

face da Lei n. 9.268/96, o art. 51 do CP passou a ter nova redação: transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando -se- lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública... e essa nova redação obviamente se projetou sobre a LEP e sobre o art. 85 da Lei dos Juizados.

Já existe movimento no seio do Ministério Público do Estado de São Paulo no sentido de, em face do não-pagamento da multa, ser ofertada denúncia.

A nos nos parece tratar-se de providência

inadequada, porquanto implicaria fazer tabula rasa da decisão homologatória da transação. Inegável que essa decisão é de mérito. Sendo-o, preclusas as vias impugnativas, forma-se a coisa julgada formal e material, verdadeiro obstáculo

intransponível àquele desiderato. E o art. 85 da Lei n. 9.099/95 não se refere apenas a eventual multa aplicada no procedimento sumariíssimo. Pela sua propria posição topográfica, percebe-se que aquela conversão se aplica não só à multa

"consensuada", como à decorrente do procedimentOsumariíssimo e até mesmo do rito comum. Hoje, contudo, tendo a Lei n. 9.268, de L'-4-1996, abolido a possibilidade dessa conversão, restará ao Estado mover a competente ação de execução, a teor do art. 51 do CR

Não obstante o acerto do que dissemos linhas atrás, por força mesmo do art. 79 do CPP, inclusive com respaldo na súmula do IX Encontro dos Tribunais de Alçada, quanto à unidade dos processos decorrente da relação de conexidade entre infração de menor potencial ofensivo e outro crime mais grave ou sujeito a procedimento especial, tantos são os problemas que podem surgir que se torna mais fácil, mais cômodo e mais célere, determine o Juiz, nos termos do art. 80

do CPP, a disjunção dos processos.

E se o autor do fato não cumprir, injustificadamente, a pena restritiva de direitos? A nós nos pareceu, pela dificuldade de se proceder sua substituição em pena privativa de liberdade, em face do caráter autônomo que essa pena apresenta no Juizado, devesse a transação ficar sem efeito, sem possibilidade de renovação, instaurando-se o competente processo contra o autor do fato, seguindo-se o procedimento previsto nos arts. 539, 538 e 540 do CPR Mas, atentando para a circunstância de que a decisão homologatória transitou em julgado, e considerando que o art. 86 dispõe que as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa serao processadas nos termos da lei, outra solução não haverá senão proceder-se à conversão. A Lei dos Juizados expressa-185

1

1

1

mente previu a conversão da multa, em face de inadimplemento, no art. 85.

Contudo, embora não o fizesse de maneira expressa quanto às penas restritivas de direitos, determinou, no art. 86, fosse sua execução "processada perante o órgão competente, nos termos da lei". No caso, trata- se da Lei de Execução Penal, e esta, no art. 18 1, cuida da conversão das penas restritivas de direitos nas hipóteses ali enumeradas, todas elas indicativas de inadimplemento. Assim, como a pena restritiva de direitos, no Juizado, não é substitutiva de pena privativa de liberdade (como no regime do Código Penal), haveria certa dificuldade na conversão - não houve pena privativa, e o CP

determina se proceda à conversão da restritiva "pelo tempo da pena aplicada"... É manifesta a falha do legislador. Urge, pois, imediata ação legislativa visando à correção. Contudo, enquanto não vier nova lei disciplinando a matéria, deve-se proceder à conversão levando-se em conta o mínimo da pena privativa de liberdade prevista para o tipo infracional. Parece-nos, contudo, ser inafastável a idéia de que, quando da proposta de aplicação de pena restritiva de direitos, deve o autor do fato ficar ciente de que seu inadimplemento injustificado implicará a conversão da pena em outra, consistente em limitação de fim de semana, e, se esta foi a aplicada e descumprida, a conversão será para pena privativa de liberdade por trinta dias. Aliás a Lei n.

9.099/95 determina no seu art. 86 que as penas restritivas de direitos serão processadas "nos termos da lei", e esta (o CP) dispõe sobre o tema no art. 44 e parágrafos (com a redação dada pela Lei n.

9.714/98), observando-se o disposto no art. 181 da LER 0 que não nos parece acertado é o entendimento da douta ProcuradoriaGeral de Justiça do Estado de São Paulo (que nós já havíamos esposado quanto à pena restritiva de direitos) no sentido de que " ... o consenso implica necessariamente a convergência de vontades, de um lado o Ministério Público deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo), e, de outro, o autor do fato aceita submeter-se a uma multa e a algumas regras de conduta, que, uma vez adimplidas, motivarão a extinção da punibilidade.

Eventual descumprimento deverá resultar pura e simplesmente no oferecimento da denúncia ou na adoção de procedimento preparatório para tal desiderato. A transação não tem por objeto imediato deixar de punir o suposto autor de uma infração penal, mas sim a não-propositura da ação penal, evitandose, de maneira secundária, os efeitos deletérios daí resultantes" (Conflito de atribuições n.

7.329197, TC n.

174/96, 22.'Vara Criminal da Capital).

186

Essa solução, a nosso juízo, não pode ser aceita, porquanto a decisão que homologa a transação faz coisa julgada, permitindo-se até recurso de apelo, na dicção dos §§ 4.' e 5.' do art. 76 da Lei dos Juizados. Se transita em julgado, não faz sentido essa espécie de "juízo revisional" pro societate. Se por acaso não se aceitar a tese da conversão em pena privativa de liberdade, a solução é aguardar a elaboração de lei que passe a disciplinar a matéria.

Insta observar que, malgrado sujeitas a pena de detenção superior a um ano, às infrações definidas nos arts. 303, 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro aplicam-se, no que couber, as regras dos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95, por força do disposto no parágrafo único do art. 291 do novo estatuto. Convém explicitar: tais infrações, punidas até com três anos, não se sujeitam ao Juizado Especial Criminal, mas a elas se aplicam as regras dos arts. 74 (conciliação quanto aos danos) e 76 (transação). No que respeita ao art. 88

(representação), quando houver lesão corporal, como no Aso do art. 303.

Em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, previstas na Lei Ambiental (Lei n. 9.605198), há uma particularidade no seu art. 27: "a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade".

3. Procedimento sumariíssimo

Se o autor de uma dessas infrações referidas no verbete anterior não comparecer à audiência preliminar, ou se não for possível a transação, e desde que não haja complexidade nem exigência de maiores esclarecimentos, observar-se-á o procedimento sumariíssimo. Esta expressão, a primeira vista, parece esquisita, em face do i a mais.

Embora não seja comum, guarda profunda vernaculidade. É

o superlativo de sumário. Como este termo veio do latim (sumarius, a, um), na formação do superlativo mantem-se o primeiro i (denominado i etimológico), acrescentando-se o sufixo íssimo. Por isso mesmo os constituintes, na confecção da Magna Carta, usaram essa expressão no inc. 1 do art. 98. Assim também os responsáveis pelo texto da Lei n. 9.099195. Nesse procedimento o Promotor oferecerá denúncia oral (que será reduzida a escri-187

to), cuja cópia será entregue ao acusado (ficando ciente da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Promotor de Justiça, o ofendido, o responsável civil e seus advogados. (É bem possível que vá acontecer o quejá ocorrerra na vigência da Lei n. 5.726/7 1, cujo art. 16 cuidava também de denúncia oral... E somente nos primeiros dias de vigência da lei o preceito foi rigorosamente cumprido. Um mês depois, a oralidade foi abandonada porquanto emperrava os serviços forenses ...) Se o acusado não estiver presente, será citado por mandado, cientificado, ainda, de que poderá apresentar suas testemunhas ou requerimento para intimá-las no mínimo cinco dias antes da audiência.

Se a ausência for do ofendido e do seu responsável, serão intimados. No dia e hora designados, se na fase preliminar (a prevista no verbete anterior) não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta, serão tomadas tais providências. Não sendo possível, por qualquer motivo, a transação, será aberta a audiência, dando-se a palavra ao Defensor para responder à acusação, apos o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa. Se vier a recebê-la, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias. De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença. Esta dispensa o relatório mencionando os elementos de convicção do Juiz.

À míngua de disciplinamento normativo, cada uma das partes poderá arrolar no máximo três testemunhas, e, na audiência, o tempo de cada uma será de 20

minutos, com prorrogação de mais 10, à

semelhança do que se dá nos procedimentos mais singelos.

Concluídos os debates o Juiz prolatará a sentença, podendo, ao fazê-lo, dispensar o relatório. A parte vencida pode interpor recurso de apelo, nos termos do art. 82, dentro no prazo de 10 dias, já com as razões, e que será julgado pela Turma Recursal, onde houver. Do contrário, o recurso será dirigido ao Tribunal de Alçada. Se no Estado não existir Tribunal de Alçada, ao Tribunal de Justiça.

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE CRIMES

APENADOS COM DETENÇAO

4. Crimes de abuso de autoridade

188

189

Se o crime for de "abuso de autoridade", que vem definido na Lei n.

4.898, de 9-12-1965, o processo será iniciado mediante denúncia, independentemente de inquérito ou justificação. Bastará, apenas, a "representação" da vítima. Tal representação não tem o sentido de condição de procedibilidade, e sim de simples notitia criminis. Mesmo sem ela, poderá o Promotor oferecer denúncia, embasando-a, entretanto, nos autos do inquérito policial. Também se a representação não vier devidamente instruída, poderá o Promotor requerer o seu arquivamento ou, conforme o caso, requisitar a instauração do inquérito, visando à coleta de novos esclarecimentos.

Nos primeiros dias dç vigência da Lei n. 4.898/65, julgou-se que a representação, por ela exigida, fosse condição de procedibilidade. Algum tempo mais tarde, veio o legislador, por meio da Lei n.

5.249, de 9-2-1967, em verdadeira interpretação autêntica, dissipar as dúvidas, mostrando que a representação ali referida nada mais traduzia senão o direito de petição. In verbis: "Art. 1.' A falta de representação do ofendido, nos casos de abuso previstos na Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, não obsta a iniciativa

ou o curso de ação pública".

A representação, que deverá ser feita em duas vias, conterá a exposiçao do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no maximo 3, se houver.

Se a infração deixou vestígios, a representação poderá conter até 5

testemunhas, sendo "duas qualificadas e para comprovar a existência dos vestígios". Falando a lei em "testemunhas qualificadas", pensamos que o legislador, com tal expressão, quis referir-se a testemunhas que prestam compromisso.

Com a representação ou autos de inquérito, ou mesmo justificação (CPC, art. 861), oferecerá o Promotor a denúncia, dentro no prazo de 48 horas, a partir do momento em que receber as peças de informação.

Se a infração deixou vestígios, poderá a vítima, na representação, ou até 72 horas antes da audiência, requerer a designação de um perito para as verificações necessárias.

Na audiência, para a qual serão notificados o Promotor, ou o Advogado que subscreveu a queixa (ação privada subsidiária da pública), e o defensor, e citado o réu, o Juiz passará a interrogá-lo. Em seguida, serão ouvidas as testemunhas de acusação, de defesa e o perito, se houver. Tais depoimentos poderão ser prestados verbalmente ou por escrito. Após, será dada a palavra à acusação e, em seguida, à defesa, pelo espaço de 15 minutos, prorrogáveis por mais 10.

Feitos os debates (alegações orais), cumprirá ao escrivão lavrar no livro próprio, ditado pelo Juiz, termo que conterá, em resumo, os depoimentos e as alegações (requerimentos, se houver) e, por extenso, a sentença. As testemunhas de acusação e de defesa poderão ser apresentadas em juízo, independentemente de intimação.

Salvo a hipótese de requerimento visando à designação do perito para as verificações necessárias, quaisquer outras diligências não serão realizadas, nem exames nem perícias, a não ser que o Juiz, em despacho motivado, os considere indispensáveis.

Diz a Lei n. 4.898/65 (art. 18, parágrafo único) que não serão expedidas precatórias para ouvida ou notificação de testemunhas, salvo se o Juiz, em despacho motivado, considerar indispensável tal providência.

Insta acentuar que, não obstante os crimes de "abuso de autoridade" sejam crimes de responsabilidade, não se aplica ao seu procedimento a regra contida no art. 514 do CPP, pela simples razão de tais crimes já se sujeitarem a um procedimento especial.

Sem embargo da singeleza desse procedimento, e manifesta celeridade, na prática, uma vez oferecida a denúncia, o Juiz, ao recebêIa, determinará a citação do réu para o interrogatório, e, após a defesa prévia, oportunidade em que são arroladas as testemunhas de defesa, o Juiz designa data para a audiência, quando, então, serão ouvidas as testemunhas de acusação, de defesa, perito, se for o caso, seguindo-se os debates e julgamento.

5. Crimes contra a economia popular

Até há pouco tempo, havia, entre nós, crimes contra a economia popular da competência do Juiz singular e outros da competência do Tribunal leigo, conhecido sob a denominação "Júri de economia popular".

Poderá parecer estranho falar-se em Júri de economia popular, quando, no nosso Direito, de 1946 para cá, competia ao Tribunal popu-190

lar julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Mas é de observar que a Carta de 1946, no art. 141, § 28, ao cuidar da instituição do Júri, dizia na sua parte final: "Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

Evidente que, com tal expressão, o legislador constituinte afastava a possibilidade de a lei excluir da alçada do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, mas não impedia que outros lhe fossem atribuídos. Por esta razão, em 195 1, criou-se o Tribunal de Economia Popular. Se a Lei Maior mantivera o Tribunal do Júri, nada impedia se criassem outros Tribunais leigos, desde que se respeitassem as linhas estruturais que a Magna Carta traçara para a instituição: número ímpar de jurados, soberania dos veredicta, amplitude da defesa e garantia da sigilação das votações. Surgiu, então, o Tribunal de Economia

Popular para alguns crimes definidos na Lei n. 1.521, de 26-12-1951.

Posteriormente, no governo Costa e Silva, o Decreto-lei n. 2, de 14-1-1966, extinguiu o Tribunal do Júri de Economia Popular. Mais tarde a Emenda Constitucional n. 1/69, no seu art. 153, § 18, jogou a última pá de terra sobre aquele Tribunal, porquanto deixou bem claro que o Júri julgaria, apenas, os crimes dolosos contra a vida, ao proclamar: "E mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

Em face da fórmula empregada pelo § 18 do art. 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, passou-se a entender, com razão, que a competência do Júri era exclusiva para os crimes dolosos contra a vida. Assim, aqueles crimes contra a economia popular que eram da alçada do Júri, definidos no art. 2.' da Lei n. 1.521, de 26-12-1951, passaram a sujeitar-se ao mesmo procedimento ali estabelecido para os demais crimes contra a economia popular, definidos nos arts. 3.' e 4.'

da citada lei.

Qual é esse procedimento? 0 comum para os crimes apenados com detenção (CPP, arts. 539, 540 e 538).

A única novidade estava e está na questão dos prazos: para a conclusão do inquérito, estando o indiciado preso ou solto, o prazo era e é de 10

dias; para a denúncia, estando o indiciado preso ou solto, o prazo era e é de 48 horas, e, finalmente, a prolação da sentença deverá ocorrer dentro em 30 dias a partir do recebimento dos autos do inquérito policial. A inobservância desses prazos, salvo se justificada, constitui crime de prevaricação, nos termos do art. 10, §

4.', da citada lei.

Hoje, a Constituição, no art. 5.', XXXVIII, diz que "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: 191

a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; e d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida". Significa, pois, que a lei ordinária que regulamentar a instituição do Júri não pode excluir o

julgamento dos crimes dolosos contra a vida da sua competência. Nada impede possa ele julgar outras infrações. Nada impede possa ser criado um Tribunal popular para julgar os crimes contra a economia popular, ou outros crimes.

Como funcionava esse Júri de economia popular?

6. 0 Júri de economia popular

Já os crimes definidos no art. 2." da referida lei estavam sujeitos a um procedimento todo especial. Concluído o inquérito dentro de 10 dias, pouco importando estivesse o indiciado solto ou preso, eram os autos remetidos a juízo. Se fosse caso de denúncia, esta devia ser oferecida no prazo de 48 horas, com observância do art. 41 do CPR 0

número de testemunhas, tanto para a acusação como para a defesa, era de 6, no máximo. Proferido o despacho de recebimento da peça acusatória, era o réu citado. Comparecendo, era interrogado, e, a seguir, oferecido o prazo para as alegações preliminares (defesa prévia), arrolando-se, no máximo, 6 testemunhas. Naquela oportunidade, a defesa poderia requerer as diligências que julgasse convenientes e juntar documentos. Seguia-se a fase probatória, ouvindo-se as testemunhas de acusaçao e de defesa. Naquele procedimento, havia a possibilidade de o representante do Ministério Público e o réu, por seu defensor, celebrarem acordo, mediante termo lavrado nos autos, dispensando a audiência das testemunhas de acusação (e de defesa) cujos depoimentos constassem dos autos do inquérito. As testemunhas de acusação e de defesa deveriam ser ouvidas no prazo de 15 dias, se o réu estivesse preso, e de 20, quando solto.

Ouvida a última testemunha de defesa, se fosse o caso, e realizadas as diligências porventura requeridas, o Juiz, depois de sanadas as nulidades acaso existentes, poderia, de ofício, determinar outras.

Concluída a fase probatória, sucedia a das alegações, dispondo cada uma das partes de 48 horas para fazê-las.

Pensamos que, com as alegações, as partes podiam juntar documentos. A regra contida no art. 406, § 1% do CPP aqui se tornava inaplicável, uma vez que a Lei n. 1.521/51 determinava que, na instru-192

ção, se observassem os arts. 394 a 405 do CPP, com as seguintes alterações: a) o número de testemunhas, tanto para a acusação quanto para a defesa, era de 6, no máximo; b) as testemunhas de acusação e de defesa eram ouvidas dentro de 15 dias, se preso estivesse o réu, ou de 20, quando solto (Lei n. 1.521/51, art. 23, 1 e 11), omitindo aquela restrição que se vê no § 2.' do art. 406 do CPP.

Feitas as alegações, os autos iam conclusos ao Juiz, que tinha dois caminhos a seguir: a) proferir sentença absolutória, quando estivesse provado que o réu não cometeu o crime, devendo a sentença ser fundamentada e recorrendo ex officio; b) se entendesse não ser caso de absolvição: 1.') se houvesse, de acordo com a Lei de Organização Judiciária do Estado, um Juiz para a instrução e outro para presidir o julgamento, deveriam os autos ser remetidos a este; 2.') se o Juiz da instrução tivesse competência para o julgamento, limitar-se-ia, simplesmente, a determinar a inclusão do processo na pauta do julgamento.

A sentença absolutóriA só poderia ser proferida se provado ficasse que o reu não cometeu o crime. Nessa ordem de idéias, podemos afirmar que o Juiz poderia, desde logo, absolvê-lo: a) se provado ficasse que o réu não praticou tal fato; b) se provado ficasse que o fato por ele praticado não era antijurídico; c) ou, então, se provado ficasse que ele não se houve com culpa. Absolvê-lo-ia, também, se não houvesse prova quanto à existência do crime.

Se, para haver crime, é necessário que se trate de fato típico e antijurídico, faltando um desses elementos, inexistiria aquele. Se o fato fosse atípico, absolveria; fá-lo-ia, igualmente, se não fosse antijurídico. Idem, se faltasse o elemento subjetivo.

Proferida a sentença absolutória, deveria o Juiz, nos termos do art. 23, V, da Lei n. 1.521/51, recorrer, de ofício. Nada obstava, entretanto, que a acusação interpusesse recurso. Nesse caso, pensamos que seria aquele a que se refere o art. 5 8 1, VI, do CPR

A lei não falava em impronúncia, e, assim, se o Juiz entendesse que não havia prova de ter sido o réu o autor do crime ou mesmo se concluísse pela inexistência deste, a sentença seria de absolvição, impondo-se o recurso de ofício.

Não havendo sentença absolutória e se o Juiz fosse também competente para

presidir o julgamento, determinaria fosse o processo incluído na pauta para tal fim.

A lei dispensou a pronúncia e o libelo.

193

I

_1.~11á9V_11~

~ ~

a

0 Júri compunha-se de um Juiz, que era o seu Presidente, e de 20 jurados.

De acordo com a Lei n. 1.52115 1, tais jurados eram "sorteados dentre os eleitores de cada zona eleitoral, de uma lista de 150 a 200 eleitores, cinco dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento. Tal lista será semestralmente organizada pelo presidente do júri sob a sua responsabilidade, entre pessoas de notória idoneidade, incluídos de preferência os chefes de família e as donas de casa".

Até o dia 15 de cada mês eram sorteados os 20 jurados que deviam constituir o tribunal no mês seguinte. Por analogia, aplicava-se o disposto no art. 428 do CPP.

Havendo processo em pauta, cumpriria ao Presidente determinar, com antecedência de 48 horas, pelo menos, as convocações dos jurados.

* Júri funcionava se estivessem presentes no mínimo 15 del

* sessão do Júri era realizada com observância dos arts, 442 do CPP, com as alterações que veremos.

1,

Instalada a sessão, para a qual eram notificados o órgão do Ministério Público,

querelante, se houvesse, o réu e seu defensor ou curador, era aquele apregoado. Se solto estivesse e não comparecia sem motivo justificado, era julgado à revelia. A seguir, eram os jurados advertidos dos motivos legais de suspeição e impedimento (arts. 458 e 462), não podendo participar, também, do Conselho, o jurado da mesma atividade profissional do réu. Seguia-se o sorteio dos 5 jurados que compunham o conselho de sentença. Naquele momento, poderiam as partes recusar, sem dar os motivos da recusa, até 3

jurados (3 cada uma). Seguiase o compromisso deles "de bem e sinceramente decidirem a causa, proferindo o voto a bem da verdade e da justiça".

Após, era o réu qualificado, sendo-lhe permitida qualquer declaração a bem da defesa. Seguia-se o relatório (CPP, art. 466). Havendo requerimento das partes ou de qualquer jurado no sentido de que se procedesse à leitura de quaisquer peças do processo, o Presidente determinava ao escrivão que o fizesse.

Se as partes, com antecedência de 48 horas, no mínimo, requeressem a ouvida das testemunhas que depuseram na instrução, após a leitura das peças eram elas ouvidas. Primeiro, as de acusação e, por último, as de defesa.

Terminada a inquirição, o Juiz dava a palavra ao órgão do Ministério Público (ou querelante, se se tratasse de ação privada subsidiária da pública) para proferir a acusação, pelo espaço de uma hora.

Se houvesse assistente, falava ele depois do Ministério Público, devendo, nesse caso, haver entre eles entendimento quanto ao tempo que cada um usaria. Na ausência de acordo, cumpria ao Juiz fixá-lo.

Por último,

por igual prazo, falava a defesa.

Não havia réplica e, por conseguinte, não havia tréplica. Havendo mais de um réu, o tempo para a acusação e defesa era o dobro.

Nenhum documento podia ser lido em plenário, a menos que tivesse sido observado o disposto no art. 475.

Terminados os debates, indagava o Presidente se os jurados estavam habilitados a julgar ou se precisavam de mais esclarecimentos (CPP, arts.

478 e s.).

Não havendo pedido dS esclarecimento, ou prestado o que fosse solicitado por qualquer jurado, o Juiz proferia a leitura do único quesito, indagando das partes se tinham requerimento ou reclamação, fazendo tudo constar da ata, e anunciava que ia proceder ao julgamento, convidando os jurados a se dirigirem com ele à sala secreta, acompanhados dos Acusadores, Defensores, Escrivão e de um Oficial de Justiça.

Na sala adequada, o Juiz formulava aos jurados um só quesito: "0 réu Fulano, qual. a fis. ..., no dia ... de ... de .... fez (descrever sucintamente o fato), praticando desse modo o crime previsto no art.

1% n. ..., da Lei n. 1.521, de 26-12-1951?".

Cada jurado, na sala secreta, recebia duas cédulas opacas, contendo as palavras "sim" e "não". Formulado o quesito, cada um deles depositava no receptáculo, que lhe apresentava o Oficial de Justiça, o seu voto. Feita a votação, recolhia o Oficial de Justiça as cédulas não utilizadas, mantendo-se desse modo o sigilo da votação.

Se o réu fosse absolvido (a decisão era por maioria), cumpria ao JuizPresidente prolatar a decisão, sem qualquer fundamentação, reportando-se apenas ao que decidiram os jurados. Neste caso, era ele posto imediatamente em liberdade, pois eventual recurso não teria efeito suspensivo.

Se condenado, o Presidente, ao proferir a respectiva sentença, referir-se-ia ao que decidiu o Conselho de Sentença. Mas, na aplicação 195

da pena, teria em vista as circunstâncias agravantes ou atenuantes existentes nos autos e atenderia ao disposto nos arts. 59 e 60 do CR

Dos recursos: a) se o Juiz recebesse a denúncia, descabia qualquer recurso; b) se houvesse rejeição, o recurso oponível era o previsto no art. 5 8 1, 1, do CPP; c) se, por abuso ou erro, o ato do Juiz implicasse inversão tumultuária do processo, caberia correição parcial; d) se o Juiz determinasse que se colocasse o processo

em pauta para julgamento, nenhum recurso seria oponível, uma vez que não se tratava de sentença de pronúncia, e sim de mero despacho que visava ao normal andamento do feito; e) se houvesse sentença absolutória, logo após a fase instrutória, isto é, se, em vez de colocar o processo na pauta para julgamento, o Juiz absolvesse o réu, haveria recurso de ofício, nos termos do art. 23, V, da Lei n. 1. 52 1, de 26-12195 1; sem embargo do recurso necessário, poderia a acusação interpor outro, aplicando-se, analogicamente, o que dispõe o art. 5 8 1, VI, combinado com o art. 411, todos do CPP; J) das sentenças de condenação ou absolvição, proferidas pelo Júri, cabia apelação sem efeito suspensivo.

Apreciando o recurso de apelo, não podia o Tribunal ad quem reformar a sentença, como judicium rescisorium, mas sim determinar, como judicium rescindens, se fosse o caso, se procedesse a novo julgamento.

Cabia protesto por novo Júri? À evidência, não, pois o pressuposto desse recurso é a pena imposta igual ou superior a 20 anos, e não há, nos crimes contra a economia popular, pena de tal gravidade.

Repita-se: a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, extinguiu esses Tribunais. Assim, como não pode haver órgão jurisdicional não previsto implícita ou explicitamente na Lei Maior - e referidos Tribunais também não são previstos na CF de 1988 -, pois o contrário importaria a violação do princípio do Juiz natural ou do Juiz competente, estamos que os Tribunais de economia popular são inconstitucionais, como inconstitucionais as regras do Direito Processual Penal que determinam a unidade de julgamento pelo Tribunal do Júri, quando houver conexão ou continência, entre um crime da sua alçada e outro que nela não se inclua.

Hoje, não mais funcionam os Tribunais de Economia Popular. Contudo ficou aqui registrado seu mecanismo, para conhecimento daqueles que quiserem fazer uma investigação sobre o nosso Júri.

Todas as infrações a que se refere a Lei n. 1.521, de 26-12-1951, inclusive aquelas que eram da alçada do Júri, são da competência do Juiz.

7. Crimes de imprensa

Tratando-se de crime de imprensa, apenado com detenção, o procedimento será semelhante àquele traçado para o mesmo crime, quando apenado com reclusão. Veja-se, a propósito, o verbete

Crimes de imprensa, no Capítulo 53. A única diferença está no número de testemunhas que pode ser arrolado pelas partes. A lei silencia. Mas, determinando o art. 48 da Lei n. 5.250, de 9-2-1967, seja aplicado subsidiariamente o CPP, e como este fixou em 5 o número de testemunhas (5 para a acusação e 5 para a defesa) para os crimes apenados com detenção (art. 539), segue-se que, nesses casos, este será o número.

8. Crimes de infanticídio e de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento

A

0 procedimento desses crimes é idêntico ao dos demais crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Consulte-se, a propósito, o verbete Crimes da competência do Júri no Capítulo 52.

Contudo há algumas particularidades: a) havendo primariedade, mesmo não tendo bons antecedentes, é possível ao infrator prestar fiança e aguardar solto o julgamento, nos termos do § 3." do art. 408, com a redação que lhe deu a Lei n. 5.941, de 22-11-1973; b) a intimação da sentença de pronuncia será feita nos termos do art. 415; c) o art. 45 1,

§ 1.", permite o julgamento à revelia; d) possível será a concessão do sursis, uma vez que a pena é diminuta; e) se houver condenação, nem sequer haverá necessidade de aguardar preso o resultado de eventual recurso; f) mesmo sendo reincidente, se a sentença for absolutória, não precisará aguardar preso o resultado de eventual recurso e, se condenatória, poderá prestar fiança. Não fosse assim, não haveria diferença entre condenação de um réu reincidente que cometeu um crime inafiançável e a daquele reincidente que cometeu um crime afiançável. Neste último caso, cabível será a fiança, malgrado seus maus antecedentes ou não-primariedade, ressalvada apenas a hipótese tratada no art. 323, 111, do CPP, quando, então, a infração seria inafiançável.

9. Crimes falimentares

Tudo quanto falamos sobre o procedimento dos crimes falimentares apenados com reclusão tem, aqui, inteiro cabimento. 0 procedimento é 197

igual. Mesmo quanto ao número de testemunhas, pois o art. 512 do CPP não distingue os apenados com reclusão daqueles aos quais se comina pena de detenção.

10. Crimes de responsabilidade de Prefeitos

Veja-se o verbete "Crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais" no capítulo anterior. Quer se trate de crime apenado com reclusão, quer com detenção, o procedimento é um só.

11. Crimes contra a propriedade imaterial.

Nos crimes contra a propriedade imaterial, que, por sinal, são apenados com detenção, o procedimento é semelhante ao comum para os crimes apenados com reclusão, consoante a regra que se vê no art. 524 do CPP, que determina se observem os arts. 394 a 405 e 498 a 502

e seu respectivo parágrafo. Teríamos, assim, a seqüência: denuncia ou queixa, recebimento, citação, interrogatório, defesa prévia (número máximo de testemunhas 8, tanto para a acusação como para a defesa), ouvida das testemunhas de acusação, audiência das testemunhas de defesa, prazo para diligência (art. 499), prazo para alegações (art. 500), sentença.

As particularidades que oferecem tal procedimento são: a) sem embargo de o crime ser apenado com detenção, o procedimento é semelhante ao comum traçado para os crimes apenados com

reclusão (CPP, arts. 394/405 e 498/502 e parágrafo único), por força do que dispõe o art. 524; b) particularidades ainda apresenta a fase pré-

processual. É o que veremos.

Se a infração deixou vestígios, a queixa ou a denúncia não poderá ser recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

Nesse caso, pouco importa seja a ação penal pública incondicionada, pública condicionada à representação ou privada. É indispensável que a peça acusatória venha instruída com o exame pericial dos objetos que o constituam.

Sendo privada a ação (e a maioria o é), exige-se mais: deverá o interessado, antes de promover a queixa-crime e antes mesmo de realizar qualquer diligência preliminarmente requerida, fazer prova do di-198

reito à ação. Assim, se o pretenso prejudicado, num crime que deixe vestígio, quiser promover ação penal, deverá, preliminarmente, encaminhar uma petição ao Juiz, demonstrando ser parte legítima para promovêIa e, nela, requererá a busca e apreensão e nomeação de dois peritos para procederem ao exame dos objetos. Suponha-se que A tenha patente para produzir determinada qualidade de "fio" e venha a saber que X, pelo mesmo processo, o está fabricando da mesma qualidade. Neste caso, o interessado dirigir-se-á ao Juiz, juntando fotocópia autenticada da sua patente regularmente registrada, expondo o fato, e, finalmente, requererá a busca e apreensão da maquinaria e exame dos objetos fabricados pelo contrafator.

Feita, assim, a prova do direito à ação (legitimatio ad causam), determinará o Juiz que se proceda à busca e apreensão (salvo se se tratar de conjunto de máquinas, cuja apreensão não se torne necessária) dos objetos, bem como ao exame das maquinarias e dos objetos de contrafação. Os peritos serio da livre escolha do Juiz. Se eles entenderem que a apreensão será necessária, fá-lo-ão. Quer procedam, quer não procedam a ela, deverão, contudo, apresentar o laudo pericial dentro de 3 dias, após o encerramento da diligência.

Cumpre aos peritos responderem aos quesitos formulados pelo interessado (que é o que se diz prejudicado). Poderão formulá-los, também, o representante do Ministério Público e o proprio Juiz.

A parte contrária não poderá formular quesitos. Trata-se de diligencia Í

. naudita altera parte (a parte contrária não é ouvida).

Apresentado o laudo, se os peritos entenderem inconveniente a apreensão, poderá o requerente da diligência impugná-lo, e o Juiz, então, se reconhecer improcedentes as razões aduzidas pelos peritos para a ela procederem, poderá

determiná-la.

Encerradas as diligências, os autos serão conclusos ao Juiz para a homologação do laudo.

Se o crime for de ação penal condicionada à representação, ou mesmo pública incondicionada, e houver deixado vestígios, a diligência preliminar de busca, apreensão e exame pericial é, também, indispensável e, tal qual na ação privada, funciona como verdadeira condição de procedibilidade.

0 que não se faz necessário, nesses casos, é a prova do direito à ação, como se percebe pela redação do art. 526, que a restringe à ação privada.

199

1 11

1~

1

Quando da realização desse procedimento preparatório, poderá o interessado requerer, também: a) apreensão e destruição de marca falsificada ou imitada no local onde for preparada ou onde quer que seja encontrada, antes de utilizada para fins criminosos; b) destruição da marca falsificada ou imitada nos volumes, produtos ou artigos que a contiverem, antes de serem despachadas nas repartições fiscais, ainda que fiquem inutilizados os envoltórios ou os proprios produtos ou artigos.

Todavia, tratando-se de estabelecimentos industriais ou comerciais legalmente organizados e que estejam funcionando publicamente, as diligências preliminares limitar-se-ão à vistoria e à apreensão dos produtos, artigos ou objetos, quando ordenadas pelo Juiz, não podendo ser paralisada sua atividade (cf. Dec.-Iei ri. 7.903, de 27-8-1945, art.

186, que não sofreu, no particular, alteração pelo Dec.-Iei ri.

25, de 282-1967). Idêntica é a redação do art. 203 da Lei ri. 9.279, de 14-5-1996, e cuja vigência se iniciou em 14 de maio de 1997.

Na diligência de busca e apreensão, em crime contra patente que tenha por objeto a invenção do processo, o oficial do juízo será acompanhado por perito, que verificará, preliminarmente, a existência do ilícito, podendo o Juiz ordenar a apreensão de produtos obtidos pelo patenteado (art. 201 da Lei

contrafator com o emprego do processo

ri. 9.279/96).

Insta acentuar que todo esse procedimento preparatório se processa em juizo, e os respectivos autos devem permanecer em cartór10~ aguardando a propositura da ação penal. Tratando-se de ação privada, se a contrafação se realizar num lugar e o contrafator tiver domicílio noutro, nada obsta sejam entregues ao requerente os autos do procedimento preparatório, porquanto poderá preferir promover a ação penal no domicílio do querelado, nos termos do art. 73 do CPP.

A defesa poderá argüir a nulidade de patente ou de registro em que a ação se fundar. Poderá, assim, o réu produzir provas no sentido de que havia nulidade de patente ou de registro. Se isso ocorrer, ele, obviamente, será absolvido. Todavia tal decisão não terá a necessária força para tornar nula a patente ou registro. É que o Juiz penal, nos termos do art. 205 da Lei ri. 9.279/96 (novo Código da Propriedade Industrial), apreciando a alegação de nulidade de invenção ou de registro, cognoscit, sed non judicat... "Poderá constituir matéria de defesa na ação penal a alegação de nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar. A

absolvição do réu, entretanto, não importará a nulidade da patente ou do registro, que só poderá ser demandada pela ação competente". 0 Juiz penal terá apenas a faculdade de resolver uma questão incidental que influi na qualificação jurídico-penal do fato objeto do processo, sem, todavia, emitir sobre ela decisão definitiva. Resolve-a para os fins exclusivos do Processo Penal, levado pela necessidade de estabelecer, de assentar uma base para o seu julgamento.

E se porventura o Juiz penal reconhecer válida a patente ou o registro e proferir sentença condenatória? Nada obsta que o réu, no juízo extrapenal, promova a competente ação (e pode fazê-lo antes da sentença), e, se conseguir o

reconhecimento de nulidade, deverá, por meio de habeas corpus ou mesmo de revisão criminal, pleitear a rescisão do decreto condenatório.

Entendemos que, se a ação de nulidade foi promovida no juízo competente, deverá o Juiz penal aguardar a solução do cível, exatamente para obviar decisões coffitantes, uma vez que a ação de

nulidade, in casu, é uma verdadeira questão prejudicial.

Qual o prazo para o ofendido promover a queixa, quando o crime haja deixado vestígios? Observe-se que, se o crime de ação privada deixou vestígios - e essa regra é válida para os crimes de ação pública -, a queixa não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito. E como soa o art.

525 do CPP. Por outro lado, dispõe o art. 529 do mesmo estatuto: "Nos crimes de ação privativa do ofendido, não será admitida queixa com fundamento em apreensão e em perícia, se decorrido o prazo de trinta dias, após a homologação do laudo".

Note-se que o prazo normal para o exercício do direito de queixa é de 6

meses, consoante o princípio geral inserto no art. 38 do CPP, a partir da data em que a pessoa investida nesse direito vier a saber quem foi o autor do crime. Contudo o próprio dispositivo invocado faz uma restrição: "Salvo disposição em contrário". E, entre as disposições que contrariam essa regra, está a traçada no art. 529 do mesmo estatuto. Assim, se o crime não deixou vestígio, o prazo é aquele do art. 38. Se o deixou, o do art. 529. Não se infira daí que o prazo seja maior. 0 art. 529 deve ser interpretado em confronto com o art. 38. 0 prazo é de 6 meses. Mas, se o ofendido, por exemplo, soube quem foi o autor do crime em janeiro de 1996 e somente em outubro é que requereu a busca e apreensão e respectiva perícia, obviamente extinta ficou a punibilidade

pela decadência. Entretanto, se, nesse mesmo exemplo, requereu a providência apontada em fevereiro e, em março, o laudo pericial foi devidamente homologado, então, se não apresentar a queixa antes dos 30 dias que se seguirem

à intimação da sua homologação, ocorrerá a decadência. A propósito, STJ, Ementário 14, ri.

640, DJ, 26-2-1996.

Contudo, a respeito do assunto, a jurisprudência não se pacificou. Há acórdãos no sentido de que o prazo é de 6 meses (cf. RT, 358/288, 376/254, 393/360, 468/349, 417/258; RV,

63134). Outros há entendendo que o prazo é de 30 dias após a homologação do laudo: RT, 377/ 266, 379/240, 3401249; RV, 62/611. Finalmente, decisões há no sentido de que o prazo é de

30 dias, mas a partir da intimação ao ofendido da decisão hornologatória: RT, 394/275, 416/279; RV, 69/401.

Sem embargo da flutuação jurisprudencial, toda a doutrina é no sentido de que o prazo para o exercicio do direito de queixa, nos crimes contra a propriedade imaterial, tenham, ou não,

deixado vestígios, é de 6 meses, consoante a regra geral do art. 38 do CPP.

A propósito:

o que se não pode admitir é que os artigos 529 e 530, i

citados, tenham estabelecido forma especial quanto ao prazo 1

de decadência, não se aplicando, por isso, in casu, a regra do artigo 105 do Código Penal. 0 que se infere dos dispositivos legais trazidos à colação é o seguinte: o ofendido, enquanto não decorrer o prazo do artigo 105 do Código Penal, pode propor a ação penal privada; mas, se antes tiver requerido di ligência preliminar de busca e apreensão, por força do art. 525

do Código de Processo Penal, não lhe será dado ingressar com a queixa, fundado em tal diligência, se esgotados se encontra rem os prazos mencionados, respectivamente, nos arts. 529,

'caput', e 530 do Código de Processo Penal" (cf. Frederico Marques, Elementos,

cit., v. 3, p. 359).

João da Gama Cerqueira, na obra clássica sobre propriedade industrial, professa:

a disposição do Código Penal (art. 529) não importa decadência do direito de queixa, visando somente a impedir que o requerente da diligência mantenha em depósito,

indefinidamente, os objetos apreendidos, causando injusto prejuízo 202

à parte contrária" (cf. Tratado da propriedade industrial, Forense, 1952, v. 2, t. 1, parte 2, p. 359).

Espínola Filho é do mesmo sentir:

"... apesar de oferecida no prazo legal, atendida a data da homologação do laudo, a queixa não poderá ser recebida se, a partir do conhecimento, pelo querelante, de quem autor do crime, de que foi vítima, já se escoou mais de um semestre..." (cf. Código, cit., 1955, v.

5, p. 219, ri. 1.022).

Hélio Tornaghi ensina:

"... Em matéria de decadência do direito de queixa, o prazo é de seis meses... Na hipótese de crime contra a propriedade intelectual, a ação fundada na apreensão e na perícia deve ser movida dentro de 30 dias, pois não seria razoável que o acusado ficasse pAvado das coisas apreendidas indefinidamente. Mas o ofendido decai apenas do direito de queixa com fundamento naquela apreensão. Nada o impede de requerer nova pericia, enquanto não decorrerem os seis meses da decadência normal" (cf. Curso, cit., 1980, v. 2, p. 255).

No mesmo sentido: Evangelista de Jesus (Código de Processo Penal anotado, Saraiva, 1984, p. 326); Magalhães Noronha (Curso, cit., 1974, p. 290).

Nos Tribunais, embora alguns julgados destoem, a corrente dominante é aquela que se orienta pela lição de toda a doutrina. A propósito, estes v. arestos colhidos à ventura: STF, Habeas Corpus n.

39.659, RV, 29/78; TACrimSP, Recurso Criminal 297.935, Julgados, 71/147 e RT, 562/340; Habeas Corpus n. 114.816, Julgados, 73/108; Habeas Corpus n.

113.694, Julgados, 73/105; Habeas

Corpus ri. 104.554, RT, 552/329 e Julgados, 65/160; Habeas Corpus n.

273.725, RT, 554/368 e Julgados, 68/205; Habeas Corpus n. 107.040, Julgados, 67/141; RT, 358/288, 356/254, 468/349; RV, 63/34; RT, 569/411; RTI, 103/334 e mais recentemente o v. aresto do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, RT, 587/323.

E bem verdade que alguns julgados entendem que a regra do art. 529 do CPP

é específica, e, assim, se o crime deixou vestígio, o prazo para a queixa não é de 6 meses, mas de 30 dias, após a

homologação do

1

laudo. Repetimos: não nos parece, data maxima venia, seja esse entendimento o mais correto. Admita-se, por exemplo, que Mévio, proprietário de uma patente para o fabrico de determinada máquina, tome conhecimento, em janeiro de 1996, de que Xisto esteja fabricando a mesma máquina, com flagrante violação do seu direito de propriedade e uso exclusivo da respectiva patente. Admita-se tenha Mévio procurado Xisto, 5 meses após, insistindo junto a ele para não fabricar a citada máquina, em face do seu privilégio. Admita-se houvesse Xisto continuado a violar o direito de patente de invenção. Admita-se tenha Mévio, 4 meses apos, recriminado, novamente, o procedimento de Xisto. Apesar de tudo, Xisto continuou a fabricar a mesma máquina, em frontal desrespeito ao direito de privilégio de Mévio. Teria sentido, depois de mais de um ano, viesse Mévio a requerer busca e apreensão, solicitando perícia, para, após a homologação do laudo, ofertar queixa? Seria um verdadeiro não-senso. 0 ofendido poderia estender o seu direito de querelar pelo tempo que lhe conviesse, respeitado apenas o prazo prescricional, o que seria, à evidência, manifesto absurdo.

Tratando-se de crime de ação pública (e apenas um o é - o definido no art. 191 da Lei n. 9.279/96), eventualmente poderá o ofendido requerer a busca e apreensão. Mas nem por isso poderá ofertar a queixa, a menos que o Ministério Público não ofereça a denúncia no prazo legal. 0 parágrafo único do art. 529 do CPP foi, em parte, revogado pelos arts. 129, 1, e 5.', LIX, da CF de 1988.

Se ocorrer a prisão em flagrante e o réu não for posto em liberdade, o prazo para a denúncia ou queixa será de 8 dias (art. 530). Poderá parecer que o prazo, aí, é apenas para a queixa. Mas não teria sentido que o particular dispusesse de prazo maior que o representante do Ministério Público.

12. Crimes de responsabilidade de funcionário público Há crimes de responsabilidade que ensejam, apenas, a perda da função pública e a inabilitação para o exercício de função pública durante certo prazo. Tais crimes, previstos na Lei n. 1.079, de 10-4-1950, são processados e julgados pelo Senado Federal - quando o acusado for o Presidente da República, Ministro de Estado, se o crime for conexo com o do Presidente, o Procurador-Geral da República e Ministros do STF. Se for praticado por Ministro de Estado, sem conexão com o do Presidente, o julgamento ficará afeto ao STF.

A Constituição atribuiu, também, no art. 52, 11, ao Senado Federal o poder de processar e julgar o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade. Entretanto não há lei que os defina.

Se por Governadores ou Secretários de Estado, conexos com os do Governador, o julgamento ficará afeto, no Estado de São Paulo, a um Tribunal misto, composto de 7 deputados e 7

desembargadores, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça.

Em se tratando de crime de responsabilidade do Governador do Distrito Federal ou de seus Secretários, a Lei n. 7.106, de 28-6-1983, estabelece, por primeiro, ser facultado a qualquer cidadão denunciar essas pessoas perante o Senado Federal. A denúncia acompanhada dos

elementos de convicção é encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça e

às Comissões que devam examinar-lhe o mérito, depois do que o Senado Federal, por maioria absoluta, poderá decretar a procedência da acusação e a conseqüente suspensão do Governador de suas funções. Declarada a pro(#edência da acusação, a Comissão Especial, constituída por 5 Senadores e 5 Desembargadores do Tribunal de Justiça, presidida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no prazo de 90 dias, concluirá pela condenação ou não.

Há crimes de responsabilidade, também denominados funcionais, apenados com reclusão ou detenção (vejam-se os arts. 312 a 326 do CP), cujo processo e julgamento ficam afetos ao Juiz de Direito. É desses delitos que os arts. 5 13 a 5 18 do CPP cuidam.

É verdade que o art. 514 do CPP refere-se a tais crimes, quando afiançáveis. Todavia, como estamos analisando os delitos funcionais apenados com detenção, e como todos eles admitem fiança, o procedimento segue, à risca, o disposto nos arts. 513 a 518 do estatuto processual penal.

Depois de recebida a denuncia ou queixa (na hipótese de ação privada subsidiária da pública), o procedimento é idêntico ao comum para os crimes apenados com reclusão, ex vi do art 518 do CPP.

Assim, a denúncia ou queixa conterá, no máximo, 8 testemunhas. Recebida esta, será o réu citado. Comparecendo, será interrogado. Se não foi encontrado, ou foi, mas não quis comparecer, o Juiz nomear-lhe-á defensor, a quem será dado o prazo para a "defesa prévia".

Após o interrogatório, ou, no segundo caso, após a notificação do defensor, virá a defesa prévia,

podendo o reu, por seu defensor, requerer diligência e arrolar até 8

testemunhas. Em seguida será designada data para a audiência das testemu-205

ali

nhas de acusação. Segue-se a ouvida das testemunhas de defesa. Após isso, virá o prazo para se requererem diligências (art. 499). Não havendo pedido de diligências ou ordenadas as requeridas ou determinadas, "de ofício", será aberta

vista dos autos às partes para as alegações (art. 500). Após, estando o processo em ordem, o Juiz proferirá sentença.

Esta é uma das particularidades: embora, muitas vezes, apenado o crime com detenção, em vez de obedecer ao disposto no art, 539, preferiu o legislador estabelecer um rito solene, tomando, assim, uma natural precaução no próprio interesse do serviço público.

Há outras particularidades: oferecida a denúncia ou queixa, antes de recebê-la, deverá o Juiz, depois de mandar autuá-la, ordenar a notificação do acusado para, dentro em 15 dias, contestar a acusação. Se não for conhecida a residência do funcionário, ou se ele se achar fora da jurisdição do Juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa preliminar. Para tanto, os autos permanecerão em cartório para o devido manuseio e exame pelo interessado ou seu defensor.

Há entendimento de que a regra contida no art. 514 do CPP só tem aplicação se a denúncia não for instruída com inquérito policial, mas simplesmente com aqueles documentos referidos no art. 513 do mesmo estatuto (cf. RV, 66/365 e 110/60 1). Não nos parece. Não se deve olvidar que a regra contida no art. 513 do CPP é do tempo, como bem diz Frederico Marques, em que não se admitia inquérito policial para os crimes funcionais... (Elementos, cit., v. 3, p. 379, nota 14). Por outro lado, o art. 513 do CPP quis, tão-somente, permitir, ex abundantia, pudesse a denúncia ou queixa ser ofertada sem inquérito. Só isto. 0 objetivo do art. 514 do CPP é resguardar a administração pública, permitindo que seus agentes, em face dessas acusações, antecipem sua defesa.

Se dermos outra interpretação, chegaremos ao absurdo (em face do futuro imperativo empregado no corpo do art. 513, será instruída) de serem erigidos aqueles "documentos ou justificação" ou "a declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação dos documentos ou da justificação" à categoria de condição de procedibilidade... Sem elas, a denúncia ou queixa não poderá ser oferecida.

Atente-se para a redação:

"Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos Juízes de Direito, a queixa ou a denúncia será

instruída com documentos ou jus tificação que façam presumir a existência do delito ou com 206

declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas".

Quanto à omissão da observância do art. 514, há dois entendimentos: a) gera nulidade absoluta (RT, 572/412, 611/323, 613/290, 625/ 379, 654/270; RSV, 34/64; RJVSP, 128/438 e 132/461); b) a

nulidade é relativa (RT, 725/544). Em maio de 1996, o STF pronunciou-se sobre duas questões: "1) Tendo a denúncia imputado ao ora paciente crimes funcionais e não funcionais, não se aplica o disposto no art. 514 do CPP, como já entendeu esta Corte (RTJ, 66/365). Bastante é que a denúncia classifique a conduta do réu em norma que defina crime não funcional, embora nela também inclua o de

responsabilidade, para se afastar a medida prevista no art. 514 do CPP.

2) De outra parte a omissão dessa formalidade só acarreta, segundo a jurisprudência desta Corte, nulidade relativa, que não se declara quando não alegada - como não o foi no caso - no momento oportuno, nem quando não há a demonstração de prejuízo para o réu" (HC

73.099-0-SP, DJU, 17-5-1996).

A nosso juízo, a nulidade é absoluta porquanto fere a ampla defesa.

Deverá o réu, por seu defensor, esmiuçar toda a prova que serviu de base à denúncia ou queixa, instruindo a sua defesa com documentos e até mesmo justificações (veja-se, a propósito, CPC, art.

861).

Apresentada a contestação, se o Juiz se convencer da inexistência de crime (fato atípico, ausência de injuridicidade ou ausência do elemento culpa) ou mesmo irregularidade formal da peça acusatória, rejeita-la-á, em despacho fundamentado.

Por último: quanto à informatio delicti, dispõe o art. 513: a queixa ou a denúncia

será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração

fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas".

Tal não quer dizer não possa ser elaborado inquérito policial. Aliás, na prática, a investigação preparatória da ação penal é feita pela Polícia... de sorte que o art. 513 do CPP quase perdeu sua aplicação. Tôdavia, se se quiser assentar a acusaçao em documentos, justificações ou declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, nada o impede.

Note-se que, embora o atual CPP fale em "justificação", não há nenhum dispositivo, no referido estatuto, que lhe trace o procedimento. Por isso mesmo deverá o intérprete valer-se do que dispõe o art.

861 do CPC.

207

Rejeitando o Juiz a contestação, receberá a denúncia ou queixa, e, nesse caso, deverá o réu ser citado. Não se trata de superfluidade. Notese que a notificação visa à resposta à acusação, e, se a residência do réu não for conhecida, ou mesmo se ele se encontrar fora da comarca do Juiz processante, nem sequer será notificado por edital.

Nomeia-se-lhe, de pronto, um defensor. Uma vez recebida a denúncia, estará instaurada a instância penal, e é justo seja ele citado, tomando, assim, conhecimento da acusação contra si intentada. Ademais, a própria lei exige a citação (CP, art. 517).

13. Crimes contra a honra

São crimes contra a honra a calúnia, a difamação e a injúria. Todavia o CPP, no Capítulo 111, Título 11, do Livro 11, faz referência apenas aos crimes de calúnia e injúria, omitindo, assim, referência à difamação. A omissão foi propositada? Não. 0 procedimento ali traçado é perfeitamente aplicável à difamação também. Explica-se: antes do atual CP, não havia entre nós a "difamação" com esse nomenjuris. 0 Código de 1890, no art. 317, b, dela cuidava como modalidade de injúria e, por isso, quando da elaboração do CPP, o legislador omitiu, no

Capítulo III do Título 11 do Livro 11, a palavra difamação. Mas nem por isso se tem por excluído daquele procedimento especial o crime de difamação. E tanto é exato esse raciocínio que o CPP, no art. 523, salienta: "quando for oferecida a exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado

Ora, a alegação de notoriedade do fato imputado tanto pode ocorrer

na calúnia como na difamação, sendo mais freqüente nesta.

Ademais, ubi eadem legis ratio, ubi eadem legis dispositio.

Percebe-se, pois, que as regras ali traçadas dizem respeito a todos os crimes contra a honra, salvo, como bem diz o art. 519, quando tratados em lei especial. Assim, os crimes contra a honra, cometidos por meio de imprensa, sujeitam-se ao procedimento definido na respectiva lei; os referidos na Lei de Segurança Nacional sujeitam-se ao procedimento especificado na Lei n. 7.170, de 14-12-1983; os de que trata o Código Eleitoral têm o seu rito na lei eleitoral.

0 Capítulo III do Título 11 do Livro 11 do CPP refere-se aos crimes contra a honra cujo processo e julgamento competirem ao Juiz singular, isto é, ao Juiz monocrático (Juiz de Direito). Aqueles cometidos por pessoas que gozam de foro pela prerrogativa de função sujeitam-se

1

1

E, se o querelado for menor de 21 anos e maior de 18, à audiência de reconciliação deverá estar presente, também, o seu representante legal.

Tratando-se de querelado mentalmente enfermo ou retardado mental, e se não tiver ele representante legal ou colidirem os interesses deste ao procedimento previsto nos arts. 556/562 do CPP, e na Lei n. 8.038/ 90, se a competência for do STF ou STJ, com as modificações que se tomarem necessárias.

Os crimes contra a honra, previstos no CP, são apenados com detenção. Sem embargo disso, o legislador, em vez de incluí-los entre os crimes cujo

procedimento vem traçado no art. 539, preferiu dar-lhes um rito diferente, para melhor tutelar o direito à honra.

Assim, a primeira observação a fazer é esta: os crimes contra a honra, a despeito de apenados com detenção, seguem o procedimento comum estabelecido em lei para os crimes apenados com reclusão (arts. 394/405 e 4981502, parágrafo único).

A segunda observação a fazer é esta: se a ação penal se iniciar por meio de queixa - e o crime for de exclusiva ação penal privada -, oferecida a peça acusatória, o Juiz, depois de mandar autuá-la, notificará o querelante e o quereladp para, desacompanhados dos seus advogados, comparecerem, em dia e hora previamente designados, à sua presença, devendo, antes, ouvir o Promotor de Justiça, nos termos e para os fins do art. 46, § 2.', do CPR

0 Magistrado, então, em sua sala, ouvirá reservadamente o querelante e, depois, o querelado. Após conversa informal com eles, separadamente, se considerar provável a conciliação, logo em seguida procurará prornover-lhes entendimento.

Se houver a conciliação, lavrar-se-á um termo de desistência, assinado pelo querelante. Nesse caso, juntando-se o termo aos autos do processo, o Juiz determinará o arquivamento da queixa.

Se o querelante for menor de 21 anos e maior de 18, a reconciliação deverá ser feita na presença do seu representante legal. E entendemos que, se houver discordância entre querelante e representante legal, prevalecerá a vontade daquele que não quiser a reconciliação, aplicando-se, por analogia, o parágrafo único do art. 50

ou o art. 52 do CPP.

Se a queixa foi oferecida por curador nomeado pelo Juiz, nos termos do art. 33, entendemos que a reconciliação será entre o curador e o querelado.

com os daquele, à audiência de reconciliação deverá comparecer o curador que o Juiz lhe nomear, aplicando-se, analogicamente, o que dispõe o art.

53 do CPP.

Nesses dois últimos casos, embora seja necessária a presença do representante legal do querelado ou do seu curador, será irrelevante sua oposição. Desde que o querelante queira desistir da queixa, nada o impede. A desistência é unilateral, e não bilateral. Todavia sua presença é necessária porque naquela audiência reservada o Juiz procurará não evitar propriamente o andamento de mais um processo... mas reconciliar duas pessoas, evitando que o ódio e o rancor entre elas persistam, procurando estabelecer um clima de harmonia, desfazendo um mal-estar que poderia ter conseqüências outras.

Se o querelante não comparecer àquela audiência, que é necessária, darse-á, sem sombra de dúvida, a perempção da ação penal, nos precisos termos do art. 60, 111, do CPP, salvo se justificar seu não-comparecimento e o Juiz vier a aceitar-lhe a justificação. Se o nãocomparecimento for do querelado, a despeito de devidamente notificado, se residir ele no foro do Juiz processante, poderá ser conduzido coercitivamente, nos termos do art. 260 do CPP.

Tal audiência funciona como verdadeira condição de procedibilidade, que, pela sua natureza, não temos dúvida em denominá-la condição de procedibilidade imprópria. As propriamente ditas são exigidas para a propositura da ação. Aqui ela é exigida para o prosseguimento da ação penal.

Não havendo reconciliação, cumpre ao Juiz receber a queixa, e, uma vez presente o querelado, nada obsta que, a seguir, o Juiz passe a interrogá-

lo, abreviando, assim, o curso do procedimento.

Se o crime contra a honra for de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, não haverá a audiência de conciliação. 0 obstáculo não está no fato de o art. 520 do CPP usar apenas a expressão queixa, pois, se o fosse, o procedimento traçado nos arts. 519

a 523 do CPP seria exclusivo para os crimes contra a honra, cuja ação penal se iniciasse por meio daquela peça processual, uma vez que os arts. 520, 521, 522 e 523 só se referem à figura do querelante, denominação dada ao acusador nos crimes cujo processo se instaura por meio de queixa.

A razão é outra. Se o crime contra a honra for de ação pública, como esta é regida pelo princípio da indisponibilidade, consoante a regra 210

do art. 42 do CPP, evidentemente não se poderia conceber a conciliação...

Mesmo sendo condicionada a ação penal, além do princípio da indisponibilidade a que se sujeita, o legislador, no art. 25 do CPP, impede a retratação da representação depois de oferecida a denúncia.

Desse modo, não se podem harmonizar tais principios com aquele disciplinado no art. 520 do CPR Ademais, este fala em audiência das partes, sem a presença dos advogados, deixando entrever, claramente, que a regra ali contida não pode ter qualquer aplicação em se tratando de crime de ação pública. Ainda que o ofendido ofereça queixa substitutiva da denúncia (CPP, art, 29), inaplicável se torna a regra permissiva da conciliação, porquanto esta implica desistência da ação, e o ofendido não pode dispor de um direito que, a rigor, não lhe pertence.

Recebida a queixa ou a denúncia, outro incidente dá um colorido todo especial ao procedimento quanto aos crimes contra a honra. E que, em se tratando de calúnia, nVs casos em que a lei admite a exceção da verdade, poderá o querelado ou réu, no prazo de defesa prévia, argüiIa, dizendo que o fato imputado era e é verdadeiro, que não fez nenhuma imputação falsa, propondo-se a proceder à demonstratio veritatis. Se tal ocorrer, deverá o querelante ser notificado de que o querelado argüiu a exceptio veritatis, tendo, assim, o querelante o prazo de 2 dias para contestá-la. Na contestação, poderá ele substituir as testemunhas arroladas na queixa, mantê-las ou acrescentar outras até completar o número legal, que, como sabemos, é de 8, nos termos do art. 398. Insta acentuar que, arguida a exceção da verdade e contestada, ou não, não se forma um processo distinto. Tudo se passa no mesmo processo-crime, e as testemunhas serão ouvidas normalmente: primeiro, aquelas arroladas na queixa ou na contestação, depois, as indicadas pelo querelado.

Embora o art. 523 fale apenas em querelante, é curial que aquele dispositivo se aplica também ao Ministério Público, a menos que se pense não ser possível a exceção da verdade nos crimes contra a honra cujo processo se inicie por meio de denúncia ou, então, que o Ministério Público não possa contestá-la. Ali, pois, a palavra querelante está no sentido de acusador, podendo ser o particular ou o órgão estatal da cusação.

Não se deve deslembrar que, atualmente, em raras hipóteses, o Ministério Público oferece denúncia em crimes contra a honra que ensejam a exceptio veritatis. Senão vejamos:

211

1.a) Nos crimes contra a honra (calúnia e excepcionalmente difamação) cometidos através da Imprensa contra Ministro de Estado a ação é pública, condicionada à requisição ministerial. Possível será a demonstratio veri (cf. arts. 20, §§ 2.' e 3.', 21, a, 40, 1, a, todos da Lei n. 5.250/67).

2.') Nos crimes contra a honra cometidos contra funcionário público, em razão de suas funções, ou contra órgão ou entidade que exerça função de autoridade pública, através da

Imprensa, a ação é pública subordinada à representação (cf. Lei de Imprensa, art. 40, 1, b). Não há, nessa hipótese, nenhum obstáculo à prova da verdade.

3.') Nos crimes de calúnia e difamação cometidos contra funcionano público em razão de suas funções, a ação penal é pública condicionada à representação, nos termos do art. 141,

11, combinado com o art. 145, parágrafo único, do CR Admissível, nesse caso, a exceção da verdade.

Quando é cabível a exceção da verdade? De acordo com o CP, os crimes de calúnia, em princípio, a comportam, salvante os casos enu-i

merados nos incs. 1, 11 e 111 do § 3.' do art. 138. Tratando-se de difama-

ção, não permitiu o legislador pudesse quem quer que seja arvorar-se

i

1

em censor da honra alheia. Mas esta libertas conviciandi é tolerada quando o ofendido é funcionário público e o fato ofensivo à sua repu tação disser respeito às suas funções (CP, art. 139, parágrafo único).

Desse modo, se a difamação for cometida contra funcionário público em razão de suas funções, oponível será a exceptio veritatis, dado o interesse da Administração Pública em apurar o fato desabonador por ele cometido nas suas funções ou em razão delas. A indevassabilidade da honra, nessa hipótese, por razões óbvias, encontra uma exceção.

Se se tratar de difamação, como é proibida a libertas convicii, não se admite a exceção da verdade, salvo: a) se o crime é praticado contra funcionário público, em razão das

funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública; b) se o ofendido permitir a prova (cf. Lei de Imprensa, art. 21,

§ 1.', a e b). Restará indagar, apenas, no

caso concreto, se o crime não é contra a segurança nacional. Sendo-o, não se admite a exceptio.

No Código Eleitoral, a matéria vem disciplinada, em harmonia com o CP, nos arts. 423 e s.

Vistos os casos em que se permite a exceção da verdade, indagase: e se o querelado ou réu não arguir a exceptio, tal como lhe permite 212

o art. 523 do CPP, poderão ser formuladas, na instrução, perguntas às testemunhas sobre o "fato imputado"?

1

Estamos que não. E certo que caluniar é imputar a alguém, falsamente, fato definido em lei como crime, donde se concluir que a imputação verídica não tipifica o crime. A falsidade funciona, pois, como elemento normativo do tipo. E por esse motivo que a lei permite (a não ser em casos excepcionais) ao caluniador a demonstratio veritatis. Se verdadeiro o fato, não haverá crime; do contrário, sim.

Permite-se tal direito ao querelado ou ao réu. Mas, se não argüida, opportuno tempore, a exceção da verdade, não é dado ao Juiz ou às partes, na instrução, formularem perguntas às testemunhas sobre a veracidade do fato criminoso

imputado. Se a falsidade da imputação constitui elementar do tipo, parece deva o Juiz perquirir a respeito, haja ou não a exceptio, dado que lhe cumpre investigar a verdade. Entendemos, contudo, não ser possível. 0 contrário implicaria ultraje ao legislador, por haver inserido no texto de um Código palavras inúteis. Se fosse possível, por que estabelecer o momento adequado para se suscitar a exceção? Como ficaria a posição do acusador, ante a impossibilidade de fazer contraprova? Os caluniadores lançariam mão desse ardil: não argüiriam a exceção da verdade e, com a omissão, não seria lícito ao acusador fazer prova em contrário, tal como lhe permite o art. 523 do CPP, e, na instrução, poderia o querelado ou réu levar para os autos elementos que deixassem o Juiz na incerteza quanto à existência do fato, vindo a proferir um decreto absolutório com fulcro no art. 386, VI, do CPP.

Ante o exposto, pensamos que, não argüida a exceptio, não se poderá questionar a respeito da veracidade ou não do fato imputado. Há de se presumir-lhe a falsidade.

Analisando-se o tipo descrito no art. 138 do CP, conclui-se, é verdade, que a falsidade da imputação é elementar da calúnia, de sorte que, a contrario sensu, se verdadeira a imputação, não há cuidar-se de crime. Mas, como esclarece Hungria, nem sempre assim acontece, isto é, nem sempre a calúnia é condicionada à inverdade da imputação: nos casos excepcionais em que é vedada a exceptio veritatis, tem-se de reconhecer que a calúnia é a simples imputação de fato definido como crime, pouco importando se falsa ou verdadeira (cf.

Comentários, v. 6, p. 60).

Nessa ordem de idéias, se A imputa a B fato ofensivo à sua reputação, comete difamação, ainda que o fato seja verdadeiro, pois ninguém pode ser censor da honra alheia. La vie privée doit être murée

aux yeux Xautrui, como disse Royer Collard. Mas, se a hipótese subsumirse na moldura do art. 139, parágrafo único, do CP, possível será a prova da verdade. Entretanto, havendo preclusão de tal direito, a situação equivale àquela em que se veda a exceção.

Diga-se o mesmo a respeito da calúnia. A não-oposição da exceptio veritatis equipara-se à proibição legal. Se, nos casos em que a lei proíbe a exceção, não pode o caluniador

fazer prova de que o fato é verdadeiro,

1

também não poderá fazê-la se precluso ficou o seu direito de argüi-Ia.

Outra forma de defesa, nos procedimentos dos crimes contra a honra, 1

exceto o crime de injuria, consiste na argüição da "notoriedade do fato

i

i

imputado". Não cabe a mencionada forma de defesa na injuria, porque aí não há imputação de fato, e sim atribuição de qualidade. Tratando-se de difamação, que consiste na imputação de fato que ofende a honra objetiva, admite-se. Diga-se o mesmo quanto ao crime de calúnia. Tal alegação é destinada, como bem diz Hun ria, a demonstrar a boa-fé do i

9

acusado, isto é, a ausência de conhecimento de falsidade (Comentários, cit., v. 6, p. 79). A notoriedade é "a qualidade daquilo que ocorreu à vista de todos ou é sabido de todos". 0 fato boatado não constitui fato notório, pois o agente, nesse caso, sabia que o fato era falso, ou, pelo menos, devia presumi-lo falso.

Observação. Se, por acaso, for oposta e admitida a exceção da verdade, não haverá um desdobramento do procedimento. Oposta a exceção, se for admitida, dar-se-á vista dos

autos à parte acusadora (que pode ser o particular ou o MP), para, querendo, contestá-la e, inclusive, completar o rol de testemunhas ou substituí-Ias. Feito isto, o Juiz designa data para o início da instrução, ouvindo-se as testemunhas de acusação (indicadas na inicial ou substituídas na contestação da exceção), e,

depois, ouvidas as de defesa, observar-se-á o disposto nos

arts. 499 e 500 do CPP. A propósito, Espínola Filho: "... Não lia um processo destacado da exceção, mas admitida pelo Juiz, será objeto de prova, no curso normal da ação penal, e

juntamente com qualquer outra modalidade de defesa de que se tenha socorrido o acusado.

E, não determinando o CPP um julgamento preliminar da causa, no qual o Juiz deva absolver, sumariamente, o réu, se procedente a exceptio veritatis, compete ao Julgador apreciar

a exceção da verdade, ou da notoriedade, quando recebe os autos para decisão final, que abrange, num só todo, o merecimento da acusação e o da defesa, em qualquer dos seus

aspectos" (cf. CPP brasileiro anotado, Borsoi, v. 5, p. 191, n. 1.008).

214

14. Crimes da Lei das Licitações

A nova Lei das Licitações e dos Contratos (Lei n. 8.666, de 21-61993) criou várias figuras delituais penais, todas elas apenadas, com detenção e, ao mesmo tempo, nos arts. 100 a 108, estabeleceu o procedimento.

Os crimes são de ação pública incondicionada. Admite-se a ação privada subsidiária da pública, se ocorrer a hipótese do art. 29 do CPP.

Recebida a denúncia e citado o réu, terá este o prazo de 10 dias para a apresentação de defesa escrita, contado da data do seu interrogatório, podendo juntar documentos, arrolar as testemunhas que tiver, em número não superior a 5, e indicar as demais provas que pretenda produzir.

Ouvidas as testemunhas da acusação e da defesa e realizadas as diligências instrutórias deferidas ou ordenadas pelo Juiz, abrir-se-á, sucessivamente, o prazo de 5 dias a cada parte para alegações finais.

Decorrido esse prazo, e conclusos os autos dentro de 24 horas, terá o Juiz 10 dias para proferir a sentença.

No processo e julgamento das infrações previstas na Lei das Licitações, assim como nos recursos e nas execuçoes que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o CPP e a LEP.

215

JE

capítulo 55

Procedimento das Contravençoes

SUMÁRIO: 1. Preliminares. 2. 0 procedimento comum para as contravipnções segundo o CPP. 3. 0 procedimento sumariíssimo. 0 Juizado Especial Criminal e a transação. 4. A transação. Justiça negociada. 5. 0

procedimento especial. 6. Pode

qualquer do povo provocar a iniciativa do Promotor na contravenção do jogo do bicho? E se o Promotor requerer o arquivamento das informações?

7. 0 procedimento das contravenções eleitorais. Observações.

1. Preliminares

Até o advento da Carta Política de 1988, o procedimento para as contravenções (e para os crimes de homicídio e lesões culposos quando a autoria era conhecida nos primeiros 15 dias) era iniciado pela Autoridade Policial ou pelo Juiz, tal como dispunha o art. 531 do CPP. Quando era iniciado pela Polícia, chamavam-no processo judicialifórme. Quando einjuízo, ação penal "ex officio". Toda a doutrina lançava críticas ao sistema: como podia a Autoridade Policial exercer atividades de Juiz? Era uma ofensa ao princípio do Juiz natural. E como podia o Juiz praticar o ato de iniciativa do processo? No processo de tipo acusatório, como o nosso, a função de acusar não podia, como não pode, ser exercida pelo Juiz. Além dessas críticas já havia movimento no sentido de se extinguir aquela denominada ação penal "ex officio". Aos poucos o

movimento ia crescendo. Já havia decisões, inclusive do STF, possibilitando, também, ao Ministério Público, legitimidade para o ato de iniciativa. Contudo, o golpe de misericórdia foi desfechado com a Constituição Federal de 1988. Seu art. 129, 1, conferiu ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal pública. Como nas contravenções penais a ação penal também é pública (art. 17 da Lei das Contravenções Penais), o mesmo ocorrendo com os crimes de homicídio e lesões culposos, o seu exercício passou a ser exclusivo do Ministério Público, e somente este, desde então, podia praticar o ato de iniciativa nesses feitos, acompanhando-lhes todo o arco procedimental, em face da sua posição de dominus litis.

Hoje, à semelhança do que ocorre com os crimes apenados com detenção, o procedimento contravencional apresenta-se sob quatro modalidades: a) o sumário, previsto nos arts. 537/540 do CPP; b) a transação, de que tratam os arts. 69 a 76, da Lei dos Juizados Especiais Criminais; c) o sumariíssimo, referido nos arts. 77181 desse mesmo diploma; e, finalmente, d) o especial.

2. 0 procedimento comum para as contravenções segundo o CPP

Conferindo o art. 129, 1, da Magna Carta exclusivamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (ressalvada a única hipótese de ação privada subsidiária da pública), o exercício da ação penal nas contravenções tornou-se privativo daquele órgão público.

Quando da promulgação do Código, em 1942, querendo o legislador submeter as contravenções a um procedimento bastante sumário, aboliu não só o inquérito, como, inclusive, fixou o número de testemunhas em 3, fosse para a acusação, fosse para a defesa. Com a extinção do procedimento ex officio, em 1988, passou-se a elaborar inquérito para apurar tais infrações. Remetido a Juízo, o Promotor oferecia denúncia (se fosse o caso), arrolando no máximo 3 testemunhas.

Recebida, era o contraventor citado para o interrogatório. Após, vinha a defesa prévia, observava-se o art. 534 do CPP, ouviam-se as testemunhas de acusação,

saneava-se o processo, ouviam-se as testemunhas de defesa, seguindo-se os debates e julgamento.

Assim, o procedimento ficou e é idêntico ao comum para os crimes apenados com detenção. A única particularidade reside no número de testemunhas: 3

para as contravenções e 5 para os crimes.

Quer-nos

parecer que a acusação só pode arrolar até 3 (art. 533), o mesmo ocorrendo com a defesa (art. 537). Este número, já fixado em lei, é suficiente para o desate de uma questão de pouco significado, como é a contravenção.

Por outro lado, quando os nossos Tribunais, antes da Magna Carta de 1988, passaram a conferir legitimidade aos Promotores para o ato de iniciativa das contravenções, jamais se contestou devesse ser superior a 3 o número de testemunhas. Isto posto, o procedimento ficou assim: a) denúncia; b) recebimento; c) citação; d) interrogatório; e) defesa prévia; J) observância do art. 534 do CPP; g) ouvida das testemunhas de acusação (máximo 3); h) arremedo de saneador; i) ouvida das testemunhas de defesa; j) debates e julgamento. Salvo se se tratar de contravenção sujeita a procedimento especial, como as do jogo do bicho, de apostas sobre corridas de cavalos feitas fora do hipódromo e até mesmo as florestais (Lei ri. 1.508, de 19-12-1951).

Por outro lado, a parti# da vigência da Lei ri. 9.099/95, instituindo a transação, como forma negociada para pôr termo ao conflito, ou até mesmo o procedimento sumariíssimo, ocorrendo uma das hipóteses previstas no art. 66, parágrafo único, e no art. 77, § 1% do citado diploma, o procedimento para as contravenções continua sendo o comum, previsto nos arts. 539, 540 e 538 do CPP, com ligeira alteração: o número de testemunhas. Se se tratar de contravenção subordinada a procedimento especial, este será o observado, como veremos a seguir.

3. 0 procedimento sumariíssimo

Sobre o assunto, em face da absoluta semelhança, veja-se o verbete com essa mesma denominação no capítulo anterior.

0 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E A TRANSAÇAO

4. A transação. justiça negociada

De há muito, Juízes, Promotores e Advogados vêm lutando por uma reforma no nosso sistema processual penal, principalmente no que respeita às infrações de menor potencial ofensivo, cujo número estonteante vinha emperrando a máquina judiciária, sem qualquer resultado prático. Entusiasmado com as novidades introduzidas nos ordenamentos 219

e

i

1

europeus (a Lei n. 689181, da Itália, que se converteu no art. 444 do atual Codice de Procedura Penale, o Código de Processo português), com os resultados excelentes que o Juizado Especial de Pequenas Causas vinha apresentando no cível desde 1984, o legislador constituinte instituiu no art. 98, 1, da Carta Política de 1988, os Juizados Especiais Criminais, com competência para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo. Essa providência de há muito reclamada já estava fazendo sucesso em outros países desde os anos 70, quando surgiu um movimento de transformação que marcou profundamente o Direito Penal, em face do declínio do ideal de reabilitação dos condenados e, principalmente, em razão do esboroamento do nosso sistema penitenciário, decorrente da falta de interesse do Estado, que insiste e renite em manter em verdadeiras pocilgas dezenas de seres humanos em condições verdadeiramente inumanas.

Na Alemanha, a reforma introduzida em 1975 representou, no dizer de Chiavario, "un modèle de reconnaissance légale d'une forme de justice consensuelle" (Mario Chiavario, Lajustice negoci . ee: une problematique à construire, Paris, APC (Archives de Politique Criminelle), 1993, n. 15, p. 27). E isto porque, nos termos do

§ 153 da StPO, o arquivamento sob condição (vorlãufigesAbsehen von Klage) pode ser realizado pelo Ministério Público com o consentimento do Juiz e do

acusado. Trata-se de um procedimento facultativo e que se aplica, sobretudo, "en matière de délinquance économique" (J. Pradel, Le consensualisme en droit pénal comparé, Paris, APC, 1993, p. 58).

Na Itália, a "remissione della querela", que representa a extinçao da ação penal pública, o "patteggiamento" e o "giudizio abbreviato", forma de justiça consensual, aplicável a numerosas infrações, ainda que graves; o plea bargaining norte-americano, em suas duas formas - a sentence bargaining (negociação quanto à pena) e a charge bargaining (negociação quanto à imputação); a lei belga de 10-2-1994, que organizou um processo de mediação penal; a descriminalização, na Bélgica, de algumas figuras delituais, como o adultério; a substituição da pena por uma sanção civil, na França, quanto ao

delito de émission de chèques sans provision; a mediação introduzida na França pela Lei n. 93-2, de 4-1-1993, que alterou o art. 41 do Code de Procédure Pénale, conferindo ao Parquet a

oportunidade para acusar, arquivar e empreender mediação penal; a Reconímandation R. (87), de 17-9-1987, do Conselho de Ministros do Conselho da Europa sobre a simplificação da Justiça 220

penal, sugerindo expressamente a adoção do plea guilty como perspectiva de rapidez na Justiça. Por tudo isso surgiu entre nós a Lei n. 9.099/95

disciplinando o Juizado Especial Criminal para as infrações de menor potencial ofensivo, de que é paradigma a contravenção. E a consagração da Justiça consensual, porquanto a reprimenda é fruto de debate entre as partes até chegar a um acordo.

Como o procedimento que objetiva a transação nos feitos contravencionais é absolutamente o mesmo para os crimes apenados com detenção não subordinados a procedimento especial e com pena máxima não superior a um ano, remetemos o leitor ao verbete n. 2 do Capítulo 54 deste volume.

Embora estejamos a falar em Juizado Especial, convém assinalar que muitos Estados ainda não elaboraram suas leis com vistas à sua criação e instalação. No Estado de São Paulo, por exemplo, as funções que são cometidas aos Juizados estão sendo exercidas pelas Varas Criminais Comuns*. A

S. 0 procedimento especial

Nas hipóteses de jogo do bicho, apostas sobre corrida de cavalos feita fora do hipódromo e das contravenções previstas nas alíneas e, j, 1 e m do art. 26 do Código Florestal (não abrangidas pela Lei Ambiental - Lei n. 9.605198), caso não sejam possíveis a transação e o procedimento sumariíssimo, observar-se-á o procedimento previsto no art.

311 da Lei n. 1.508, de 19-12-1951, com a seguinte seqüência: a) denúncia; b) recebimento, com designação de data para a audiência de instrução e julgamento; o Juiz determinará, outrossim, a citação do réu; c) este, por seu defensor ou curador, poderá requerer, dentro no prazo de 3 dias anteriores à audiência, sejam ouvidas as testemunhas de defesa, em número não superior a 3, pedindo sejam notificadas, ou declarando que comparecerão

independentemente de notificação; d) na audiência cumprirá ao Juiz interrogar o réu, ouvir as testemunhas de acusação e de defesa e, a seguir, dar a palavra às partes para as alegações finais, em geral feitas oralmente, pelo prazo de 20 minutos, e, em seguida, ou no prazo de 5 dias, o Juiz proferirá a sentença.

1

Sobre o Juizado Especial no Estado de São Paulo, ver a Lei Complementar n. 851, de 9-12-1998, no Apêndice.

6. Pode qualquer do povo provocar a iniciativa do Promotor na contravenção do jogo do bicho? E se o Promotor requerer o arquivamento das informações?

Permite-se, também, a qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do art. 27 do CPP, para o processo que estamos estudando. Assim, quando alguém tem ciência de que outrem tenha infringido o disposto no art. 58 e seu § 1.', ou no art. 60

do Decreto-lei n. 6.259, de 10-2-1944, pode fazer uma representação ao Ministério Público. Esta não tem a natureza de condição de procedibilidade,

mas, sim, de simples notitia criminis. Feita a representação, é ela devidarnente registrada pelo distribuidor e, incontinenti, enviada ao representante do Ministério Público. Desde que, com a

representação, sejam fornecidos elementos de convicção, deve o Promotor oferecer denúncia. Do contrário, pode oficiar à Autoridade Policial para colher os elementos de que precise, oferecendo denúncia a seguir. Se, num caso ou noutro, o Promotor requerer o arquivamento da peça informativa e o Juiz acolher o pedido, poderá o notificante interpor recurso em sentido estrito (Lei n. 1.508/51, art. 6.', parágrafo único).

Na hipótese de ser ordenado o arquivamento, cremos que o Juiz deve, no mesmo despacho, determinar a intimação do notificante, pois o prazo recursal inicia-se após a intimação.

Se o Juiz discordar do pedido de arquivamento, outro caminho não lhe restará senão aplicar a regra do art. 28 do CPP.

7. 0 procedimento das contravenções eleitorais. Observações Embora o Código Eleitoral não fale em contravenção, o certo é que existem algumas infrações eleitorais apenadas exclusivamente com multa; assim sendo, pode-se falar em contravenção eleitoral, malgrado o entendimento, sempre respeitável, do emérito Prof. Jorge Alberto Romeiro (Da ação penal, 2. ed., Forense, 1978, p. 153).

Na verdade, não há diferença ontológica entre crime e contravenção. Ambos são infrações penais. Contudo, há uma diferença quantitativa entre eles.

Para diferenciá-los, o critério adotado pelo legislador brasileiro, diz Hungria, é o da distinctio delictorum expoena:

"A reclusão e a detenção são as penas privativas de liberdade correspondentes ao crime, e a prisão simples, a correspondente à contravenção, enquanto a pena de multa não e jamais cominada isoladamente ao crime" (Comenuírios, cit., v. 1, t. 2, p. 37).

dispõe:

Por outro lado, o art. 1.' da Lei de Introdução ao Código Penal

"Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cuniulativamente".

Ora, se entre nós o discrime é feito quantitativamente, mesmo porque, como dizia Ferri, não há outro critério positivo e seguro de distinção entre eles, senão a sanção repressiva estabelecida pelo Código e por leis especiais, para uma ou outra infração (apud Maggiore, Derecho penal, cit., v. 1, p. 290), pouco importa que o Código Eleitoral tenha feito uso da expressão crimes eleitorais, neles englobando figuras punidas com reclusão ou detQnção e multa.

Não cremos, data venia, que o art. 1.' da Lei de Introdução ao Código Penal seja uma lex specialis. Trata-se, no nosso entendimento, de regra elucidativa sobre o critério adotado pelo sistema jurídico brasileiro e que tem sido preferido pelas mais avançadas legislações; por esse motivo que não poderia ter sido ignorado pelo legislador quando da elaboração do Código Eleitoral. Se o foi, como pode parecer, nem por isso se deve olvidar a dicotomia vigente no nosso sistema normativo penal. Veja-se, no particular, Marcelo Jardim Linhares, Contravenções penais, Saraiva, 1980, v. 3, p. 781.

Assim, quando a infração eleitoral é apenada com multa, estarnos em face de uma contravenção.

Nesse caso, o procedimento também é especial. De início, é de ponderar que o processo somente pode ser iniciado através de denúncia do órgão do Ministério Público que funcionar no juízo eleitoral.

Oferecida a denúncia, dentro no prazo de 10 dias, a partir da data em que receber o órgão do Ministério Público os elementos de convicção, se for recebida, o Juiz determinará a citação do réu para contestar a acusaçao no mesmo prazo. 0 Código Eleitoral não diz quantas testemunhas poderão ser arroladas, mas, como o art. 364 determina que se apliquem as normas do CPP comum supletivamente, segue-se que, tratando-se de contravenção, não poderá o Ministério Público arrolar mais de 3 testemunhas. 0 réu, na contestação, também não poderá arrolar mais de 3.

ffi~

Na denúncia, bem como na contestação, poderão acusador e acusado, respectivamente, requerer quaisquer diligências. Apresentada a contestação, o Juiz designará data para a ouvida das testemunhas arroladas (primeiro as de acusaçao e, em seguida, as de defesa). Se tiverem sido requeridas diligências e o Juiz as tiver deferido, ou mesmo se o Juiz as tiver ordenado de ofício, após a sua realização será aberta vista dos autos à acusação e, em seguida, à defesa pelo prazo de 5 dias para cada uma das partes, para as alegações finais.

Feitas as alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, dentro em 48 horas, a fim de proferir sentença no prazo de 10 dias. Da sentença de absolvição ou condenação, caberá recurso para o Tribunal Regional Eleitoral, no prazo de 10 dias. Como tais contravenções são da competência da Justiça Eleitoral, especial por excelência, a elas não se aplicam a transaçao e o procedimento sumariíssimo.

Observações

A) Nas infrações eleitorais (crimes ou contravenções), recebida a denúncia e citado o infrator, tem este o prazo de 10 dias para contestá-

la, podendo juntar documentos, arrolar testemunhas e requerer diligências. 0 prazo para a contestação, a mingua de preceito expresso, obviamente deve ser contado a partir da juntada do mandado devidamente cumprido. Em se tratando de precatória, a partir da juntada aos autos da carta regularmente realizada. Aplica-se, pois, por força do art. 3.' do CPP, a regra contida no art. 241 do CPC. Por outro lado, deixa entrever o art. 360 do Código Eleitoral possa apenas o Ministério Público, quando da denúncia, requerer diligência. É

claro que a defesa também pode, quando da contestação. Do contrário, ficaria lesionada a regra da igualdade das partes, corolário lógico do princípio constitucional do contraditório. Ademais, em face do art. 364 do Código Eleitoral, nada obsta, também, possam as partes, na fase das alegações, sugerir ao Juiz a realização de diligencias, cuja necessidade ou conveniência para o esclarecimento da verdade se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução.

Irrelevante, pois, a omissão do Código Eleitoral, em face do contido no art. 5.', LV, da Magna Carta. Trata-se de mera deslembrança do legislador, não podendo, assim, ser gasalhado o entendimento de Fávila Ribeiro (Direito eleitoral, Forense, 1976, p. 551).

B) Em se tratando de contravenção contra a economia popular, o procedimento também é especial, e vem previsto na Lei n. 1.521, de 26-12-1951. Contudo o que empresta um cunho de especial a essas contravenções é o prazo para a oferta da denúncia: 2 dias.

capUlo 56

Da Sentenea

3~

SUMÁRIO: 1. Tripartição dos Poderes. 2. Atos judiciários em sentido latoge sua classificação. 3. Jurisdição voluntária. 4. Atos anômalos. 5.

Atos jurisdicionais. 6. Os atos jurisdicionais penais. 7. Os atos jurisdicionais civis. 8. Classificação dos atos jurisdicionais segundo o órgão do qual promanam. 9. Sentenças executáveis, não executáveis e condicionais. 10. Sentenças simples e subjetivamente complexas. 11. Conceito de sentença. 12. Estrutura lógica.

13. Natureza jurídica. 14. Função da

sentença. 15. Requisitos da sentença. 16. Clareza e precisão da sentença civil. 17. Clareza e precisão da sentença penal. 18. Jura novit curia.

19. A mutatio libelli. 20. Conceito de "circunstância elementar". 21. 0

procedimento a ser observado na

hipótese do art. 384 e parágrafo único do CPP.

1. Tripartição dos Poderes

0 Estado atinge as suas finalidades pelo exercício das suas funções básicas: legislativa, executiva ejudiciária. Em sociedades incipientes todas essas funções ficam a cargo de uma só pessoa. Entre os índios, por exemplo, o cacique é o chefe. Ele dita as normas, julga e administra os interesses coletivos. Também isso se verifica nos Estados totalitários, à maneira do que ocorreu com a Alemanha de Hitler.

225

Iii

Com as reivindicações liberais, surgiu a separação dos poderes, exatamente para que melhor ficasse tutelado o direito de liberdade. As funções básicas do Estado (legislação, administração e jurisdição) passaram a ser exercidas por órgãos distintos. Daí dizer-se que o Poder Soberano do Estado se triparte em Poder Executivo (o que administra), Poder Legislativo (o que elabora as leis) e Poder Judiciário (aquele que julga os conflitos de interesses). Nessa tripartição dos Poderes, coube ao Judiciário, como órgão da Soberania Nacional, a função específica de julgar, isto é, de aplicar a lei a uma situação contenciosa concreta. Todavia não há uma separação inflexível entre as funções que se cometem aos Poderes. Entre as funções soberanas a cargo dos três Poderes, há as zonas intermediárias, permitindo a todos eles interferir na esfera funcional dos demais. Para manter a autonomia, a independência do Poder Judiciário, permite-se a este a prática de atos meramente administrativos e até mesmo legislativos. Outras vezes, permite-se aos Orgãos Jurisdicionais a prática de atos anômalos, isto é, de atos que refogem à sua normal atividade.

Os atos de natureza legislativa ou administrativa que o Poder Judiciário pratica têm, por finalidade, preservar a independência, o governo, a direção e o controle dos seus serviços. Os anômalos não.

Nada têm que ver com a sua função específica, nada têm que ver com a sua independência ou autonomia. São atos de cooperação.

2. Atos judiciarios em sentido lato e sua classificação Considerando a variedade de atos que o Poder Judiciário pratica, pode-se afirmar que todos eles são judiciários. Judiciários, porque realizados, porque praticados pelo Poder Judiciário. Mas há atos judiciários específicos do Poder Judiciário. Outros,

normalmente, deveriam ser praticados pelos demais Poderes, mas, para preservar a sua independência e autonomia, a própria Constituição lhe concede o poder de interferir, funcionalmente, em áreas próprias dos demais Poderes. Finalmente, os anômalos. Assim, podemos fazer a seguinte classificaçao dos atos judiciários:

226

Atos

jurisdicionais

Atos judiciários em sentido lato

Atos judiciários, em sentido estrito

Normativos

Administrativos -

a

Anômalos

Ari 96, 1, a, da Constituição Art. 96, 11, a, da Constituição Art. 96, 11, b, c e d, da

Constituição

As Súmulas e as Instruções dos Tribunais Eleitorais.

Art. 96, 1, b, da Constituição Art. 96, 1, c, da Constituição Art. 96, 1, e, da Constituição Art. 96, 1, f da Constituição Jurisdição Voluntária.

Art. 5.', 11, do CPP

Art. 28, 11, do CPP

Art. 419, 11, do CPP

Art. 40, 11, do CPP

Art. 39, 11, do CPR

Fácil identificar, no art. 96, 1, a, da Magna Carta verdadeira função normativa atribuída ao Poder Judiciário. Diga-se o mesmo quanto ao art.

96, 11, a, b, c e d, da Lei Maior. As súmulas do STF

apresentam tão acentuado poder normativo que chegam, inclusive, a revogar a lei ordinária. Observe-se, por exemplo, que durante muito tempo o art.

25 do CPP ficou revogado pela Súmula 388...

Caráter normativo têm, também, as instruções eleitorais emitidas pelos Tribunais Eleitorais. Tais instruções são verdadeiros regulamentos das leis eleitorais. Quando estas forem obscuras, propiciarem entendimento dúbio, os próprios Tribunais Eleitorais fornecem os necessarios esclarecimentos, por meio das suas instruções, que são verdadeiras normas interpretativas.

Ninguém duvida que os atos que o Poder Judiciário pode cometer, e que estão previstos no art. 96, 1, a (primeira parte), b, c ef da Magna Carta, sejam atos tipicamente administrativos.

227

3. jurisdição voluntária

Ainda há a considerar a denominada jurisdição voluntária.

0 Estado, em numerosas relações reguladas pelo Direito Privado, interfere visando ao controle ou à tutela de direitos subjetivos de natureza privada. Essa intervenção se faz por órgãos subordinados ao Juiz, pelo Ministério Público e pelo Juiz. Neste último caso, fala-se em jurisdição voluntária. A esfera nuclear e fundamental do Poder Judiciário repousa na função de aplicar a lei a uma situação contenciosa concreta. É a verdadeira atividade jurisdicional. Surgida a lide, que já se definiu como sendo um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, o titular do pretenso direito violado, querendo que o seu interesse se sobreponha ao de outrem, ingressa em Juízo com o pedido. 0 réu contesta, insurgindo-se contra a pretensão deduzida. Cabe ao Juiz, após laboriosa atividade, proclamar qual o interesse prevalente: se o do autor, se o do réu,

restaurando, desse modo, o império da lei, dando a cada um o que é seu.

Essa a função fundamental do Juiz. A sua atividade nuclear. A verdadeira jurisdição.

Mas, ao lado da verdadeira jurisdição, existe ajurisdição voluntária, que, segundo Alcalà-Zamora, "no és ni lo uno ni lo otro". Trata-se de mera administração pública de interesses privados, cometida aos Juízes. 0 Estado intervém, "através dessa atividade tutelar, justamente porque certos interesses privados, pela relevância que apresentam, precisam estar fora da inteira disponibilidade das vontades individuais, a fim de que não produzam reflexos prejudiciais à ordem pública". Enquanto na jurisdição propriamente dita há uma atividade secundária e substitutiva do Juiz, na jurisdição voluntária não. Não há lide na jurisdição voluntária. Há, sim, um cunho prevalentemente administrativo. As decisões aí proferidas não fazem coisa julgada. Daí dizer Couture: los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen ciertos elementos formales de lajurisdicción, pero, en virtud de no adquirir autoridad de cosa juzgada, pertenecen a la función administrativa (cL Fundamentos, cit., 1972, p. 35). A coisa julgada pertence à essência da jurisdição. Se o ato não adquire real ou eventualmente autoridade de coisa julgada, não é jurisdicional.

Mas, se o adquire, é. "No hayjurisdicción sin autoridad de cosa juzgada" (cf. Couture, Fundamentos, cit., p. 36).

Note-se, ademais, que, na jurisdição propriamente dita, o Juiz não faz atuar a vontade da lei para satisfazer interesses individuais, e sim 228

para restaurar a ordem jurídica, violentada com a prática do ato infringente da norma de comportamento. E o mestre Frederico Marques observa: '4numa ação proposta contra um menor, e que se desenrola na esfera contenciosa, o Juiz indaga qual a regra jurídica aplicável à situação fitigiosa; num pedido de alvará para venda de bens de um menor, o que o Juiz investiga, dentro dos limites que a lei lhe traça, é a conveniência dessa transação" (cf. Ensaio sobre ajurisdição voluntária, Saraiva, 1959, p. 93).

A jurisdição voluntária vigora para certos negócios, certas rela ções de Direito Privado. Não há falar-se em jurisdição voluntária no Processo Penal, pois a jurisdição penal é sempre jurisdição contenciosa, em face da lide penal. 0

simples fato de não haver lide na jurisdição voluntária ja e argumento decisivo para se poder afirmar ser ela, no Estado de Direito, incompatível com o Processo Penal, onde estão em pugna a pretensão punitiva A e o direito de liberdade, que constituem os monomios da lide penal.

Há, contudo, o entendimento respeitável de Sérgio Demoro Hamilton, Procurador de Justiça e Professor de Direito Processual Penal no Rio de Janeiro. A propósito, seu trabalho sob o título "Vestígios da jurisdição voluntária no processo penal" publicado na RDPen, 30/55.

Na jurisdição voluntária, repita-se, tutelam-se e controlam-se os direitos subjetivos de caráter privado.

Podem ser apontadas, como exemplos de jurisdição voluntária, aquelas atividades do Juiz retratadas nos arts. 188, 192, 193, 194, 195, 200, 216, 237, 245, 308, 309, 318, 323, 386, 387, 410, 412, 422, 424, 11, 425, 427, 432, § 1.' etc., todos do CC.

4. Atos anômalos

Há, também, ao lado dos atos administrativos, os denominados atos anômalos, que nada mais representam senão cooperação dos órgãos jurisdicionais com o Estado-Administração. Destacam-se: os atos de persecução referidos no inc. Il do art. 5.' do CPP; o art. 40 do CPP comete a função de dar a notitia criminis ao Ministério Público; o art. 39 do mesmo estatuto atribui-lhe o papel de destinatário da "representação"; o art. 28 do citado diploma erige-o à categoria de fiscal do princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação penal pública.

i

ì

S. Atos jurisdicionais

A função de dirimir os conflitos intersubjetivos é um dos fins primários e básicos do Estado. Coarctados os cidadãos de fazerem justiça com as próprias mãos, a ordem jurídica investiu-os do direito de ação, e ao Estado, do dever da

jurisdição. Essa função básica, que se atribui ao Poder Judiciário e que constitui o núcleo das suas atividades, consiste em aplicar a lei a uma situação contenciosa concreta.

E, no exercício dessa função, vários atos são praticados. São os atosjurisdicionais. 0 recebimento de uma denúncia, a determinação para se proceder à citação do réu, o saneamento do processo, a designação de data para a realização de audiência, o julgamento sobre o meritum causae são atos jurisdicionais. Há uma variedade imensa. De modo geral, são eles denominados decisões, porque envolvem, com maior ou menor intensidade, um julgamento. A decisão do Juiz, recebendo a denúncia, envolve um juízo de admissibilidade da acusação. Ao recebê-la, o Juiz procurou ver se o direito de ação era viável, isto é, se estavam satisfeitas as condições da ação; analisou a regularidade formal da peça acusatória, isto é, se estavam satisfeitas as exigências do art. 41 do CPP; se havia ou não a assinatura do Promotor de Justiça com exercício naquele juízo, e, por último, procedeu a um exame sobre a viabilidade da relação processual (problema de competência, quer a objetiva, quer a subjetiva, e, às vezes, de outros pressupostos processuais). Há, assim, um julgamento do Juiz no despacho liminar, por meio do qual ele recebe a peça acusatória. Trata-se de uma decisão. Certo, contudo, que tal julgamento não será tão intenso e profundo quanto aquele em que o Magistrado julga a pretensão procedente ou improcedente. Mas, regra geral, todos os atos deliberatórios do Juiz são denominados decisões, desde que envolvam um julgamento. Ao lado das decisões, cuj a variedade, no Processo Penal, é imensa, há os atos jurisdicionais denominados despachos de expediente, ou, simplesmente, despachos ordinatórios. Deles trata o art. 800, 111, do CPP. Dizem respeito à movimentação, ao andamento, à marcha do processo. Para dar andamento ao processo, necessita o Juiz tomar deliberações e proferir determinaçoes visando, tãosomente, à movimentação do feito.

São atos tão singelos que, não obstante envolverem, às vezes, um julgamento, a técnica jurídica lhes reservou a denominação de despachos. Se o Juiz deferir ou indeferir ajuntada de um documento, por exemplo, há julgamento, mas o ato é tão singelo que não perde o caráter de despacho. São exemplos de despachos de

expediente aqueles atos pelos quais determina o Juiz se requisitem as folhas de antecedentes dos réus, os que designam data para a realização de uma audiência,

os que determinam a abertura de vista às partes, os que determinam a notificação de testemunhas para deporem etc.

6. Os atos jurisdicionais penais

Embora não haja, no CPP, uma sistematização das decisões, podemos, com fundamento no art. 800 e nos arts. 581 e 593, 1 e 11, daquele diploma, apresentar o seguinte quadro dos atos jurisdicionais: Decisões -

Atos

jurisdicionais

Interlocutórias simples Interlocutórias mistas ou décisões com força de definitivas

Definitivas

Despachos de expediente

Terminativas

1 Não terminativas

Condenatórias

Absolutórias

Próprias

1 Impróprias

Definitivas em

sentido estrito

As interlocutórias simples, no Processo Penal, apresentam um plus em relação aos meros despachos de expediente. É que, às vezes, o pronunciamento do Juiz não apresenta a simplicidade de um despacho de mera movimentação do processo. Há algumas questões emergentes relativas a sua regularidade ou

marcha que exigem maior exame, e as decisões pertinentes a tais questões são

denominadas decisões interlocutórias simples. Assim, quando o Juiz recebe a denúncia ou queixa, quando decreta a prisão preventiva ou indefere pedido formulado com tal objetivo, quando desacolhe a alegação de ilegitimidade de parte etc., está o Magistrado a proferir decisões interlocutórias simples.

231

As decisões interlocutórias simples, de regra, não comportam recurso.

Normalmente são irrecorríveis, salvo quando haja expressa disposição legal, tal como acontece com a decisão que arbitra a fiança e cujo recurso vem previsto expressamente no ínc. V do art. 58 1.

Às vezes enseja o habeas corpus, como, por exemplo, recebimento de denúncia ou queixa, rejeição das exceções de ilegitimidade de parte, coisajulgada, lítispendêncía etc. Às vezes as interlocutórias simples ensejam o mandado de segurança, quando, por exemplo, indeferem o pedido de habilitação do assistente de acusação (art. 273).

Poderão elas dar margem à correição parcial se, porventura, importarem em inversão tumultuária do processo e não houver recurso oponível.

Já os despachos de expediente não comportam recurso. Quando muito, podem ensejar correição parcial, se satisfeitos os pressupostos dessa medida administrativo-disciplinar. E pomos exemplo: se o Juiz designa data para ouvida das testemunhas de defesa antes das de acusação, tal despacho implica inversão tumultuária do processo.

As interlocutórias mistas, também denominadas decisões comforça de definitivas, são aquelas que encerram a relaçao processual sem julgamento de mérito ou, então, põem termo a uma etapa do procedimento. Quando a decisão interlocutória mista trancar a relação processual sem resolver o mérito, fala-se em ínterlocutória mista terminatíva. Exemplos: a decisão que acolhe a exceção de coisa julgada, a que acolhe a exceção de litispendência, a que rejeita a denúncia ou queixa, a que julga ausente condição de procedibilidade.

Quando ela não jugula, não impede o fluir da relação processual, apenas pondo

fim a uma fase do procedimento, fala-se em decisão interlocutória mista não terminativa, de que é exemplo marcante a decisão de pronúncia.

Enquanto as interlocutórias simples servem para solucionar questões controvertidas e que digam respeito ao modus procedendi, sem, contudo, trancar a relação processual, as mistas apresentam um plus em relação àquelas. Elas trancam a relação processual sem julgar o meritum causae. É sempre assim. Excepcionalmente, a interlocutória mista não encerra a relação processual, mas, em

compensação, põe fim a uma fase procedíniental, tal como acontece com a pronúncia, que constituí a fase de encerramento do judicium accusationis no procedimento escalonado dos crimes da

competência do Júri.

232

Já as decisões definitivas, propriamente denominadas sentenças (e reosborleveams qoumaiésriftaoladraecmaoussa,msaão as que solucionam a lide. 0 art. 593 do

is detalhadamente a seguir), são as que

CPP, nos seus incs. 1 e 11, cuida de três modalidades de decisões definitivas ou sentenças: a) condenatórias; b) absolutórias; c) decisões definitivas que não condenam nem absolvem e que, por isso, serão chamadas de decisões definitivas em sentido estrito.

Dizem-se condenatórias as sentenças quando julgam no todo ou em parte, a pretensão punitiva deduzida,

pena.

são punitiva.

infligindo ao responsável uma

Absolutórias são as sentenças que julgam improcedente a preten-Fala-se em

sentença absolutória própria e em sentença absolutória imprOpria. A primeira rechaça a pretensão punitiva, ou porque a imputação não ficou comprovapa, a parte objecti (art. 386, 1, 11 e VI), ou porque o fato é absolutamente atípiCO (art. 386, 111), ou porque o réu não foi o seu autor nem concorreu para a prática da infração, ou se não houver prova nesse sentido (art. 386, IV), ou, então, se ficar provada a existência de uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilídade (art. 386, V).

A absolutória imprópria é aquela que, sem embargo da absolvição, impõe medida de segurança, como previsto no art. 386, parágrafo único, 111, do CPR A rigor, tal decisão é condenatória,

porquanto, no decisum, o Orgão Jurisdicional impõe a medida de segurança, que não deixa de ser, malgrado sua finalidade, uma sanctiojuris prevista pela ordem jurídico-penal. Por isso mesmo, Miguel Fenech ensina: "La sentencia de condena puede infligir una pena o una medida de seguridad" (cf. Derecho, cit., 1952, v. 2, p. 240).

Entretanto o nosso Código qualifica de absolutória a sentença que se limita a infligir medida de segurança, como se vê no art. 386, parágrafo único, 111, do estatuto processual penal pátrio.

Finalmente, as decisões definitivas em sentido estrito, também denominadas decisões terminativas de mérito. São aquelas que encerram a relação processual, julgam o mérito, mas não se subsumem na moldura das sentenças absolutórias ou condenatórias de que tratam os arts. 386 e 387 do CPP. Não são, segundo o nosso diploma processual, nem absolutórias nem condenatórias. Certo que muitas delas podem

ser consideradas sentenças verdadeiramente absolutórias. Entretanto, como na linguagem do nosso estatuto processual penal sentenças absolutórias são apenas aquelas que se fundam numa das causas elencadas no art. 386, não se pode chamá-las absolutórias. Exemplos: a decisão que reconhece a ausência de condição objetiva de punibilidade, a que decreta extinta a punibilidade, a que declara extinta a medida de segurança pelo decurso do tempo, a que resolve o incidente referido no § 1.0 do art. 120 do CPPètc. E a que concede o perdão

judicial? Poderíamos, até, denominá-la condenatória-imprópria*.

7. Os atos jurisdicionais civis

No Processo Civil, segundo Liebman, os atos jurisdicionais apresentam o seguinte quadro:

Atos jurisdicionais -

Despachos de expediente ou ordinatórios Interlocutórias simples Finais

Terminativas ou interlocutórias mistas

1 Definitivas

Moacyr Amaral Santos, no seu Direito processual civil (v. 3, p. 13), classifica os atos jurisdicionais em interlocutórios e finais. Tôda-

* Não havia, nem na doutrina, nem na jurisprudência, uniformidade de entendimento quanto à natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial. Vários julgados a entendiam de natureza condenatória, subsistindo os seus efeitos quanto à

reincidência (RT, 381/205, 457/438, 447/488, 4431499, 4221273, 3981311, 402/354). Outros venerandos acórdãos eram no sentido de que, embora condenatória, não forjava a reincidência (RT, 368/248, 361/264, 3721181, 4291452). Outros a

entendiam absolutória (RT, 281/538, 238/341, 318/309, 4061327, 4111373).

Finalmente uma corrente entendia que a sentença que concede o perdão judicial era simplesmente declaratória da extinção da punibilidade, ficando assim excluídos todos os

efeitos penais, principais ou secundários, persistindo, apenas, os efeitos civis (RT, 192/913, 3711253, 290/292). Hoje o assunto perdeu interesse, porquanto, com a reforma penal, a sentença concessiva de perdão judicial foi incluída entre as causas extintivas da punibilidade (CP, art. 107, IX). Apesar disso, acrescentou o legislador no art. 120: "A sentença que conceder perdão judicial não será

considerada para efeitos de reincidência". Numa demonstração evidente de que, apesar dos pesares, não

lhe saía da mente a natureza condenatória imprópria...

234

via, pelas notas inseridas por Liebman nas Instituições de direito processual civil, de Chiovenda, deu a entender que no Direito Processual Civil brasileiro os atos jurisdicionais apresentam a classificação exposta na chave supra. Para ele as decisões finais terminativas correspondem às antigas interlocutórias mistas (cf. Giuseppe Chiovenda, Instituições, cit., v. 3, Saraiva, 1965, p. 30).

Os despachos de expediente são os que dispõem simplesmente sobre o andamento do processo e cujos exemplos podem ser: "Juntem-se";

"Manifeste-se a parte contrária"; "Designo o dia tal às tantas horas para a audiência" etc.

Decisão interlocutória simples é aquela por meio da qual o Juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Assim as decisões que desacolhem a exceção de coisa julgada, de ilegitimidade de parte, as que determinam a juntada das contra-razões de um recurso por linha etc.

Decisões terminativasA, correspondentes às interlocutórias mistas, são aquelas que encerram o processo sem julgamento do mérito. Exemplo: a decisão que acolhe a exceção de coisa julgada. As definitivas são as que decidem no todo ou em parte o mérito da causa, a lide, e recebem o nome de sentença em sentido estrito.

0 nosso CPC adotou e consagrou tal classificação, como se constata pela leitura do art. 162 e seus parágrafos.

8. Classificação dos atos jurisdicionais segundo o órgão do qual prornanam

A denominação que se dá aos atos jurisdicionais varia, também, considerando-se o órgão que o praticou. Quando o ato provier de Juiz monocrático, fala-se em despacho, decisão ou sentença, sendo que o ato por meio do qual é julgado o meritum causae é denominado sentença. 0 julgamento proferido pelos tribunais

recebe a denominação de acórdão. Se este não mais comportar impugnação, fala-se em aresto. As respostas que os jurados dão às questões formuladas pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri são denominadas veredictos. Os atos praticados pelos Relatores denominam-se despachos. Se o ato provier do Presidente do Tribunal, ora se usa o termo despacho, ora decisão. A propósito, os arts. 212 e 213 do Regimento Interno do Tribunal de AIçada:

235

nal etc.

dente.

Art. 212

...

dos despachos do Presidente do Tribu-

Art. 213

dar-se-á carta

da decisáo do Presi-

9. Sentenças executáveis, não executaveis e condicionais Sob outro aspecto, as sentenças penais, segundo classificação de Vincenzo Cavallo, podem ser executáveis, não executáveis e condicionais. As executáveis são as que podem ser executadas.

Assim, transitada em julgado uma sentença condenatória, ela se torna executável. Não executável é a sentença sujeita a recurso. Condenado o réu, sendo ele primário, aguardará em liberdade o julgamento do recurso. Enquanto a apelação não for julgada, ele continuará em liberdade, não obstante ter sido condenado pelo Juiz de 1.' grau. Nesse caso se diz que a sentença é não executável. Condicional é aquela cuja execução fica na dependência de um acontecimento incerto ou futuro. Assim, têm esse caráter as decisões que concedem o sursis, o livramento condicional etc. Dizse que tal classificação é feita em consideração à realizabilidade do mandamento contido na sentença.

10. Sentenças simples e subjetivamente complexas Fala-se, ainda, em sentenças simples e em sentenças subjetivamente complexas. Dizem-se simples quando promanam de órgão monocrático ou singular. Subjetivamente complexas, quando couber a mais de um órgão apreciar as questões que integram a lide para propiciar o julgamento final. Exemplo típico é a sentença proferida pelo Presidente do Tribunal do Júri. Para a sua prolação há necessidade do concurso de um órgão (Conselho de Sentença), que decide sobre o crime e autoria, e de outro (Presidente), que decide sobre as sanções a serem impostas.

Se a decisão final, contudo, provier de um órgão colegiado homogêneo, como é o caso dos nossos Tribunais de 2.' grau, pode-se falar em decisão subjetivamente plúrima. Os membros de uma

Câmara do Tribunal, quando apreciam um recurso, manifestam-se, com igual competência, sobre toda a matéria. Não há divisão ou separação de funções, tal como ocorre no Tribunal do Júri. Logo, se a decisão do Tribunal de

2.' grau é um ato de vontade de vários Juízes, pode-se falar em decisão subjetivamente plúrima.

Sentença rotativa. 0 Código Canônico, no Cânon 1.444, § 1.', fala da

"Rota Romana". Tratava-se de um dos três Tribunais da Cúria Romana, que vigeu do século XII ao XIV. Integravam esse

sodalício, designados pelo Papa, doze doutores em Teologia e Direito Canônico de quatro países católicos. Daí a denominação "sentença rotativa", posto ser prolatada pela Rota. Seus membros julgavam em 2. instância as causas decididas pelos Tribunais ordinários de 1.a instância e, as vezes, em 3 a OU ulterior instância, as causas já julgadas pela própria Rota Romana e por quaisquer outros Tribunais. Os doze doutores que o compunham sentavam-se em círculo, como na Távola Redonda (daí o nome Rota, que significa roda).

Há também quem entenda que o nome daquele Tribunal se deva à existência, no local, de uma estante assentada em rodas, onde os autos eram colocados e facilmente levados para cada um dos

julgadores.

11. Conceito de sentença

~i

a

0 novo CPC assim define a sentença: "É o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa". Na doutrina, entretanto, reserva-se a denominação de sentença para aquele ato jurisdicional por meio do qual se resolve a lide. Formulado o pedido pelo autor, o Juiz terá a obrigação de apresentar a prestação jurisdicional, e, uma vez tenha sido solucionada a lide, ao ato que a solucionou dá-se o nomenjuris de sentença em sentido estrito. Daí dizer Liebman: decisões definitivas são as que decidem o mérito da causa, a lide, e recebem a denominação de sentença (cf. Eficácia e autoridade da sentença, Forense, 1945, p. 31).

Quer no Penal, quer no Civil, a sentença é o ato piá eminente da relação processual. Vem a palavra do latim sententia, que, por sua vez, vem de sentiendo, gerúndio do verbo sentire, dando a idéia de que, por meio dela, o Juiz declara o que sente (quodjudex per eam quid sentiat declaret). A palavra sentença deve ser reservada para aquele ato processual, momento culminante do processo, em que o Juiz define o fundo da questão, solucionando a lide, decidindo o mérito da causa.

12. Estrutura lógica

Na ação, como já dizia o nosso João Monteiro, entram três idéias fundamentais: o fato litigioso, o direito aplicável e o pedido do autor (cf. Processo civil e comercial, 4. ed., 1925, p. 570). Por meio da ação, seja penal, seja civil, o autor leva ao conhecimento do Juiz a notícia 1

sobre um litígio a ser dirimido. Assim, é por meio da ação que o Juiz fica conhecendo a lide. Claro que não pode conhecê-la em toda a sua extensão e, tampouco, poderá formar um juízo jurídico a seu respeito. Chamado o réu a defender-se, poderá este impugnar a pretensão deduzida em Juízo e, inclusive,

tal como o autor, propondo-se a demonstrar o acerto da sua tese.

Sendo viável a relação processual, isto é, presentes todos os pressupostos processuais (competência objetiva e subjetiva, não-litispendência, inexistência de coisa julgada, partes legítimas ad processum), produzem-se as provas. À proporção que estas forem sendo produzidas, o Juiz, cada vez mais, fica inteirado da matéria sobre a qual vai incidir o julgamento. Às vezes, há

um ponto relevante que está a exigir comprovação, e as partes, por esta ou aquela razão, se descuraram. Nada obsta que o Juiz, ex officio, determine a realização das diligências que se fizerem necessárias para dirimir a dúvida. Precisa a regra que se contém no art. 130 do CPC. Quanto ao CPP, bastante elucidativos os arts. 156, segunda parte, 168, 176, 181,

parágrafo único, 196, 209 e § L% 234,425, 502, 538 etc. Concluída a instrução, cuja finalidade, como o nome está a sugerir, é instruir o Juiz para que ele possa decidir, vêm as

alegações das partes, pelas quais se fazem exames críticos do acervo probatório. 0 autor procura demonstrar, ante as provas produzidas, a procedência do seu pedido. Fala, por último, o réu, contrariando a pretensão deduzida. É a réplica final. 0 processo chegou a seu termo. Resta, agora, a decisão sobre a causa. 0 Juiz, com os olhos voltados para o direito aplicável,

procede a uma reconstrução dos fatos de acordo com o material de que dispõe, que são as provas produzidas, e, num trabalho mental, de lógica, conclui condenando ou absolvendo, julgando improcedente ou procedente a pretensão deduzida. Daí dizerem os autores que a sentença encerra um silogismo, que é um raciocínio formado de três proposições, em que a premissa

maior é o texto legal, a premissa menor, ou premissa fática, é o fato subjudice e, finalmente, a conclusão, que nada mais representa senão a subsunção do fato exarni-nado à lei.

François Gorphe ensina: "Pretendendo-se apresentar como silogismo um juízo bastante simples, a premissa maior expressará a regra de direito, a premissa

menor será a situação de fato e a conclusão exprime a aplicação da regra ao caso concreto". E põe exemplo: "Constitui regra jurídica a afirmação de que toda pessoa que por sua culpa causou um dano deve repará-lo; ora, demonstrou-se que X, por sua imprudência ou negligência, causou dano a Y; logo, deve o primeiro reparar o dano causado" (apud Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, v. 3, p. 525-6).

13. Natureza jurídica

Goldschmidt observa que a sentença é uma declaração de vontade emitida pelo Juiz e, também, o resultado de uma atividade mental (cf. Derecho procesal civil, p. 300).

Há, realmente, na sent6ça, dois elementos básicos: a exteriorizaçao do resultado de um juízo lógico, que consiste em uma operação mental do Juiz, e a declaração de vontade. Enquanto o Juiz analisa as provas e, por meio delas, numa operação intelectual, reconstrói o fato subjudice para concluir pela procedência ou improcedência do pedido, ele nada mais está fazendo senão um simples trabalho mental, trabalho intelectual. Ele procura a verdade, atuando como

"verdadeiro historiador": compulsa documentos, lê os depoimentos, analisa os exames periciais, enfim, examina tudo quanto se fez no processo para, em seguida, tirar suas conclusões, procurando proceder àquela operação que todos conhecem com a denominação de subsunção. Esta, na definição de Lalande, 46es el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con Ia previsión abstracta, genérica y hipotética contenida en Ia ley" (Vocabulaire de la philosophie, t. 2, p. 824, apud E. Couture, Fundamentos, cit., p. 285).

Mediante esse procedimento de coordenação, que é a subsunção, as matérias afins se confundem, se acasalam, e as desiguais se afastam, se separam.

Procura o Juiz ver se o fato concreto,

determinado e específico e que constitui o thema decidendum, se confunde ou não com a categoria genérica, abstrata e hipotética prevista pelo legislador.

Esse o primeiro elemento da sentença. Um trabalho eminentemente intelectual, que em nada difere do parecer de um jurista chamado a se pronunciar sobre

determinada situação jurídica. E, sintetizando esse

239

ai

primeiro elemento, diz Guasp: "0 juízo lógico consiste na comparação da pretensão deduzida com a norma ou conjunto de normas que constituem o direito objetivo, para deduzir da referida comparação a conformidade ou desconformidade do que se reclama na primeira com as conseqüências assinaladas na segunda" (cf. Derecho procesal civil, 3.

ed., Madrid, 1968, t. 1, p. 511). Em seguida, vem o segundo elemento, a decisão propriamente dita, a parte dispositiva ou conclusiva da sentença, em que o Magistrado faz atuar a vontade da lei naquele caso concreto. 0 Juiz transfunde na sentença a imperatividade que se contém na norma. Se, por exemplo, o Promotor de Justiça oferecer denúncia contra Mévio, imputando-lhe um crime de furto, e se o Juiz, ao proferir a sua decisão, concluir que, efetivamente, foi ele o autor do furto, fará atuar a vontade da lei, a regra imperativa que se contém na norma. 0 art. 155 do CP, dizendo "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: pena de reclusão de 1 a 4 anos", é como dissesse: "não furtarás, porque, se o fizeres, sujeitar-te-ás à pena de reclusão de 1 a 4 anos". Essa a regra imperativa contida na norma. Diz o art. 159 do CC que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A obrigação da ressarcibilidade é, in casu, a regra imperativa que ali se contém, desde que se prove que alguém, mediante um daqueles comportamentos, causou prejuízo a outrem. Há, pois, na sentença, uma subsunção do fato à norma, e o Magistrado, na sua parte conclusiva, como órgão do Estado, emite a vontade da lei. Em realidade, essa vontade é a vontade do Estado que se transfunde na lei e que o Juiz, como órgão do Estado, emite ao apreciar um caso concreto.

A sentença, desse modo, não é apenas um ato de inteligência, um lavor intelectual, mas, também, um ato de vontade, porquanto ela exprime uma ordem que nada mais é senão aquela mesma ordem generica, abstrata e hipotética, prevista na lei, que se transmuda em concreta.

14. Função da sentença

A função da sentença é declarar o direito. Quando o Juiz procede à subsunção do fato à norma, aplicando o direito à espécie concreta, ele nada mais faz senão, por meio daquele procedimento de coordenação, "já existente na dialética socrático-platônica e na lógica de Aristóteles", declarar o direito preexistente. Quando o Juiz condena o réu por furto,

por exemplo, ele está declarando, naquele caso concreto, o direito de punir do Estado. Se a sentença for absolutória, o Juiz declara que o jus puniendi, naquele caso concreto, inexiste. Em suma: a função da sentença é meramente declaratória do direito anteriormente estabelecido.

Não é pacífico esse entendimento. Há quem sustente que a sentença também cria direito. À afirmação de François Gény no sentido de que, as vezes, o Juiz cria o direito, levantaram-se sérias objeções. Certo que, de quando em quando, a lei é lacunosa ou obscura.

Nem por isso, diz o art. 126 do CPC, poderá o Juiz eximir-se de sentenciar. Idêntica regra se encontrava no art. 113 do estatuto processual civil ab-rogado. A despeito disso, num plano estritamente científico, e fazendo-se ressalvas àquelas doutrinas do direito livre, não

se admite a possibilidade de o Juiz afastar-se das normas legais.

Mas, se a lei é obscura ou lacunosa e devendo o Juiz julgar, não seria obrigado a criar o direito em vez de declará-lo? 0 art. 126, segunda parte, do CPC, acentua: ÊNo julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". E claro que, se houver a norma, e esta for lacunosa ou obscura, deverá também o Juiz guiar-se pela analogia, costumes ou principios gerais do Direito. Se a própria lei determina deva o Juiz, em casos que tais, julgar de acordo com a analogia, com os costumes e com os principios gerais do Direito, fácil concluir não poder o Magistrado, a seu talante, criar a norma. Não recebeu o Juiz do legislador "a liberdade de julgar conforme o seu sentimento ou o seu modo de ver subjetivo". Ele não pode afastar-se daqueles liii-fites balizados em lei. Se ele pudesse criar o direito, à evidência, não ficaria adstrito àquelas limitações. Decidindo por analogia, o Juiz nada mais faz do que aplicar ao caso concreto a norma que

regula hipótese semelhante. E quanto aos costumes? Quando estudam as fontes do Direito, costumam os autores falar em normas concretas e normas abstratas. Nas primeiras, está a lei. Nas outras, os costumes e os princípios gerais do Direito. Clóvis define o costume como sendo a observância constante de uma norma jurídica não baseada na lei escrita. No costume destacam-se dois elementos: o externo, que é o uso, a observância constante, e o interno, que é a opinio necessitatis, a convicção de que a norma estabelecida funciona como lei (cf. Teoria geral, 5. ed., 1951, p. 27). Temos, então, que o costume é uma norma abstrata, latente. Julgando conforme ao costume, o Juiz simplesmente aplica aquela norma exis-241

tente em estado potencial. Invocando os princípios gerais do Direito como razão de decidir, terá os olhos voltados para as normas e as instituições, para a orientação político-legislativa do Estado e para a tradição científica nacional. Eles representam as regras mais gerais que constituem o fundamento mesmo da ciência e da arte do Direito, representam os princípios que dominam o Direito nacional e, ainda, como esclarece Clóvis, o conjunto dos preceitos essenciais que servem de expressão ao fenômeno jurídico (cf. Teoria, cit., p. 47). Então, nas hipóteses de leis lacunosas ou obscuras, devendo o Juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes ou princípios gerais do Direito, não tem ele a liberdade de criar a norma, e sim a de aplicar a norma preexistente em estado inorgânico, como disse Calamandrei.

Outras vezes não existe a norma. Sem embargo disso, deve o Juiz decidir.

Vejamos o art. 126 do CPC em toda a sua inteireza:

"0 Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caberlhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

Não havendo a norma, é evidente que o Juiz deve decidir por eqüidade. E, neste caso, não estaria ele criando o direito? Não. Se tal ocorresse, diz Recaséns Siches, o Juiz, depois de criar a norma, estar-lhe-ia imprimiudo efeito retroativo, o que, à evidência, não se concebe. 0 que na realidade ocorre, diz Frederico Marques, é que a norma se supõe já anteriormente existente, embora não estivesse formulada de maneira expressa.

E Couture assinala: "A mesma fórmula famosa do Código suíço, segundo a qual, à falta de texto expresso, o Juiz deve atuar como se fora legislador, não significa uma permissão em branco para que o Juiz faça ou desfaça a seu bel-prazer, e sim que a sua sentença deve ser prolatada de acordo com os princípios que sustentam o direito vigente"

(cf. Fundamentos, cit., p. 309).

Nesses casos, conforme expressa determinação legal, o Juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Vale dizer: o Juiz, nesses casos, dará forma à norma jurídica existente em estado inorgânico, para usarmos de uma expressão de Calamandrei (cf. Significato costituzionale delle giurisdizioni di equità, in Studi, t. 2, p. 1).

A eqüidade, já o disse Jorge Americano, é a regra não escrita que o Juiz converte em escrita como se legislador fosse.

Temos, então, que a função da sentença é a de declarar o direito e não a de criá-lo. Mesmo julgando por eqüidade, o Juiz não cria a norma, apenas observa aquelas normas existentes em estado

inorganico. Diz Couture: nos casos em que se permite ao Juiz julgar por eqüidade, não significa senão a aplicação de um direito considerado em estado inorganico, mas real e vivo na consciência do tempo e do lugar no qual se profere a decisão (cf. Fundamentos, cit., p. 309).

Se a concubina propuser ação contra o seu ex-amásio, ou contra os herdeiros deste, visando à meação, o Juiz, decerto, não encontrará texto expresso a amparar-lhe a pretensão. Mas, se ela concorreu com o seu trabalho para a construção daquele património, cuj a divisão disputa, não será justo que o ex-amásio ou os herdeiros deste venham a ser beneficiados à custa do trabalho e do esforço alheios. Haveria uma espécie de locupletação indébita. Sem imbargo da ausência do texto legal, o Juiz amparará sua pretensão com fundamento num dos Princípios gerais do Direito, que se expressa pela fórmula latina nenn . nem laedere, isto é, a ninguem é lícito causar lesão a direito de outrem. Este o

princípio aplicável. Acolhendo seu pedido, o Juiz declara existente uma sociedade de fato e lhe atribui o direito à metade do património que ela e seu ex-amásio, num trabalho conjunto, construíram. Idêntico princípio é invocado pelo Juiz quando é chamado a fixar alimentos provisionais.

No campo penal, por exemplo, embora diga o art. 107, VII, do CP que o subsequens matrimonium é causa extintiva da punibilidade se as núpcias ocorrerem entre o agente e a ofendida, nada obsta possa o Juiz decretar a extinção da punibilidade se, no crime contra os costumes, o casamento ocorrer entre o agente do sexofeminino e o ofendido. Tratase de aplicação analógica.

Então, no sistema jurídico de um povo, ao lado das normas orgânicas ou materiais, existem as inorganicas ou abstratas, que têm vida em estado potencial. Aplicando uma norma que existe em estado inorgânico, o Juiz nada mais faz senão declarar o direito.

15. Requisitos da sentença

A sentença deve conter os seguintes requisitos: a) o relatório; b) a motivação ou fundamentação; c) o dispositivo, também chamado conclusão ou comando; e d) a parte autenticativa.

243

1 -

i

Claro, a tal respeito, o art. 458 do CPC:

1

w~

"São requisitos essenciais da sentença: 1 - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do

processo;

11 - os fundamentos, em que o Juiz analisara as quesi

tões de fato e de direito;

111 - o dispositivo, em que o Juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem".

Mais claro ainda o texto do art. 381 do CPP:

"Art. 381. A sentença conterá:

1 - os nomes das partes, ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

11 - a exposição sucinta da acusação e da defesa; 111 - a indicação dos motivos de fato e de direito em que i

se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do Juiz".

Relatório. Do relatório cuidam o art. 458, 1, do CPC e os incs. 1 e 11 do art. 381 do CPP. A sentença, como todo e qualquer ato processual, para produzir a eficácia que a lei prevê,

está sujeita a determinados requisitos. Um deles é o relatório. Nele o Juiz consigna os nomes das partes, a súmula do pedido e da contestaçao ou a exposição da acusação e da defesa,

em forma sucinta, e as principais ocorrências surgidas no andamento do feito. Constitui o relatório, na lapidar expressão de Pontes de Miranda, a história relevante do processo. Processo

sem relatório é como uma peça teatral em 3 ou mais atos, em que so e levado à cena o epílogo.

João Monteiro ensinava que o relatório não pode ser postergado, porque sua

presença, no início da sentença, é indício certo de haver o Juiz visto e examinado atentamente os autos

(cf. Processo, cit., p. 57 1). Trata-se, pois, de formalidade essencial da sentença. Sentença sem relatório é ato processual nulo. Veja-se, a propósito, Frederico Marques (Instituições, cit., v. 3, p. 522, n. 847). Diga-se o mesmo em matéria penal. Sendo o relatório formalidade essencial do ato, sua ausência induz nulidade, nos termos do art. 564, 111, m, ou art. 564, IV, do CPP.

1!

244

Insta observar que no procedimento sumariíssimo de que trata a Lei dos Juizados (§ 4.' do art. 81), dispensa-se o relatório, mencionando-se, apenas, os elementos de convicção do Juiz.

Motivação ou fundamentação. Feito o relatório, passa-se à motivação, Por meio da qual o Juiz exterioriza o desenvolvimento do seu raciocimo para chegar à conclusão. As razoes que o levaram a decidir desta ou daquela maneira estão na "motivação". Exige a lei deva a sentença ser fundamentada. A propósito, o inc. II do art. 458 do estatuto processual civil e o inc. 111 do art. 381 do CPP.

A exigência da motivação justifica-se, porquanto permite às partes concluírem se aquela atividade intelectual desenvolvida pelo Juiz lhe permitia chegar àquela conclusão.

Será que a sua decisão foi fruto de um ato de reflexão, de um raciocínio lógico em face do material probatório de que dispunha, ou foi um simples ato discricionário, caprichoso, produto de uma vontade autoritária? Sem que houvesseja fundamentação, tal como ocorria à época

do processo inquisitivo, somente Deus e a consciência do Magistrado saberiam se a sentença refletiu um ato de justiça ou injustiça, um leal cumprimento do dever ou uma prevaricação, a vontade da lei ou a realização de um desejo ínsopitável de maldade.

Embora julgue de acordo com o seu livre convencimento, isso não significa, contudo, seja ele um déspota no decidir, mas, simplesmente, que tem liberdade

na aferição, na valoração das provas, e a motivação

vai demonstrar se houve excessos, se houve erros de apreciação ou falhas nos processos reflexivos do Magistrado.

Interessa à sociedade e, em particular, às partes em litígio saberem se a decisão foi ou não acertada. E somente com a exigência da motivação, da fundamentação, permitir-se-ia à sociedade e às partes a fiscalização da atividade intelectual do Magistrado no caso decidido. Como poderiam as partes conformar-se com uma sentença sem motivação? Como poderiam elas interpor recursos, sem conhecer as razões do decidir?

Motivando a sentença, o Juiz dá demonstração de que cumpriu, com lealdade, a função de entregar a prestação jurisdicional que lhe foi pedida.

A sentença, já dizia Florian, não pode ser, nem é, um ato de fé, mas um documento de convicção raciocinada (cf, Elementos, cít., p. 400).

Por meio da motivação, diz Saraceno, controlam-se não apenas as fontes de convencimento, mas, também, a coerência do estado psíquico 245

~ i lia il AI

w~

do Juiz no corpo da sentença (cf. Pascuale Saraceno, La decisione su il fatto incerto nel processo penale, p. 12).

É, contudo, a motivação garantia moderna oriunda das conquistas do liberalismo. Até o final do século XVII, quando campeava o procedimento inquisitivo, era comum o Juiz

condenar ou absolver, sem fundamentar a sua decisão, limitando-se, tal qual os Juízes franceses, a

dizer: condeno ou absolvo, "pour le cas résultant du procès Segun-i

do Vitu, a obrigação de motivar as sentenças resultou de uma lei de 18 10

(cf. Procédure pênale, Ed. Thémis, p. 376).

Manzini observa: "A motivação constitui uma garantia para o Estado, porquanto lhe interessa que a sua vontade seja acatada com exatidão e que a justiça se administre

corretamente; constitui uma garantia para o cidadão e constitui, também, garantia para o próprio Juiz que, motivando suas decisões, se acoberta contra a suspeita de arbitrariedade, de

parcialidade ou de outra injustiça" (cf. Tratado de derechoprocesal penal, Buenos Aires, EJEA, v. 4, p. 489).

Franco Cordero, após ensinar que, nas legislações, a motivação i

i

exerce função de defesa do cidadão contra o arbítrio do Juiz, conclui

afirmando que "la motivazione non è uno spiraglio aperto sull'anima del giudice, affinchè se ne possano cogliere e soppesare i pensieri e i sentimenti, ma l'espressione dialettica della decisione, la quale può essere valutata soltanto in base agli argomenti addotti" (Procedura penale, Giuffrè, 1971, p. 628).

Não se esqueçam os Juízes que a sentença é ato de autoridade e não dissertação de concurso, adverte Manzini, e, por isso mesmo, devem os Magistrados evitar as disquisições

teóricas, rebuscadas, de citações inoportunas e discussões mais ou menos acadêmicas (Tratado, cit.,

v. 4, p. 493). Nem por isso, contudo, serão imprestáveis as decisões que contiverem tais superfluidades. Aplica-se o refrão: utile per inutile non vitiatur (o útil não se vicia pelo inútil).

Na motivação, o Juiz analisa os fundamentos fáticos em que se arrima a pretensão deduzida, sopesa e valora as provas produzidas, analisa regras de direito, dando, enfim, a conhecer o desenvolvimento do trabalho intelectual do Magistrado que o leva à conclusão, que é a decisão propriamente dita. Daí dizer

o inc. 111 do art. 381 do CPP que a sentença deve conter a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Sentença sem motivação é um corpo sem alma. É nula. Se se trata, conforme acabamos de ver, de requisito estrutural da sentença, formalidade, 246

portanto, essencial, fácil concluir que sentença sem motivação é uma não-sentença. Tão essencial e fundamental é a motivação que sua omissão, que constitui nulidade, encontraria suporte na própria alínea m do inc. Ill do art. 564 do CPP, sem necessidade de se invocar o disposto no inc. IV do mesmo artigo.

Por outro lado, tão imperativa é a regra que se contém na segunda parte do art. 131 do CPC, que a outra conclusão não se pode chegar.

Não basta a motivação. É preciso haja coerência no desenvolvimento da atividade intelectual do Juiz, externada na motivação. Uma motivação contraditória equivale a ausência de fundamentação. "A ausência ou contradição da motivação quanto ao fato a que se refere torna nula a sentença" (cf. Manzini, Tratado, cit., v. 4, p. 494). E, por outro lado, Vincenzo Cavallo adverte: 'Ioglie valore al requisito, perchè contene in sè la sua propria negazione" (cf. La sentenza penale, p. 372).

Se a sentença deve encerrar um raciocínio lógico, como poderá o Magistrado conciliar a conclusão com a motivação, se esta é contraditória? Motivação contraditória equivale a ausência de motivação.

Se não se admite motivação contraditória, muito menos contradição entre fundamentação e conclusão. Nesse sentido, vejam-se os venerandos arestos na RTJ, 43/818, 36/302, 36/572 e 411545.

A motivação deve respaldar e justificar plenamente a parte conclusiva, sob pena de gerar o que G. Escobedo denominou "sentenze suicide" em trabalho com o mesmo nome, publicado em Milão, 1942

(apud V. Manzini, Tratado, cit., v. 4, p. 497, nota 47).

Parte dispositiva. Esta, também denominada conclusão, é, como o nome está a indicar, a parte da sentença em que o Juiz conclui o raciocimo desenvolvido durante a motivação. A conclusão ou dispositivo é, já se disse, a sua crase

sangüínea. E aí, na parte dispositiva, que o Juiz procede à subsunção da espécie sub judice à lei, julgando procedente ou improcedente a pretensão. A propósito, o inc.

111 do art. 458 do CPC: "São requisitos essenciais da sentença:... 111 -

o dispositivo, em que o Juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem".

No decisum, dispositivo, conclusão, decisão ou parte dispositiva, o Juiz põe termo à lide, declarando o direito aplicável à espécie. Constitui, assim, a parte dispositiva aquilo que a Corte de Cassação italiana, citada por Manzini, qualificou de "a verdadeira sede da sentença" (cf. Manzini, Tratado, cit., v. 4, p. 497, nota 49).

Geralmente, os Juízes, terminada a motivação, iniciam o decisum com as expressões: "isto posto", "ante o exposto", ou "assim consi-247

i

derando", julgo procedente ou improcedente etc. As expressões que se seguem variam de acordo com a natureza da ação: se declaratória, constitutiva ou condenatória. No crime, dirá o Juiz: "isto posto, julgo procedente a peça acusatória para condenar o réu nas penas..." ou "isto posto, julgo improcedente a peça inicial para absolver o réu, com fimdamento no art.

386, inciso tal do CPV'.

Parte autenticativa. Concluída a sentença, com acolhimento ou rechaço da pretensão deduzida, segue-se a parte autenticativa da sentença, constituída de designação de lugar, dia,

mês e ano da sua prolação

i

e assinatura do Juiz.

16. Clareza e precisão da sentença civil

0 art. 280 do CPC ab-rogado exigia fosse a sentença clara e precisa. É

lógico que a sentença deva ser clara. Pode ser feita em linguagem simples ou em vernáculo rebuscado.

Pouco importa. 0 que exigia

i

o Código ab-rogado, e o atual, embora não o diga expressamente, su-1 1,

bentende-se que o diga, é que a sentença (seja penal, seja civil) deve ser inteligível. Sentenças obscuras, já dizia João Monteiro, são inexeqüíveis (Processo, cit., p. 578). É na clareza de qualquer produção escrita que assenta o seu primeiro merecimento. Esta exigência da clareza, observava João Monteiro, não consulta apenas a uma necessidade de ordem literária, mas, inclusive, de ordem econômica, ficando as partes desobrigadas de novos gastos com a interposição de embargos declaratórios. Se ela for ininteligível, diz Pontes de Miranda, ela é ineficaz (cf. comentários ao art. 280 do CPC ab-rogado, in Comentários ao Código de Processo Civil, de 1939, t. 4, p. 53).

Além da clareza, deve conter precisão, isto é, a sentença há de ser precisa. Se não for precisa, como poderá ser executada? 0 velho Pimenta Bueno, citado por Pontes de Miranda (Comentários, cit., p. 54), afirmava que, se a sentença não fosse suscetível de liquidação na execução, deixaria os direitos contestados na mesma dúvida, sem fixá-los nem defini-los. 0 art. 461 do atual diploma processual civil determina seja a sentença certa, ainda quando decida relaçãojurídica condicional. A sentença, pois, há de ser certa, precisa, sem dúvida, sem ambigüidade. Trata-se de expressa exigência legal. Assim, se imprecisa ou incerta, ela se torna rescindível, com fundamento no inc. V

do art. 485 do CPC.

A ação tem o seu início com a apresentação da petição inicial, cujo conteúdo vem devidamente esclarecido no art. 282 do CPC. E entre os elementos estruturais da inicial está o pedido, isto é, o objeto da postulação, o bem da vida que se pretende, aquilo que o autor quer. Tal qual na sentença, a inicial encerra,

também, um silogismo, em que a premissa maior é representada pelo texto legal, a premissa menor pela causa petendi, isto é, pelo fato que deu origem à demanda, e, finalmente, a conclusão, que se traduz com o petitum, aquilo que se pretende.

Este pedido deve ser certo e determinado. Na demanda, diz o Código espanhol, "Se fijará, con claridad y precisión lo que se pida". No mesmo sentido, o art. 286 do CPC: "0 pedido deve ser certo ou determinado". A despeito da conjunção, "ou", ensina Calmon de Passos que não se trata de alternativa, mas de copulativa. É como se o texto dissesse: "o pedido deve ser certo e determinado".

Pedido determinado é aquele em que o autor indica o bem da vida pretendido. Pedido certo é df que envolve a extensão e qualidade do que se pretende.

Se o pedido formulado pelo autor não contiver certeza e determinação, deve o Juiz aplicar a norma que se contém no art. 284 do CPC. De fato, não havendo certeza e determinação no pedido, como poderia a sentença encerrar certeza e precisão, tal como exige o art. 461

do CPC?

Permite a lei, em certos casos expressamente previstos, possa ser feita a formulação de pedido genérico, isto é, relativamente indeterirúnado. Os incs. 1, 11 e 111 do art. 286 do CPC a eles se referem. Nesses casos, embora determinado, o pedido é incerto no que respeita ao quantum debeatur (quanto é devido). Ainda nessas hipóteses, a sentença será certa quanto ao an debeatur (se é devido) e precisa. Não importa seja ela, nesses casos, ilíquida. Desde que permita sua exeqüibilidade, é precisa.

Para ser precisa, diz Moacyr Amaral Santos, deve a sentença conter-se nos limites do pedido (cf. Direito, cit., v. 3, p. 30).

Claro, a esse respeito, o art. 128 do CPC: "0 Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

Deve, pois, a sentença ser limitada ao petitum. Não pode o Juiz julgar ultra petitum, extra petitum, ou citra petitum (além, fora ou aquém do pedido).

Merece especial atenção o disposto no art. 460

do mesmo Çstatuto:

249

t ~~ j,., 1jIj -li

i

"É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi

demandado".

A inobservância dessa regra induz ineficácia da sentença. Nas ações por acidente do trabalho, contudo, permite-se ao Juiz julgar ultrapetitum, talvez pela circunstância de possuir a

indenização caráter alimentar e, como tal, somente perceptível como compensação material do evento que definitivamente privou ou limitou o trabalhador de auferir o salário

correspondente à sua ocupação profissional. Trata-se, contudo, de criação pretoriana.

17. Clareza e precisão da sentença penal

Na esfera penal, deve a sentença ser, também, clara e precisa. Não se concebe, quer no cível, quer no penal, uma sentença ininteligível. Deve, também, ser precisa, isto é, deve

indicar a qualidade e quantidade das penas e conter-se nos limites do pedido.

i

Enquanto no cível o pedido deve ser certo e determinado, admitin- 1

1

do-se, excepcionalmente, pedido genérico, no penal, a inicial deve apenas caracterizar, perfeitamente, ofato delituoso. Neste particular, o pedido

deve ser certo, isto é, a inicial deve descrever perfeitamente bem a es pécie delituosa que constitui a causa petendi, a razão do pedido, o fato que originou o pedido. No que tange à qualidade e quantidade da pena, o petitum é sempre genérico, uma vez que compete exclusivamente ao Juiz, segundo os critérios adotados pelo nosso CP, dizer qual a pena e qual a sua quantidade.

Tal qual no cível, também não se admite julgamento ultra, extra ou citra petitum. Sem embargo da advertência feita na Exposição de Motivos que acompanha o CPP, no sentido de

que o projeto repudia a proibição de sentença condenatória ultra petitum, o que se infere do nosso diploma é que a proibição foi mantida.

Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe um crime de lesão corporal e, na instrução, apura-se que ele cometeu, também, um crime de furto, a sentença

apreciará, apenas, a primeira infração. A outra poderá ser objeto de novo processo. Se apreciasse aquela segunda infração, estaria decidindo extra petitum. Se o Promotor oferece

denúncia contra Mévio, imputando-lhe duas infrações, e a sentença 250

apenas se limita a analisar uma delas, tal decisão é nula, porquanto julgou citra petitum (aquém do pedido). Se o Promotor, na denúncia, imputa a Mévio um crime de lesão corporal leve, não pode o Juiz condenálo por lesão corporal grave (ultra petitum, além do pedido), sem antes tomar certa providência que, oportunamente, será examinada.

18. "Jura novit curia"

Cumpre observar, todavia, que no penal vigora o princípio dojura novit curia, isto é, o princípio da livre dicção do direito - o Juiz conhece o direito. Em outras palavras, vigora o princípio do narra mihi factum dabo tibi jus (narra-me o fato e te darei o direito). A errada classificação do crime não impede, em princípio, a

prolação de sentença condenatória.

No particular, duas situações podem verificar-se: a emendatio libelli e a mutatio libelli.

A

Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória. A propósito, dispõe o art. 383 do CPP:

"0 Juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave".

Diz-se, até, que nessa hipótese nem haverá uma alteração do libelo, isto é, uma alteração da peça acusatória, mas, simplesmente, uma corrigenda (emendatio libelli).

Aí, três hipóteses podem ocorrer: a) a pena não se altera; b) modifica-se para melhor; c) modifica-se para pior.

Se o Promotor descreve, na peça inicial, um fato que se subsume perfeitamente na moldura do art. 168 do CP, mas, ao classificar a infração, invoca o art. 155, caput, do mesmo estatuto, provado, finalmente, que o fato imputado ao réu foi verdadeiro, o Juiz o condenará como

iincurso nas penas do art. 168, caput. Nesse caso, a pena não se altera, os crimes de furto simples e de apropriação indébita referida no caput do art. 168 são absolutamente iguais.

1

Se o Promotor, na peça acusatória, salienta que Tício adquirira de Mévio coisa

produto de crime e, embora desconhecendo sua proveniência ilícita, deveria prever, ante a desproporção entre o valor e o preço, ter sido aquela obtida por meio criminoso e, por esse fato, o denuncia como incurso nas penas do art. 180, caput, do CP, poderá o Juiz condená-lo às penas do art. 180, § 1.'. Neste caso, a pena diminui.

Se a peça acusatória dissesse que o receptador sabia da provemencia ilícita e, mesmo assim, adquirira a coisa, pagando um preço desproporcional ao seu valor e, por isso, capitulasse o fato no § 1.' do art. 180, o Juiz poderia condená-lo às penas do art. 180, caput, e, assim, a situação do réu ficaria agravada.

E que, em todos esses casos, não há surpresa para a defesa. 0 fato do qual o réu vai defender-se está perfeitamente descrito na peça acusatória. 0 Juiz vai apreciar esse fato. Nem teria sentido devesse o Magistrado vincular-se à capitulação feita pelo acusador.

Inteira aplicação tem, aqui, o refrão narra miNfactum dabo tibi jas.

Certo que deve haver correlação entre a sentença e a acusação. Mas esta relação mútua há de verificar-se entre a sentença e o fato contestado, e não entre a decisão e a capitulação dada à causa petendi, que é o

próprio fato. Assim, na emendatio libelli o fato é o mesmo, absolutamente o mesmo; o Juiz limita-se a corrigir a qualificação jurídico-penal.

19. A "mutatio libelli"

Outras vezes, entretanto, ao proferir a sentença final, pode o Juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Evidente que, nessa hipótese, se, com a nova capitulação, a pena agravar-se, ou diminuir, ou, ainda, permanecer inalterada, não pode o Juiz proferir sentença condenatória sem que se tomem certas providências. Nem teria sentido pudesse fazê-lo, pois tal medida implicaria uma violentação ao direito de defesa. Se deve haver correlação entre sentença e fato contestado e se este é o descrito na peça acusatória, pois a

contestação versou sobre ele, seria profundamente estranho que, no curso da demanda, surgisse prova a respeito de uma elementar sobre a qual não houve contestação (nem podia haver, pois a denúncia ou queixa a omitiu) e o Juiz pudesse condenar o réu por esse fato, já agora profundamente alterado. Estaria ele saindo daquele "perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório". 0

julgamento, à evidência, seria ultra petitum. Então, três situações podem ocorrer: a) a circunstância elementar deixa a pena inalterada; b) altera, para diminuir a pena; c) o reconhecimento da elementar importa em aplicação de pena mais grave.

Das duas primeiras hipóteses cuida o art. 384, caput, e, da última, o paragrafo único do art. 384.

20. Conceito de "circunstância elementar"

Antes, contudo, de procedermos à análise desses dispositivos, cumpre-nos solucionar outro problema. Que se entende por aquela circunstância elementar a que se refere o art. 384, caput? Evidente que o legislador sabia da diferença existente entre circunstância e elementar Essa circunstância elementar nada mais e que o elemento essencial do tipo. Na hipótese do art. 384 e parágrafo o fato já não é o mesmo. Ele sofreu alteração em face da "circunstância elementar" que havia nos autos mas não estava explícita ou implicitamente contida na denúncia ou queixa.

Assim, por exemplo, a qualidade de funcionário público do agente é elementar da prevaricação. Se o agente não for funcionário público, não haverá o delito tipificado no art. 319 do CR Outras vezes, a elementar não faz desaparecer o crime, mas o altera profundamente.

Vejase, por exemplo, a qualidade de funcionário público, elementar do peculato. Ausente a elementar, o tipo se desloca para o do art.

168 (apropriação indébita). A precedente posse da coisa é elementar da apropriação indébita. Se o agente não tinha a precedente posse ou detenção da

res, o delito pode deslocar-se do art. 168 para o previsto no art. 155.

Já a circunstância é diferente. E possível que sua presença aumente ou diminua a pena, mas o tipo fundamental continua o mesmo. A violenta emoçao e circunstância que afeta a sanctiojuris no crime, por exemplo, de lesão corporal (CP, art. 129, § 4.'). Inexistindo tal circunstância, o tipo fundamental - lesão corporal - continua o mesmo.

253

Havendo, como há, essa distinção, como entender-se a expressão circunstância elementar, contida no art. 384 do CPP? Parece-nos que o legislador quis referir-se não só às

elementares propriamente ditas, como também a todas aquelas circunstâncias específicas de uma ou de algumas figuras delituosas e capazes de deslocar o tipo fundamental para uma modalidade especial, desde que tais circunstâncias não sejam aquelas conhecidas sob a denominação de agravantes ou atenuantes, porque, quanto às primeiras, existe expressa disposição,

permitindo ao Juiz conhecê-las, ainda que não alegadas (art. 385), e, quanto às últimas, por absoluta desnecessidade.

Assim, quando o art. 384 acena com a possibilidade de nova definição jurídica do fato, há de se entender essa expressão não so como uma entidade jurídica diversa da capitulada

na peça acusatória, mas também como a transformação do tipo fundamental em modalidade especial. E, para roborar esse entendimento, aqui está a palavra sempre autorizada de um dos

nossos mais perspicazes intérpretes do estatuto processual penal: "Como circunstância elementar, porém, não se deve entender só o elemento da figura delituosa, ou seja, um dos

requisitos que tenham sido exigidos pelo direito objetivo para a existência do crime, senão também as causas de aumento ou de diminuição de pena

i

(distintas das circunstâncias agravantes e atenuantes), porque transplantam

a entidade delituosa de um para outro preceito penal, instituindo, pois, comparativamente ao tipo originário ou fundamental da infração, espe~

cial modalidade. Se assim não fosse, teria amplitude das mais elásticas e perigosas a apreciação do fato na sentença e se esvaneceria a proibi ção da mutatio libelli" (cf. Basileu Garcia, Comentários ao CPP, v. 3, p. 504).

Exemplificando: se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputandolhe um crime de furto simples (CP, art. 155, caput), e, na instrução criminal, apura-se que a subtração

ocorrera às duas da madrugada, esta circunstância pertinente ao repouso noturno, e que exaspera a pena, não contida, sequer de modo implícito, na peça acusatória, não pode ser

reconhecida na sentença sem que se tome aquela providência apontada no parágrafo único do art. 384 do CPR

Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe o crime definido no art. 155, caput, e, no curso da instrução, apura-se que o réu não subtraíra a coisa, mas fora a

própria vítima quem lha entrega-

ra, tendo o réu dela se apropriado, essa elementar - precedente posse ou detenção da coisa - desloca o tipo do art. 155 para o previsto no art.

168. A pena é a mesma. Não importa. 0 réu não se defendeu da apropriação indébita, mas do furto. Deverá, pois, ser observada a regra contida no art 384, caput, do estatuto processual penal.

Esta mesma regra é aplicável, ainda que a pena deva ser diminuída.

Assim, se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputandolhe o crime de receptação dolosa, e, no curso da instrução, apura-se a insciência do réu quanto à

proveniência ilícita da coisa, mas se constata que ele adquirira a coisa por um preço desproporcional ao seu valor, esta circunstância - desproporção entre o preço e valor -, surgida na instrução criminal, faz com que o tipo se desloque do art.

180, caput (receptação dolosa), para a figura culposa do respectivo §

1.'. Aplicável, pois, a regra do art. 3§4, caput, do CPP.

Não se deve confundir a hipótese tratada no art. 383 com aquelas referidas no art. 384 e seu respectivo parágrafo. Lá se fala em

"definição jurídica diversa". Aqui, em "nova definição jurídica do fato". Sem embargo dos esclarecimentos já feitos, não é demais respaldá-

los com a palavra sempre autorizada do Prof. Romeu Pires de Campos Barros: "Em nossa lei, quando se fala em diversa definição jurídica, é levada em consideração a errônea classificação jurídica, sendo que a realidade fática continua sendo a mesma, sustentada pela acusação. Não obstante, quando ela se refere a nova definição jurídica, já são os fatos que se mudaram no curso da instrução da causa, tanto que nestas hipóteses são exigidas as providências pertinentes a assegurar a plenitude da defesa, com o reabrimento da instrução da causa, seja ouvindo a defesa, seja determinando o aditamento à denúncia" (cf. Da correlação entre acusação e sentença no processo penal, Revista de Direito Processual Civil, Saraiva, 1960, v. 2, p. 144).

21. 0 procedimento a ser observado na hipótese do art. 384 e parágrafo único do CPP

Analisadas as três hipóteses a que se referem o art. 384 e seu respectivo parágrafo, vejamos o seu procedimento. Se, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida,

e

explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa, reconhecer o Juiz a possibilidade de nova definição jurídica do fato, de molde a minorar a pena ou

ainda que permaneça inalterada, deverá determinar a volta dos autos a cartório, a fim de que a defesa, no prazo de 8 dias, manifeste-se a respeito e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até 3 testemunhas.

Se, porventura, o Juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, que importe aplicação de pena mais grave, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida explícita ou implicitamente na denúncia, ou na queixa, se esta foi oferecida em crime de ação pública (art. 29), deverá o Juiz determinar a abertura de vista dos autos ao órgão do Ministério Público, para aditar a denúncia ou a queixa. Feito o aditamento, abrir-se-á o

prazo de 3 dias, a fim de que a defesa fale e, se quiser, ofereça prova, arrolando, no máximo, 3 testemunhas.

As diferenças entre as hipóteses previstas no art. 384, caput, e a tratada no respectivo parágrafo são marcantes.

1.a) Nas hipóteses previstas no art. 384, caput, não haverá possibilidade de se agravar a situação do réu. Ou a pena fica inalterada ou haverá minoração.

2.') 0 parágrafo único do art. 384 somente será aplicável se a nova definição jurídica do fato, em decorrência da circunstância elementar, importar em aplicação de pena mais grave.

3.') Nas hipóteses do art. 384, caput, não há aditamento da denúncia ou queixa, e tanto pode ocorrer nos crimes de ação pública como nas hipóteses de ação privada.

4 a) Já no caso do parágrafo, haverá indeclinável necessidade de aditamento por parte do órgão do Ministério Público. Ademais, pela sua própria redação, infere-se que o aditamento previsto no parágrafo somente será possível nos crimes de ação pública, pouco importando

se o processo foi ou não instaurado por meio de denúncia ou queixa.

5.') Nas hipóteses do art. 384, caput, o Juiz determinará a abertura de vista à defesa, para, no prazo de 8 dias, falar e produzir prova, podendo ser ouvidas até 3 testemunhas. Dentro desse prazo, cumprirá à defesa falar e produzir provas,

sendo que as testemunhas, acaso arroladas, deverão ser ouvidas naquele comenos.

256

6 a) Tratando-se do parágrafo, feito o aditamento, determinará o Juiz a abertura de vista à defesa, pelo prazo de 3 dias, para falar e oferecer prova, podendo arrolar até 3 testemunhas. Esse prazo, aparentemente menor que o previsto no caput, na realidade é maior. Porque o tríduo concedido é apenas para a defesa se manifestar sobre o aditamento, oferecendo provas e, se quiser, arrolando testemunhas, que serão ouvidas em prazo complementar que o Juiz assinará.

Pode parecer que o parágrafo único do art. 384 dispensa o surgimento de prova sobre a existência daquela circunstância elementar a que se refere o art. 384. De notar-se que ele guarda estreita relação com o artigo ao qual está ligado. Ademais, tal condição não aparece explícita no parágrafo, talvez, como bem observa Espínola Filho, por evitar o legislador a desmesurada prolixidade do dispositivo, mas é indubitável que a ele se deve entender extensiva (cf. Código, cit., v. 4, p. 102). Por outro lado, a leitura do inc. XII da Exposição de Motivos do CPP está a mostrar ter sido intenção do legislador estender aquela condição (existência de circunstância elementar) à hipótese do parágrafo.

Convém lembrar que, se, em virtude dessa circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na peça acusatória, houver possibilidade de agravamento da pena, indispensável se torna o aditamento. 0 órgão do Ministério Público, então, fará uma petição, completando a peça vestibular da ação penal com o acréscimo da referida circunstância elementar. À míngua de disposição expressa, cremos que

• prazo para tal aditamento será de 3 dias, aplicando-se, por analogia,

• disposto no § 2.' do art. 46 do CPP. Tratando-se de crime de exclusiva ação privada e havendo possibilidade de nova definição jurídica do fato que importe aplicação de pena mais grave, em conseqüência de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na queixa, não poderá o querelante fazer o aditamento. A redação clara do parágrafo único do art. 384 não pode deixar a menor dúvida. 0

aditamento somente será possível à denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado processo em crime de ação pública. Veiam-se a propósito: Frederico Marques (Elementos, cit., 2. ed., v. 3, p. 138); Basileu Garcia (Comentários, cit., p. 507); Espínola Filho (Código, cit., v. 4, p. 111). Nada obsta, contudo, que o querelante possa fazer aditamento à queixa "apenas para que lacunas possam ser sanadas, mas não poderá fazê-lo nem espontaneamente nem mediante provocaçao judicial, para o efeito de, acrescentando determinado elemento ao cri-257

1

me de que se queixou, definir diferente modalidade delítuosa". Apen 1

1

as

as omissões, os senões, tal como prevê o art. 569 do CPP. Mas, se o aditamento implicar acrescer uma circunstância elementar que redunde em majoração da pena, o parágrafo único do art. 384 implicitamente o impede.

Repetindo: o aditamento somente será possível se o crime for de ação pública, pouco importando tenha sido o processo instaurado por meio de denúncia ou queixa, e, mesmo

nesta última hipótese, somente o órgão do Ministério Público é que poderá fazê-lo. A rigor, caberia ao ofendido, a menos houvesse negligência da sua parte, assim como previsto no

art. 29 do CPP, quando, então, o Ministério Público retomaria a sua posição de parte principal. Entretanto, expressamente, mesmo sem que haja negligência do querelante, determina o

parágrafo único do art. 384 que o aditamento deverá ser feito pelo Ministério Público.

Não obstante a proibição legal de ser feito o aditamento na hipótese de exclusiva ação penal privada, estamos como Basileu Garcia ao fazer

estajudiciosa observação: "Não estranharemos que o trabalho pretoriano

da jurisprudência acabe insinuando, no parágrafo único do art. 384, por

analogia, de problemática legitimidade no caso, a permissão ao quere

lante para, nos crimes de ação privada, agir à semelhança do que se i

preceitua para o acusador público" (cf. Comentários, cit., p. 509).

Realmente, seria estranho que o querelante, pelo fato de, inicialmente, não haver apreendido, em toda a sua extensão, a gravidade do fato delituoso, ou, ainda, pelo fato de haver

surgido, na instrução, prova pertinente a uma circunstância elementar de molde a agravar a pena,

1

não pudesse fazer o aditamento. E mais estranha ainda seria a atitude

'ficado (ante a

do Juiz: não podendo condenar pelo crime realmente veri

, 1

ausencia de aditamento) e, muito menos, pelo capitulado na queixa (porque,

na verdade, o crime foi outro), teria forçosamente que proferir um de

creto absolutório.

k

Por essas razões, estamos que, não tendo havido expressa, mas implícita proibição, há de ser invocada a analogia.

E se, porventura, o órgão do Ministério Público recusar-se a fazer o aditamento? À míngua de regulamentação, é de ser aplicada, analogicamente, a regra contida

no art. 28 do CPP. E se o ProcuradorGeral entender não ser caso de aditamento? Das duas uma: ou o Juiz profere sentença condenatória, cingindo-se ao delimitado na peça 258

, ~Ì

i

acusatória, o que sabe a disparate, ou, então, absolve o réu, porque o crime cometido foi outro que não o descrito no requisitório.

Regra importante a ser obedecida quando da aplicação do art. 384 e seu parágrafo, e que não deve ser deslembrada, é esta: o Juiz, ao baixar os autos a cartório, para aquelas providências ali apontadas, em face da possibilidade de alteração na capitulação do delito, deve fazêlo, como diz Espínola Filho, em termos que não traduzam um prejulgamento (Código, cit., v. 4, p. 102-3), mesmo porque tal despacho encerra, apenas, um juízo de mera possibilidade. Ademais, bem pode acontecer que o Juiz, quando da sentença, com ou sem as novas provas, entenda ser mais ajustável à hipótese a primitiva capitulação.

Quer-nos parecer, também, a despeito da omissão da lei, que, apos a feitura da prova a que aludem o art. 384 e seu parágrafo, deve o Juiz determinar a abertura de vista às partes, dentro de um prazo razoável, para se manifestarem sobre A ela. As considerações das partes são impor tantes para auxiliá-lo no exame crítico das provas.

Convém acentuar que, se no instante em que for proferir a decisão o Juiz observar que o delito praticado foi outro, bem diverso daquele capitulado no requisitório, é preciso distinguir: se a nova modalidade delituosa surgiu em conseqüência da existência de prova de circunstância elementar, a solução é aquela apontada no art. 384 e seu parágrafo; se não, a conseqüência será a improcedência da denúncia ou queixa, pois o reu não pode ser condenado por fato diverso daquele de que se defendeu. Se surgir prova da existência de mais outra infração, também e preciso que se faça uma distinção: se a nova infração não guardar nenhuma relação de conexão ou continência com aquela da qual o réu se defendeu, a solução é dada pelo art. 40 do CPR Do contrário, nada obsta seja feito aditamento, renovando-se a instrução, quanto a esse novo crime, ou instaurado um segundo processo, dependendo da hipótese concreta.

E de observar que o órgão do Ministério Público, independentemente de provocação judicial, pode aditar a denúncia, ou até mesmo a queixa, se em virtude desta foi instaurado o processo em crime de ação pública. Tal acontecerá além das hipóteses previstas no art. 569, se concluir haver sido omitida: a) circunstância elementar capaz de alterar a modalidade delituosa; b) outra infração interligada à descrita na denúncia ou queixa por uma relação de conexidade ou continência; 0 outro co-réu.

259

1

Aditamento espontâneo também poderá haver se, no curso da instrução, surgir prova pertinente a qualquer uma das hipóteses acima mencionadas, devendo o Juiz, contudo, se for o caso, reabrir a instrução quanto ao outro co-reu ou a outra infração, ou, na hipótese de circunstância elementar, limitar-se a ouvir a defesa e permitir-lhe a feitura de prova.

No caso de se pretender imputar ao réu outra infração conexa ou continente, ou na hipótese de se pretender incluir outro co-réu, é preciso que se tenha em vista que o aditamento não interrompe o prazo prescricional, e, assim, se a prescrição estiver iminente, é convinhável se instaure processo distinto, aplicando-se, por analogia, o disposto nos arts. 80 ou 408, § 5.', ambos do CPP.

Todas essas providências a que nos temos referido visam, à evidência, a impedir um julgamento ultra petitum. Sem elas, ou o Juiz ultrapassaria a área demarcada pela acusação, ou, então, teria de julgar a acusação improcedente, com graves prejuízos, na primeira hipótese, ao direito de defesa e, na segunda, aos interesses da defesa social.

260

capítulo 57

1. Publicação da sentença

Da Sentença

SUMÁRIO: 1. Publicação da sentença. 2. Efeito da publicação. 3. Int4nação da

sentença. 4. Efeitos da sentença no cível. 5. Sentença penal absolutória. 6. Efeitos da sentença penal absolutória. 7. Sentença penal condenatória. 8. 0 problema da aplicação

da pena. 9. Efeitos da sentença penal condenatória.

Uma vez proferida a sentença, sua publicação se impõe, a fim de que possa surtir efeitos. Produzindo consequencias jurídicas de natureza vária, umas de ordem material e outras de aspecto

processual, nenhum valor teria uma sentença não publicada. Sentença não publicada é expectativa de pronunciamento jurisdicional. Pode acontecer ter sido prolatada, mas, enquanto não publicada, não passa de simples opinião do Juiz. É com a publicação que a sentença se transforma em ato processual, cuja importância, como diz Guasp, observa-se "en Ia transcendencia de las consecuencias jurídicas que produce" (cf. Derecho, cit., v. 1, p. 526).

Diz-se publicada a sentença quando ela adquire publicidade. Entregue ao escrivão, para a juntada aos autos, ela passa ou pode passar ao domínio da opinião pública. Fala-se, então, em publicação da sentença. Diz o art. 389 do CPP que "a sentença será publicada em mão do 261

r ~

1

1

escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim".

Assim, a publicação concretiza-se com o ato do escrivão consistente em juntá-la aos autos e, ao mesmo tempo, lavrar o respectivo termo, que tem o mérito de deixar neles memória de que, naquela data, foi apresentada a prestação jurisdicional. E, como maior cautela, exige ainda o art. 389 deva o escrivão transcrevê-la integralmente em livro especialmente destinado a tal fim. Nisto consiste o registro.

Às vezes, a sentença é proferida na audiência, isto é, o Juiz, verbalmente, a

profere, ditando-a ao escrivão ou escrevente, que a datilografa. Nesta hipótese, pensamos que, após a sua prolação, ela se torna pública, tanto mais quanto proferida em presença das partes, dos seus representantes e de outras pessoas que ali estejam presentes. Se a audiência é um ato processual público, evidente que a sentença aí proferida adquire publicidade e, por isso mesmo, passa a produzir seus efeitos, muito embora, posteriormente, deva-se proceder ao registro e à lavratura do termo de juntada. Tais providências, nesse caso, não se tomam para a concretização da publicação da sentença, e sim, tão-somente, para melhor documentá-la. Diga-se o mesmo se proferida em sessão do Júri. Muito elucidativo, no particular, o art. 495, XVIII, do CPR Em cada sessão, o escrivão lavra uma ata que descreve todas as ocorrências, mencionando, dentre outras, o fato de ter sido a sentença publicada na presença do réu, a portas abertas (cf. CPP, art. 495, XVIII). Evidente que a publicação se dá antes da sua consignaçao em ata...

Por outro lado, dispõe o art. 798, § 5.', b, do estatuto processual penal:

"§ 5.' Salvo os casos expressos, os prazos correrão: b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte".

Tudo, pois, está a demonstrar ser possível, também, a publicação da sentença em audiência. No Processo Penal, isso pode ocorrer nos processos contravencionais, nos pertinentes a crimes apenados com detenção (art. 539), para os quais não haja procedimento especial, bem como nos crimes que dizem respeito ao uso ou tráfico de entorpecentes.

No Processo Civil, as sentenças definitivas são normalmente proferidas em audiência, e, por isso mesmo, aí se tornam publicadas, tal como dispõe o art. 456. Se não for possível sua prolação em audiência, outra será designada especialmente para a sua leitura e publicação. No caso de antecipação da audiência, aplicar-se-á a regra contida no § 3.' do art. 242 do CPC.

Na primeira hipótese, a prolação, a publicação e a intimação se fazem num mesmo instante. A proporção que for sendo ditada ao escrevente, vai se tornando pública, e as partes, se aí estiveram presentes,

1

ja ficam intimadas. E a regra do art. 242, § 1.', do CPC. Na segunda hipótese, a prolação, publicação e intimação ocorrem em momentos distintos. Prolatada a sentença, o Juiz a entrega ao escrivão, designando data para a sua publicação, intimadas as partes. Na data aprazada, a sentença será lida em audiência, quando, então, será lavrado o resPectivo termo, concretizando- se, desse modo, a publicação. Se as partes foram intimadas, o prazo reéursal começa a fluir da data da publicação, pois publicação e intimação se fazem, aí, simultaneamente. Se não o foram, aplicar-se-á o disposto nos arts.

236 ou 237 do CPC.

Entretanto, tratando-se de sentença terminativa, geralmente sua publicação se faz quando as partes dela tomam conhecimento.

Excepcionalmente, pode ser proferida sentença dessa natureza na propria audiência, e, então, a publicação se faz aí.

2. Efeito da publicação

Uma vez publicada a sentença, que e a apresentação da prestação jurisdicional, nada mais restará ao Juiz fazer, porquanto a missão que lhe foi atribuída se cumpriu. Por isso mesmo se diz que, publicada a sentença, ela se torna irretratável. Não mais poderá o Juiz retroceder, desdizer-se, não podendo até mesmo corrigi-Ia. Ela se torna inalterável, salvo algumas exceções. Por isso mesmo dispõe o art. 463 do CPC que, "ao publicar a sentença de mérito, o Juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional". Entretanto os incs. 1 e 11 do referido artigo permitem sua alteração: a) para a correção de inexatidões materiais ou erros de cálculo; b) quando na sentença houver obscuridade, dúvida, contradição ou omissão de ponto sobre o qual ela deveria pronunciar-se. Na primeira hipótese, a correção poderá verificar-se de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Na segunda, somente mediante embargos

263

VI

1

declaratórios, oponíveis no prazo de 48 horas, e, em igual prazo, o Juiz, se for o caso, corrigirá a decisão em outra complementar e que se integra à primeira. A propósito, os arts. 463,

464 e 465 do CPC. Opostos os embargos declaratórios, que constituem verdadeiro recurso inaudita altera parte, o prazo para interposição de outro qualquer recurso, por qualquer das

partes, fica em suspenso.

Apresentada a prestação jurisdicional, nem por isso a sentença se torna imutável. Claro que o Juiz não poderá alterá-la, salvo no caso das exceções já assinaladas. Mas, por meio de

recurso, poderá a parte lograr sua total reforma. Por isso se diz que a verdadeira entrega da prestação jurisdicional se dá ou quando ficam preclusas as vias impugnativas, ou, então, com o pronunciamento final na instância recursal. Enquanto a sentença está sujeita a recurso, não passa de mera expectativa de entrega da prestação jurisdicional. Simples probabilidade, mesmo

porque, por meio dele, tudo poderá ser desfeito.

No Processo Penal, uma vez publicada a sentença, esta também se torna irretratável, não mais podendo ser alterada, salvo se a parte, no prazo de 2 dias, ingressar com embargos

declaratórios. Embora o CPP não use tal expressão, conclui-se que a petição a que se refere o art. 382 traduz verdadeiros embargos declaratórios, oponíveis sempre que, na sentença, houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão.

Conquanto a lei processual penal seja omissa a respeito, nada obsta que o Juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, proceda à correção de pequenas inexatidões materiais ou erros

de cálculo, percebíveis a olho desarmado. Assim, se o Juiz grafa, de maneira errada, o prenome do réu; se, em vez de dizer condeno o réu, disser condeno o querelado (que é o réu na

ação privada e não na pública); se disser, por exemplo, "fixo a pena no seu mínimo legal e, à míngua de outros elementos, i

1

torno-a definitiva" e, sendo o crime de lesão corporal leve, cuja pena

mínima é de 3 meses, vier o Juiz a impor ao réu a pena de 6 meses, evidente, em todos esses exemplos, a inexatidão material, e, por aplica ção analógica, pode perfeitamente ser invocada a disposição do art. 463, 1, do CPC.

Salvante tais exceções, somente pelas vias recursais e que se poderá alterar a decisão.

Conclui-se, pois, que o efeito da publicação da sentença, quer no cível, quer no penal, repousa na sua irretratabilidade, sendo de todo 264

impossível ao Juiz retroceder e deixar o dito pelo não dito, a menos seja ela impugnada, por meio do recurso previsto em lei, quando, então, seja pelo próprio Juiz, seja pelo órgão superior, possível será sua alteração.

3. Intimação da sentença

A intimação da sentença é o ato pelo qual se dá conhecimento às partes de que a decisão foi proferida. No cível, normalmente, a intimação se dá no mesmo instante da sua publicação. É que, de

regra, a sentença é prolatada e publicada em audiência, presentes as partes. Assim, após a prolação e a conseqüente publicação, as partes já ficam inteiradas do seu conteúdo. Se não for possível a prolação da sentença na audiência, logo após as alegações das partes, outra será designada, especialmente para a leitura e publicação da decisão final, sendo as partes intimadas. Assim, uma vez intimadasA, mesmo que a ela não compareçam, válida será a intimação. Se não o foram, é de se aplicar o disposto no § 2.' do art. 242 do CPC.

A intimação da sentença, quer no Processo Civil, quer no Penal, é ato de suma importância, pois é a partir dela que começa a fluir o prazo para a interposição de recursos. A propósito, o art. 242 do CPC. Quanto aos modos de se proceder à intimação de sentença, no cível, vejamse os arts. 242, § L', 236 e 237 do CPC.

No Processo Penal, à maneira do que ocorre com o Processo Civil, a intimação do órgão do Ministério Público é sempre feita pessoalmente.

Nesse sentido, o disposto no art. 236, § 1% do CPC, e no

§ 4.' do art. 370 do CPP.

Deverá, assim, no penal, o escrivão, dentro de 3 dias após a publicação da sentença e sob pena de suspensão por 5 dias, dar conhecimento dela ao órgão do Ministério Público.

Tratando-se de intimação a ser feita ao querelante ou ao assistente de acusação, a regra aplicável é a contida no § 1.' do art. 370 do CPP: "A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado". Se se tratar de defensor dativo, a intimação, à semelhança

1[~ i ~1~ i ~r~

do que ocorre com o Ministério Público, será, também, pessoal (art. 370,

§ 4.', do CPP).

E quanto ao réu? Se a sentença for absolutória, a intimação podera ser feita ao seu defensor ou procurador. Se condenatória, é preciso distinguir. Normalmente, a intimação deve ser feita ao próprio réu, pessoalmente. Hipóteses há, contudo, em que o pode na pessoa de seu advogado constituído ou até mesmo por editais. De todas elas cuida o art.

392 do CPP.

Se estiver preso, a intimação somente será válida se feita infaciem. É

como soa o inc. 1 do art. 392 do CPP. Entretanto, dada a possibilidade de eventuais prejuízos, a jurisprudência entende que, nesse caso, para que a intimação se perfaça, deve o defensor, constituído ou dativo, ser também

intimado (cf. RTJ, 80/497 e 89/814). Se, por acaso, for feita, por primeiro, a intimação do defensor, o prazo recursal somente fluirá após a segunda intimação (cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 54/308 e 56/395). Evidente que esse entendimento, embora não seja pacífico (cf.'Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 50/125), é o que mais atende aos postulados da ampla defesa a que se refere o art. 5.', LV, da Magna Carta. Aliás, o Excelso Pretório, com absoluto acerto, chegou, inclusive, à afirmação de que a intimação do réu, mesmo em liberdade, não dispensa a de seu defensor constituído, para que possa fluir o prazo recursal (cf. Recurso Criminal n. 91.837, DJU, 5-9-1980, p. 6612).

Na verdade, se a própria lei não permite que o réu se defenda se não tiver habilitação técnica (CPP, art. 263), exatamente para preservar o princípio do contraditório e da ampla defesa, não tem sentido o Juiz proferir uma sentença condenatória e fazer-se a intimação válida na pessoa do réu. Seria um atentado à ampla defesa. Assim, sempre que houver sentença condenatória, deverá o réu, na medida do possível, ser procurado, para que se faça a intimação in faciem.

Independentemente dessa intimação, esteja ele preso ou solto, não se pode prescindir da intimação do defensor, seja ele constituído, seja ele dativo. Nesse sentido, a orientação do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 49/402, 52/107, 54/425, 55/191, 58/54, 59/62 e RT 523/421

e 528/379). Evidente que, se a lei exigir a apresentação 266 ,

do réu à prisão para poder recorrer (CPP, arts. 585 e 594), intimado ele por edital e não se apresentando à prisão, de todo dispensável a intimação do defensor. Sobre o assunto, vejam-se os venerandos acórdãos supracitados nos Julgados, cit., 41194, 42/35, 45/57, 44/434, 47/150, 48/32, 50/239, 51/429, 52/55, 53/297, 54/425, 55/30, 57/36, 59137

e RT, 528/379.

0 art. 392 do CPP disciplina o modusfaciendi da intimação, em face de sentença condenatória.

Sendo a infração afiançável e se o réu já houver prestado fiança, ou se a hipótese

for a de livrar-se solto (CPP, art. 321), a intimação será feita ao réu, pessoalmente, ou na pessoa do advogado por ele constituído. Se nenhum dos dois for encontrado, e assim o certificar o Oficial de Justiça, far-se-á por meio de edital.

Por outro lado, se a infração for inafiançável, ou, ainda que afiançável, o réu não tenha prestado fiança, expedido o mandado de prisão, caso o Oficial de Justiça certifique não o ter encontrado, a intimação se fará na pessoa de seu advogado constituído. Se este também não for encontrado, e assim o certificar o Oficial de Justiça, far-se-á pela publicação de edital.

Se o réu não tiver defensor constituído, a intimação deverá ser feita pessoalmente. E, na hipótese de não ser encontrado, por edital.

Mesmo nessas hipóteses, não se pode prescindir da intimação do defensor, seja constituído, seja dativo, sob pena de flagrante violação do direito de defesa. Mesmo na hipótese de o réu livrar-se solto, de que valerá fazer-se a intimação na sua pessoa? Porventura saberá ele qual a providência a ser tomada e dentro em que prazo? Obviamente não.

Então, a vingar a letra da lei, não se poderá dizer, como o faz a Constituição, que "a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela

inerentes A defesa, então, seria uma farsa, uma utopia.

Se o acusado for menor (evidente: menor de 21 e maior de 18), a intimação deverá ser feita não só a ele, como também ao seu curador. Se o legislador processual penal considerou o maior de 18 e menor de 21 anos, na condição de réu, como relativamente incapaz, não teria sentido que a intimação de eventual sentença condenatória pudesse ser feita segundo o modelo do art. 392. Para ser válida, deve ser feita a ambos: réu e curador. A preterição de tal formalidade induz nulidade, como se

constata pelo art. 564, 111, o, combinado com o art. 564, IV, todos do i CPP. No particular, vejam-se os venerandos acórdãos na RT, 426/384, 4421415, 443/508, 445/423, 449/408 e Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo,

55/312, 32/35, 36/26, 53/295, 40118, 55/154, 59/55, entre outros.

1

Se o Juiz limitar-se, exclusivamente, a aplicar medida de segurança, o que sucede na hipótese prevista no art. 26, caput, do CP, a intimaçao deverá ser feita na pessoa do curador, pois não teria sentido procederse a intimação na pessoa de um inimputável.

Da mesma forma que não se admite como válida a citação-edital quando o réu se encontra preso na mesma unidade da Federação do juízo da causa, o mesmo deve ser dito se se tratar de intimação de sentença, sob pena de ser violentado o direito de defesa. Neste caso, deverá o Juiz da causa fazer expedir precatória-intimação, e, uma vez cumprida e juntada aos autos, dar-se-á ciência ao defensor. A partir daí, então, começará a correr o prazo de eventual recurso.

Quando a intimação deva ser feita por meio de éditos, aplicara-selhes, no que forem pertinentes, as formalidades previstas no art. 365 e respectivo parágrafo do CPR

Se se tratar de sentença de pronúncia, a intimação deverá obedecer ao disposto nos arts. 414 e 415, sendo que o prazo do edital, se for o caso, sera sempre de 30 dias, nos termos do § 1.' do art. 415.

Importante, pois, a fixação do momento em que se procede à intimação de uma sentença. Pois, a partir de então, começa a fluir o prazo para a interposição de eventual recurso.

4. Efeitos da sentença no cível

0 prazo do edital. será de 90 dias, se a pena privativa de liberdade i

for por tempo igual ou superior a 1 ano, e de 60 dias, nos demais casos.

A contagem desse prazo se faz de acordo com o art. 798 e seus paragra fos do CPP. Esgotado o prazo do edital, começa a fluir aquele concemente ao recurso. Insta, contudo, esclarecer: a) se no curso do prazo de edital se fizer a intimação por uma das formas previstas no art. 392, à evidên cia o prazo recursal começará a fluir não do término do edital, e sim da data em que se procedeu à intimação;

b) se o réu estava presente à au diência ou sessão em que se proferiu a decisão, neste caso, a partir dali correrá o prazo para eventual recurso, nos termos do art. 798, § 5.', b, do CPP.

E se a pena imposta foi a de multa, ou se o Juiz limitou-se a aplicar, tão-somente, medida de segurança, qual seria o prazo do edital? Entende Frederico Marques deva ser invocado o

disposto no art. 392, § 1.', segunda parte, do CPP, isto é, o prazo será de 60 dias (cf. Elementos, cit., v. 3, p. 57).

268

Quando se propõe uma ação, pretende o autor que se lhe reconheça um direito, ou, ainda que não haja direito violado, que se reconheça a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de um documento. A função da sentença, que é o ato culminante do processo, reside exatamente em proclamar a existência de um direito ou de um simples interesse. Esse, pois, o seu efeito normal e o de qualquer sentença. Poderia parecer prima facie que tal efeito é proprio e exclusivo das sentenças meramente declaratórias. Que é, é, mas não exclusivo. Se o Juiz condena o reu a pagar uma determinada soma ao autor, nada mais faz do que proclamar o direito do autor naquela relação j urídico-material que se instaurou entre ambos. Diga-se o mesmo quanto às ações constitutivas.

Não obstante esse efeito comum e constante, que é o de proclamar o direito, a sentença produz outros efeitos, uns de natureza principal e outros secundários. Certo, contudo, que nas ações meramente declaratórias o efeito único descansa na declaração do direito ou do interesse do autor. Se a razão do pedido repousou na declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de um documento, proferida a sentença, esta produz, como efeito, apenas a proclamação do direito ou interesse do autor. 0 direito, antes incerto, torna-se certo "y adquiere en Ia sentencia una prueba perfecta de su certidumbre" (cf. Couture, Fundamentos, cit., p. 328). 0 direito não sofreu nenhuma alteração, nenhuma modificação; permaneceu tal como estava antes da sentença; esta, entretanto, emprestou-lhe um caráter de indiscutibilidade que, segundo a doutrina, tem efeito ex tunc, isto é, para o passado.

Nas ações constitutivas que visam à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, além de reconhecer a existência do direito, a 269

sentença, pelo fato mesmo de haver reconhecido, cria, modifica ou altera uma relação ou situação jurídica. Diz-se, então, que tal sentença, além do seu efeito comum e constante, produz outro: o efeito constitutivo. Assim, na ação de separação judicial. Proferindo a decisão em que julga procedente o pedido, o Juiz nada mais faz do que reconhecer o direito do autor e, ao mesmo tempo, extingue a relação jurídico-matrimonial, isto é, dissolve a sociedade conjugal. Ao efeito meramente declaratório juntou-se outro, de caráter principal: o constitutivo.

Nas ações condenatórias, em que se pede seja o réu obrigado a cumprir uma prestação, evidente que a sentença, julgando procedente o pedido, não só reconhece a preexistência do direito do autor, como ainda concede a este, de maneira indiscutível, o direito de exigir o cumprimento da prestação objeto da demanda.

Ao lado desses efeitos principais (declaratório, constitutivo e condenatório), a sentença produz, independentemente de formulação de pedido nesse sentido, outros, por isso mesmo denominados reflexos ou secundários. É que eles decorrem da própria sentença, "não em função de ato jurisdicional, mas em sua simples qualidade de fato juridicamente relevante" (cf. Liebinati, Eficácia, cit., 1945, p.

61). Esses efeitos, secundários, reflexos ou colaterais da sentença, ou que outra denominação se lhes dê, decorrem da própria lei, tal como decorrem também os principais. Entretanto os secundários não têm autonomia; como diz Liebman, são simplesmente acessórios e conseqüentes aos efeitos principais, e ocorrem automaticamente por força de lei, quando estes se produzem (cf. Eficácia, cit., p. 65).

Não devem ser pedidos pelos litigantes nem indicados na sentença. Os efeitos principais, sim, hão de ser pedidos e declarados. Os secundários não; representam, apenas, conseqüência dos efeitos principais.

Dentre esses efeitos secundários, destacam-se: a hipoteca judiciária ou judicial. Assim, conforme dispõe o art. 466 do CPC, "a sentença que condenar o réu no

pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuj a inscrição será ordenada pelo Juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos". Transitada em julgado a sentença de natureza condenatória, pode o autor providenciar para que opere contra terceiros, como direito real de garantia, requerendo ao Juiz a especialização e inscrição da hipoteca de bens do devedor, a fim de assegurar a execução.

270

A despeito das críticas que se fazem à hipoteca judicial, o instituto existe entre nós e foi revigorado pelo atual CPC. Diz-se inútil visto que o credor-exeqüente normalmente dela não faz uso, mesmo porque ela não lhe confere o direito de preferência.

Uma vez especializada e inscrita (do contrário, a desvalia seria total), pode o credor prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do executado, assim como permite o art. 824

do CC.

Outro efeito secundário: a dissolução da comunhão de bens. Se a sentença anula o casamento ou decreta a separaçao , além dos efeitos principais, eminentemente constitutivos, há um secundário, que decorre da lei, sem que o autor o peça e sem que nela se consigne: é a dissolução da comunhão de bens (CC, art. 267, 11 e 111), tal como observou Liebman (cf. Eficácia, cit., p. 66, aditamento ao § 4.').

Na ação de separação, sendo a mulher condenada, além do efeito secundário consistente na Pissolução da comunhão de bens, há outro: ela perde o direito de usar os apelidos do marido, nos termos dos arts. 324 e 240 do CC. Anotou Liebman outro efeito secundário: haver-se por enunciada a declaração de vontade de quem foi condenada a emitiIa (art. 1.006 do CPC ab-rogado e correspondente ao art. 641 do atual).

Tais efeitos, conforme observou Liebman, são produzidos pelo fato da prolação da sentença e de modo completamente independente da efetiva vontade do Juiz (cf. Eficácia, cit., p. 63). No mesmo sentido Betti: "A decisão é vinculante, não porque queira o órgão vincular as partes, mas porque as partes estão

objetivamente sujeitas à competência normativa do órgão" (cf. Betti, Cosa giudicata, apud Liebman, Eficácia, p. 63, nota 5).

No cível, normalmente, os efeitos principais (e por conseguinte os secundários) se produzem após o trânsito em julgado, mesmo porque, enquanto sujeita a recurso, a sentença é apenas "um projeto" de sentença, mera possibilidade de vir a ser realmente sentença, porquanto a vontade concreta da lei só se efetiva quando a decisão se torna inimpugnável. Em alguns casos, todavia, seus efeitos se fazem sentir, se bem que eventual recurso poderá torná-los ineficazes. Veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 520 do CPC.

E no campo penal? A despeito das várias modalidades de decisoes, ao nosso estudo interessam, apenas, as sentenças definitivas de absolvição e de condenação.

271

5. Sentença penal absolutória

Esta, no rigor técnico, se dá quando o Juiz penal rechaça a pretensão punitiva. Entretanto o nosso CPP não considera a sentença que julga extinta a punibilidade como absolutória nem arrola, como condenatória, aquela que se limita a impor medida de segurança.

Assim, proposta a ação penal, se, afinal, o Juiz entender ser infundada a acusação e improcedente a pretensão nela deduzida, seja pela inexistência do fato, seja pela ausência de provas, seja porque o fato não se reveste de ilicitude penal, seja pela ausência de antijuridicidade ou de culpabilidade ou mesmo pela falta de elementos comprobatórios da responsabilidade do réu, a sentença se diz absolutória.

0

nosso Código alinha, nos seis incisos do art. 386, todas as causas que podem servir de lastro a uma sentença absolutória: a) estar provada a inexistência do fato; b) não haver prova da existência do fato; c) não constituir o fato infração penal; d) não existir prova de haver o réu concorrido para a infração penal; e) existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; J) não existir prova suficiente para a condenação.

As vezes, embora o Juiz penal absolva o réu, deve aplicar-lhe medida de segurança, tal como previsto no art. 386, parágrafo único, 111, do CPP.

A doutrina, sem discrepância, entende que, in casu, há verdadeira condenação, porquanto a aplicação daquela medida implica "una restrizione Windole personale o patrimomale inflitta per sentenza del giudice" (cf. Siracusa, apud Frederico Marques, Elementos, cit., v. 3, p.

36). Por isso mesmo, Colin Sanchez, definindo as sentenças condenatórias, conclui afirmando que, por meio delas, o Juiz declara o autor "culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad" [grifo nosso] (cf. Derecho mexicano, p. 458).

Entretanto, no nosso Código, ela se insere entre as absolutórias, mas a doutrina, sem perdoar o legislador, prefere denominá-la sentença absolutória imprópria, para distingui-Ia da genuína absolutória, pela qual se desacolhe a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória, sem que possa o Juiz, sequer, aplicar medida de segurança.

1

6. Efeitos da sentença penal absolutória

No cível, normalmente os efeitos da sentença se fazem sentir após 272

o trânsito em julgado. Só em casos excepcionais e que podem ocorrer antes (CPC, art. 520). No penal, dá-se o contrário: normalmente os efeitos principais são produzidos antes de se haver a sentença tornado inimpugnável. Excepcionalmente, aguarda-se o trânsito em julgado.

Já os secundários, em geral se produzem quando a sentença se torna imutável.

Proferida sentença penal absolutória propriamente dita, cujo efeito é eminentemente declaratório, porquanto nega, naquele caso concreto, o jus puniendi do Estado, vários efeitos começam a ser produzidos, não importando o fato de haver adquirido a imutabilidade, de sorte que seu cumprimento se faz de imediato.

Se o réu estiver preso, sera expedido alvará de soltura, se por al não estiver preso (isto é, se por um outro motivo não dever continuar preso, como, p. ex., decretação de preventiva em outro processo). A expressão sefor o caso, inscÁrta no inc. I do parágrafo único do art. 386 do CPP, não tem mais razão de ser, uma vez que a Lei n.

5.941, de 2211-1973, revogou a parte final do art. 596 e seu respectivo § 2.'do CPP, alterando, desse modo, o itic. 1 do parágrafo único do art. 386. Assim, proferida sentença absolutória, se o réu estiver preso em decorrência daquele fato que deu origem ao processo em que ela se proferiu, será posto em liberdade. Quanto à aplicação provisória de medida de segurança a que se referem os arts. 378

e 386, Parágrafo único, do CPP, é de observar que ela se extinguiu com a reforma penal de 1984.

Claro que tal efeito se produz de imediato, mas de maneira provisória.

Uma vez transitada em julgado a sentença absolutória propriamente dita, os efeitos tornam-se irreversíveis, imutáveis, não se permitindo, nem mesmo com himalaia de provas, a vivificação do processo ou a instauração de outro, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu.

Por outro lado, com o trânsito em julgado começam a surgir os efeitos secundários ou reflexos.

Se a absolvição for imprópria, deve ser, de logo, aplicada medida de segurança, o que se verifica se a absolvição se der com fundamento no art. 26 ou no seu respectivo parágrafo único do CR

Ao lado desses efeitos, que se originam da sentença como ato jurisdicional, outros dela advêm, após seu trânsito em julgado, não em 273

imiú 'id,

sua função de ato jurisdicional, mas em sua simples qualidade de fato juridicamente relevante.

Absolvido o réu com fundamento numa causa excludente de antijuridicidade, essa decisão exerce notável influência na jurisdição civil, no campo da satisfação do dano ex delicto, podendo até impedir a propositura da ação civil tal como previsto no art. 65 do CPP, salvo as exceções estabelecidas nos arts. 1.519, 1.520, 1.540 do CC. Se o Juiz absolver o réu, alegando a inexistência do fato, a ação cível não pode ser proposta (CPP, art. 66). Diga-se o mesmo se o Juiz penal reconhecer, categoricamente, não ter sido ele o autor do fato criminoso.

A propositura da ação civil contra ele encontra empecilho no art. 1.525 do

cc.

Transitada em julgado a sentença penal absolutória, será levantada a medida assecuratória, consistente no seqüestro (CPP, art. 131, 111).

Diga-se o mesmo quanto à hipoteca legal (CPP, art. 141).

A fiança deve ser restituída, como se constata pela leitura do art. 337

do estatuto processual penal.

A absolvição com trânsito em julgado torna inaplicáveis as disposições do art. 1.595, 1, 11 e 111, do CC, impedindo, assim, a propositura da ação para a exclusão do herdeiro ou legatário

presuinivelmente indigno (CC, art. 1.596). Inaplicáveis se tornam, também, as disposições dos arts. 1.744 e 1.745, salvo se o motivo de deserdação não ensejar a propositura da ação penal, como.pode acontecer com a hipótese prevista no inc. 111 do art. 1.744. Mas, se houver ação penal, e esta for absolutória, aquela causa se esvaece e se elide. A sentença absolutória impede, também, que se revogue a doação por ingratidão (CC, art. 1. 183, 1, 11 e III). A sentença penal absolutória com trânsito em julgado impede se argila a exceção da verdade (cf.

CP, art. 138, § 3.', 111 e CPP, art. 523).

7. Sentença penal condenatória

Quando o Juiz julga a denúncia ou queixa procedente, nada mais faz do que trazer a sanctio juris do plano abstrato para o plano concreto, e, assim procedendo, está proferindo uma sentença

condenatória. Nela o Juiz afirma a existência da infração, quer aparte objecti, quer aparte subjecti, vale dizer, reconhece a existência material do fato e sua respectiva autoria.

Quando se diz que, na sentença penal condenatória, o Juiz reconhece a existência material do fato criminoso, deve-se entender que esse reconhecimento é quanto à infração no seu aspecto tridimensional: fato típico, antijurídico, a parte objecti, e culpável, a parte subjecti.

Com a sentença condenatória o Juiz julga procedente ojuspuniendi, e, afirmando a responsabilidade do acusado e infligindo-lhe a sanctio juris, tal sentença, com a qual se encerra a primeira fase do processo de conhecimento, já constitui título executório, independentemente do trânsito em julgado, como se constata pelo art. 393, 1, e art. 669, 1, todos do CPP. Claro que esses dispositivos devem ser ajustados à Lei ri. 5.941, de 22-11-1973. Se o réu estiver preso, continuará nessa situação. Se estiver em liberdade, for primário e tiver bons antecedentes, circunstâncias estas reconhecidas na sentença condenatória, não poderá ser recolhido à prisão enquanto não transitar em julgado a sentença conderiatória.

A sentença condenatóAa deve obedecer ao prescrito no art. 387 e seus vários incisos. Após o relatório, vem a fundamentação ou motivação e, em seguida, a parte conclusiva, também chamada

dispositiva, em que o Juiz conclui o raciocínio desenvolvido durante a motivação. Nela o Juiz procede à subsunção do fato descrito na peça acusatória à lei, observando, se for o caso, o disposto nos arts.

383 e 384 e seu respectivo parágrafo. É indispensável, quer na condenatória, quer na absolutória, haja nexo entre a fundamentação e a conclusão. Copiosas

são as decisões dos nossos Tribunais anulando sentenças condenatórias por falta de fundamentação, ou mesmo quando não haja nexo ou haja contradição entre os fundamentos e o decisum.

8. 0 problema da aplicação da pena

Para a aplicação da sanctiojuris, os incs. 1 a VI do art. 387 do CPP e os arts. 59 e 68 do CP fornecem as regras indispensáveis. Na dosagem da pena, há dois critérios: o aventado por Nélson Hungria, segundo o qual deve o Juiz proceder a três operações, e o preconizado por Roberto Lyra, aceito por Basileu Garcia e Frederico Marques, e que constitui o critério-padrão, aceito que é por todos os Juízes. A reforma penal instituída pela Lei n. 7.209, de 11-7-1984, aceitou o sistema preconizado por Hungria (art. 68). 0 problema da fixação da pena, contudo, a despeito da suma importância de que se reveste, pela sua deli-275

1

cadeza, infelizmente tem sido descurado por numerosos Juízes, que se limitam a simples operação aritmética. 0 problema da sua individualização é solucionado, em primeiro plano, pelo legislador, ao estabelecer diferentes modalidades de penas ou de medidas de segurança, em quantidade variável, de sorte que restará ao Juiz, atendendo àquela classificação individualizante, a ela submeter-se e adequá-la ao caso concreto. Estabelecida a pena, dentro de limites variaveis, segundo a valoração jurídico-social do fato, cabe-lhe, na sentença condenatória, adaptá-la ao caso concreto, fazendo aquilo que se pode chamar terapêutica da pena. 0 réu, cuja vida anteacta é mareada e pontilhada de vários processos-crimes, não pode ser tratado de maneira semelhante àquele que delinqüe pela primeira vez. 0

motorista que atropela um transeunte, produzindo-lhe ligeiras escoriações, não pode receber a mesma pena a ser atribuída ao seu colega que atropelou alguém, produzindo-lhe lesões sérias. As conseqüências do crime, na primeira hipótese, não se nivelam às da segunda. Assim, dentro dos limites fixados em lei, cabe ao Juiz o discreto arbítrio de valorá-los em cada caso concreto. E, nessa valoração, deve o Magistrado, fundamentalmente, explicitar as razões que o levaram a fixar a pena, neste ou naquele quantum, mesmo porque, se o Juiz não mostrar as razões que o levaram à graduação da pena, a sentença se toma nula, tal como já o dissera Orozimbo Nonato (cf. Arquivo Judiciário, 69/308). No mesmo sentido,

Frederico Marques (cf. Tratado, v. 3, p. 253).

Em trabalho publicado em 1954, sobre a reforma do Direito Penal alemão, Lothar Schmidt observou, com muita propriedade, que o réu não tem apenas o direito de saber por que e punido, mas,

também, o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena (cf. Die Strafzumessung in Material enzur Strafrechtsrefôrm, p. 104).

A fixação da pena, portanto, como bem diz Leone, "costituisce il punto finale del percorso logico compiuto dal giudice e rappresenta la dichiarazione giurisdizionale della volontà di legge nel caso specifico portato a cognizione del giudice" (cf. Istituzioni di diritto processuale penale, Napoli, 1965, v. 2, p. 147, item 4).

Tanto a individualização da pena, contida na parte dispositiva, como a fundamentação constituem os pontos altos da sentença. A primeira, pelas razões já expostas, e a segunda, "perchè essa é destinata non solo a manifestare il procedimento logico seguito dal giudice nell'adottare

una decisione, bensi a dimostrare alla società la fondateza della decisione" (cf. Istituzioni, cit., v. 2, p. 148).

* Analisada a importância da individualização da pena pelo Juiz, vejamos o seu procedimento. Nos termos do art. 59 do CP, "o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequencias do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessario e suficiente para reprovação e prevenção do crime: 1 -as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; 111 - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível".

Cabe-lhe, inicialmente, observar se a pena cominada à infração é isolada ou alternativa. A pena cominada ao crime definido no art. 152 é isolada (detenção, de 3 meses a 2 anos); já a cominada para a injúria é alternativa (detenção, de l*a

6 meses, ou multa, nos termos do art. 140 do CP). Outras vezes a pena é cominada cumulativamente, tal como ocorre com o crime de estelionato (reclusão de 1 a 5

anos, e multa, nos termos do art. 171, caput, do CP).

Se a pena cominada for alternativa, é natural deva o Magistrado optar por uma delas. Essa opção, entretanto, não é feita arbitrariamente. Para saber qual das duas, a lei impõe ao Magistrado deva atentar para as diretrizes do art. 59 do CP, que realçam as denominadas circunstâncias judiciais. Observa o Juiz os antecedentes do réu, isto é, sua vida anteacta, seu passado, se é reincidente, ou se é primário, se já esteve envolvido em outros processos-crimes, a despeito de haver logrado absolvição ou extinção da punibilidade, se há outros processos contra ele em curso no mesmo ou em outro juízo.

Até mesmo a existência de ações por ilícitos civis, dependendo do crime pelo qual responde, pesa na escolha da pena. Analisada deve ser também a sua personalidade, isto é, o modo de ser individual sob o ponto de vista psicológico, "sua individualidade psíquica, o 'eu' pessoal como vontade, como sentimento, como inteligência, como moralidade, como atitude em face da vida" (cf. Hungria, Comentários, cit., v. 3, p. 49). Em suma: 1a fisionomía psíquica y ética del hombre". Se o crime foi doloso, deve o Juiz atentar para a culpabilidade. É a nova expressão adotada em substituição àqueloutra "intensidade do dolo e graus de culpa". Segundo a Exposição de Motivos da Lei n.

7.209184, item 50, o Projeto (que se

277

1

converteu em lei) preferiu a expressão culpabilidade em lugar de intensidade do dolo ou grau de culpa, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. Sem embargo da nova redação, o certo e recerto é que os Juízes, quando da dosimetria das penas, vão analisar se o dolo foi intenso, ou não, se a culpa foi grave, leve ou levíssima, tal qual no sistema anterior.

Nem por isso estarão os Juízes se afastando da nova diretriz. Na verdade, se o dolo é direto e não eventual, se a culpa é grave, é demonstração segura de que a conduta é mais censurável. Assim, aquele que vibra um golpe de faca sobre o antagonista, tirando-o do combate, age com dolo menos intenso do que o outro que, tendo afastado o opositor da liça com o primeiro golpe, ainda lhe desfere mais dois.

Aquele que deseja o resultado merece mais reprovação do que o outro que não o quis, mas assumiu o risco de produzi-lo. Tratando-se de crime culposo, deve o Juiz atentar para os graus de culpa, porque, dependendo da maior ou menor previsibilidade do resultado lesivo, dependendo do maior ou menor cuidado que se exige do agente, a censurabilidade da conduta será mais ou menos intensa. É bem verdade que o Direito Penal desconhece graus preestabelecidos de culpa. Apesar disso, determina o art. 59 do CP, deve o Juiz, na fixação da pena, atender à "culpabilidade". Ora, num crime culposo, de que maneira poderá o Magistrado aferir a maior ou menor censurabilidade da conduta, senão atentando para os graus de culpa? Perfeitamente invocável, hoje, a lição de Ambal Bruno: "Desde que haja violação de deveres de diligência do homem comum, com o seu conseqüente resultado previsível de dano ou de perigo, configura-se a culpa criminal. Graduá-

la, para a medida da pena, é função do Juiz, em cada caso concreto, sem atenção a qualquer classificação de graus preestabelecidos" (cf. Revista de Direito, maio 1945, p. 152). E, obviamente, deverá o Juiz analisar se essa culpa foi grave, leve ou levíssima,

embora o CP não cuide desses graus.

Diz o art. 59 que o Juiz deve considerar os motivos do crime. Estes, como preleciona Maggiore, são os antecedentes psíquicos da ação, a força que põe em movimento o querer e o transforma em ato.

0 Direito Penal, que, mais que todos os demais ramos do Direito, tem raízes e preocupações éticas, jamais deixou de se interessar pelos motivos da ação. Talvez, acentua o mestre peninsular, não tenha havido um só Juiz que, ao sentenciar, haja feito abstração dos precedentes espirituais do delito (cf. Derecho penal, v. 2, p. 13).

Há várias classificações dos motivos do crime e outras tantas poderão ser feitas, porquanto os sentimentos do homem normal e anormal apresentam espécies e variações de intensa policromia. Se cada delito, como já se disse, tem o seu motivo, seria uma tarefa vã pretender enfeixar em categorias mais ou menos estanques os polifacéticos determinantes do crime. 0 ódio, a vingança, a luxúria, a perversidade, o amor, a maldade brutal que constitui o expoeçte da insensibilidade moral etc. são exemplos de motivos do crime.

As consequencias do crime devem, também, ser pesadas. Se alguém matar uma pessoa solteira, as conseqüências não serão tão graves quanto as do confisco da vida de um chefe de família. 0 larápio que subtrai de um tugurio as provisões da semana não pode ser tratado de maneira idêntica àquele que furta um peru de um sitiante. No primeiro caso, a economia da vítima foi solapada. No segundo, apenas afetada.

Analisa o Juiz as circunstâncias que circuirvolveram o fato delituoso. jo Não se trata das circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem das causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Geral ou Especial do Código.

Se fossem, haveria uma superfetação. Como bem diz Maggiore, essas circunstâncias podem ser instrumentais (pertinentes aos meios empregados), materiais (objeto), temporais, espaciais, pessoais (quando se consideram qualidades pessoais da vítima) etc. (cf. Derecho, cit., v. 2, p. 10).

Deve o Juiz atentar para a "conduta social" do réu, isto é, sua vida em sociedade, seu comportamento nos locais de trabalho, junto à família, às associações ou sociedades a que pertença etc.

E claro que o Juiz, no estudo dessas circunstâncias, há de encontrar mais de um dado para a identificação da personalidade do réu. 0 falsário que, com habilidade, dá um verdadeiro "golpe de mestre", não pode receber o mesmo tratamento que o embusteiro provinciano, mesmo haja identidade de infração e conseqüências iguais. 0 primeiro demonstra maior afeição à criminalidade. 0 honúcida.

homeopático, aquele que, diariamente, ministra à sua vítima pequena dose de

arsênico, tem mais probabilidade de praticar outros crimes do que aquele que, numa discussão acalorada, saca do revólver e abate o rival.

Fez-se referência expressa no art. 59, diz a Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84 (item 50), ao comportamento da vítima, erigido, 279

1

1

muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, em outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.

Note-se com Manzanera que no relacionamento criminoso-vítima esta se distingue em totalmente inocente, menos culpada que o criminoso, tão culpada quanto o criminoso, mais culpada que este e totalmente culpada (cf. Luís Rodrigues Manzanera, Criminologia, 1979, p.

505). Nos crimes contra os costumes, por exemplo, as facilidades ditadas pela moda e agravadas pela vaidade feminina, como supressão de soutiens, mostrando os seios livres, os vestidos vaporosos, deixando ver nitidamente todo o corpo da mulher, aliado tudo isso ao desregramento das posturas, cria uma tal provocação no sedutor ou estuprador que, a evidência, deve ter a sua pena abrandada. 0

fato, nos acidentes de transito, de a vítima atravessar a rua descuidadamente mostra ser ela tão culpada quanto o próprio motorista.

Nesse mesmo exemplo, se a vítima, açodadamente, empreende a travessia de uma rua correndo, é evidentemente mais culpada que o próprio motorista.

Nos furtos verificados em automóveis, quando a vítima deixa o seu carro aberto e valores no seu interior, tal fato constitui motivo excitante e estimulante para o ladrão. Nos crimes de lesão corporal e até mesmo de homicídio, o fato de a vítima ter provocado o agente já constituía, mesmo antes da reforma penal, causa de abrandamento da pena, como se constata pelos arts. 129, § 4.', e 12 1, §

1.'.

Tudo quanto se contém no art. 59 do CP integra as chamadas circunstâncias judiciais, aquelas que devem ser apreciadas pelo Magistrado. Fica ao seu prudente arbítrio a respectiva valoração.

Grosso modo, contudo, sentimentos variados dominam o espírito do julgador. Concepções sociais, morais, políticas, religiosas dominam-lhe com maior ou menor intensidade a personalidade, dando lugar à formação de conceitos e preconceitos que, muitas vezes, tornam inútil a regra programática do art.

59. Para certos Magistrados, de nada valem as circunstâncias judiciais, porquanto as prevenções, em decorrência de idéias, pessoais, "de inclinações e de preconceitos culturais", os orientam em suas deliberações. Não analisam a personalidade do réu. A prevenção é contra certas modalidades de infrações. Para estes Magistrados, aos quais falta o indispensável equilíbrio para julgar seus semelhantes, a função jurisdicional é a válvula por onde escoam seus recalques, suas tendências, suas aversões. Para outros, a observância do art. 59 é mera formalidade - "Atento às diretri-280

zes do art. 59

Felizmente, a grande maioria, cônscia da

responsabili-

dade, vê nas circunstâncias judiciais excelente bússola a orientá-la na difícil tarefa da individualização da pena.

Isto posto, sendo alternativa a pena cominada, a análise das circunstâncias judiciais permite-lhe escolher uma das penas e, ao mesmo tempo, fixar a pena-base para, em seguida, sobre ela proceder a outras operaçoes visando a fixar a definitiva. Se a pena for única ou cumulativa, a análise daquelas circunstâncias permite, apenas, a fixação da penabase.

Escolhida a pena (dentre as cominadas alternativamente) e fixada a básica, dentro dos limites previstos em lei, ou estabelecida esta, nos casos de pena única ou cumulativa, o Juiz passa, então, a considerar a existência das denominadas circunstâncias legais genéricas, que são as agravantes ou atenuantes, disseminadas nos arts. 61 a 67 do CR

As previstas no art 61 sempre a agravam, sendo que, às vezes, funcionam como elementar do tipo é, outras vezes, como qualificadoras ou agravadoras, exasperando-a consideravelmente. Neste caso, as circunstâncias são espalhadas na parte especial do Código e têm a força de deslocar o tipo fundamental para uma modalidade especial. Assim, o motivo fútil, que é o motivo não proporcionado com o delito e que "denota insensibilidade moral no agente", constitui circunstância que sempre a agrava. Entretanto, se alguém comete um homicídio por motivo fútil, o tipo fundamental (art. 121, caput) se desloca para a modalidade especial do art. 121, § 2.', 11, cuj a pena é bastante exasperada. Todavia, se alguém comete um crime de lesão corporal por motivo fútil, limitarse-á o Juiz a gravá-la dentro de limites que ficam ao seu discreto arbítrio. Já em se tratando de qualificadora, o mínimo e o máximo da pena exasperada são fixados em lei.

Temos, então: estabelecida a pena-base, por meio da análise das circunstâncias judiciais, o Juiz procede a uma segunda operação: vê se na hipótese concreta existem ou não circunstâncias legais genéricas (agravantes ou atenuantes). Se as houver, far-lheã o acréscimo ou decréscimo. Por último, verificará se existem, ou não, causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código. Havendo-as, fará nova operação sobre a pena anteriormente estabelecida.

Suponha-se que Mévio haja assassinado a esposa, por motivo fútil. 0 Júri reconheceu a circunstância qualificadora (motivo fútil) e a agravante prevista no art. 61, 11, e, última figura, do CP.

1

1

A pena para o homicídio qualificado é de 12 a 30 anos de reclusão.

Analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59, o Juiz estabelecerá a pena-base dentro daqueles limites. Digamos: 14 anos.

Realizada essa operação, atenderá para o reconhecimento da circunstância agravante (cometer o crime contra o próprio cônjuge) e elevará aquela quantidade estabelecida, segundo o seu prudente arbítrio.

Digamos: 14 anos e 8 meses. Está aí a pena concreta.

1 ~

Outro exemplo: por motivo fútil, Mévio, de 19 anos, fere Tício.

Consideradas as circunstâncias judiciais, o Juiz fixa a pena-base: 3

meses. Em seguida passa, à míngua de outra operação, a analisar a agravante (motivo fútil) e a atenuante (ser o réu menor de 21 anos). Para esta operação deverá atentar para a regra do art. 67. Poderá o Juiz, em face dos motivos determinantes do crime, da sua personalidade e até mesmo da reincidência (quando for o caso), optar apenas pela agravante, não considerar nem uma nem outra, ou, num meio-termo, aumentar discretamente a pena-base.

Outro exemplo: Mévio foi condenado pelo fato de haver cometido um crime de furto durante o repouso noturno. Trata-se de reincidente. Analisadas as circunstâncias judiciais, suponha-se, o Juiz fixa a penabase em 1 ano e 3 meses. Em seguida, considerando a agravante da reincidência, aumenta-a para 1 ano e 5 meses. Esta e a pena que ele tornaria definitiva, se não houvesse causa especial de aumento ou de diminuição. Entretanto, como o furto ocorreu durante o repouso noturno, a pena deve ser aumentada de um terço, segundo a regra do § 1.' do art. 155 do CR Então a concreta será de 1 ano e 5 meses de reclusão, mais um terço, totalizando, assim, 1 ano, 10 meses e 20 dias. Como a pena privativa de liberdade, cominada ao furto, é cumulada à de multa, deverá o Juiz, dentro nos limites fixados pelo art. 49 do CP, determinar um quantuni, levando em consideração, principalmente, a situação econômica do réu, segundo a regra do art. 60 e respectivo § 1.'.

Mévio cometeu um crime de lesão corporal. Não houve nenhuma circunstância agravante. Entretanto ele contava 19 anos (atenuante). 0 Juiz fixou a pena-base em 3 meses. Ainda poderia diminuí-Ia, em face da atenuante? Não. As agravantes e atenuantes não podem levar o Juiz a ultrapassar os limites legais. Se fosse causa de especial aumento ou diminuição, sim.

Convém ressaltar, entretanto, que, segundo o entendimento de Roberto Lyra, chancelado na prática, o Juiz, na primeira operação, isto é, na determinação da pena-base, considera não só as circunstâncias judiciais, como também as legais

genéricas (agravantes e atenuantes).

Sem embargo disso, entendemos que a diretriz traçada por Nélson Hungria melhor satisfaz à individualização da pena.

Aliás, para nosso gátidio, a reforma penal expressamente adotou o critério de Nélson Hungria, como se constata pelo art. 68 do CP: "A penabase será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. No concurso de causas de aumento ou de diminuição, previstas na parte especial, pode o Juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua".

Proferindo a sentença condenatória, o Juiz deverá fazer menção expressa às possíveis circuiastâncias legais genéricas ou específicas, e, obedecidas aquelas diretrizes já apontadas, fixará a pena in concreto.

Estabelecida a pena, deverá o Juiz, nos termos do art. 59 do CP, declarar qual o regime a que ficará subordinado o condenado: fechado, semi-aberto ou aberto.

Não se deve deslembrar que atualmente, em face da Lei n. 9.714, de 25-11-1998, temos cinco penas restritivas de direitos: 1) prestação pecumaria; 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; 11 - o réu não for reincidente em crime doloso; III

- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem 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.

283

Sendo o condenado reincidente, o Juiz poderá aplicar a substituição desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente 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 destinação social, de importância fixada pelo Juiz, não

inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. 0 valor pago

será 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-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto, o que for maior, o montante do

1

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

1

prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais,

hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congeneres, 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 ajornada

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 às penas de interdição temporária de direitos são: a) proibição do exercício do 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 autorização ou de habilitação

para dirigir veículo; d) proibição de freqüentar determinados lugares.

Agora, em face da reforma penal, mais delicada se torna a tarefa da individualização da pena pelo Magistrado. É que, com os poderes que lhe foram conferidos, poderá ele, se a

hipótese o permitir, convolar a pena privativa de liberdade em uma restritiva de direitos.

1

Cremos deva o Juiz, se possível a substituição da pena privativa de liberdade, atentar para a natureza da infração, a fim de aplicar a pena restritiva de direitos adequada.

Tratando-se de pena de multa, esta, hoje, é calculada em dias-multa. Seu mínimo é de 10 e o máximo de 360 dias-multa. Cabe ao Juiz, quando da aplicação da

pena, fixar o valor do dia-multa, obviamente atentando para a situação econômico-financeira do condenado, não podendo, contudo, fixá-la em quantidade inferior a 1/30 do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 vezes esse salário.

Por derradeiro, não se deve confundir as penas restritivas de direitos, consistentes em interdição temporária de direitos, elencadas no art. 47

do CP, com aqueles efeitos da condenação referidos no art. 92. A diferença é gritante.

9. Efeitos da sentença penal condenatória

1#

Proferida a sentença penal condenatória, independentemente do seu trânsito em julgado, produz, de logo, alguns efeitos.

Consoante dispõe o art. 393 do CPP, a sentença penal condenatória, independentemente do seu trânsito em julgado, produz dois efeitos: a) o recolhimento do réu à prisão; b) o lançamento do seu nome no rol dos culpados. 0 art. 393, 1, do CPP é analisado juntamente com o disposto no art. 594 do mesmo diploma. Assim, se o réu não for primário, ou, ainda que o seja, não tiver bons antecedentes (inquéritos arquivados, processos em andamento, processo em que logrou absolvição por falta de prova, feitos em que se julgou extinta a pumbilidade etc), deverá ser recolhido à prisão, se a infração for inafiançável. Evidente que tal efeito representava e significava uma

"provisória execução da pena", como previa o art. 669, 1, do CPP. Hoje, contudo, a Lei de Execução Penal, no seu art. 105, não mais prevê "provisória execução da pena". Logo, aquele

.

1

efeito perdeu sua razão de ser, tanto mais quanto conflita com o principio da "presunção de inocência". Evidente que esse princípio não impede uma prisão provisória. Contudo, é indispensável haja motivação. Por que deve ser preso? E

isto deverá ser dito pelo Juiz.

Analisa-se, também, o art. 393, 1, do CPP com o § 2.' do art 2.' da Lei n. 8.072, de 25-7-1990. Proferida sentença condenatória naquelas hipóteses referidas no art. 2.' da Lei dos "Crimes Hediondos", o réu será recolhido à prisão, "salvo se o Juiz, fundamentadamente, permitir que ele apele em liberdade".

~11I11I~IJ, ILI. I.

i

1

A mesma crítica que formulamos tem, aqui, inteiro cabimento. Tal prisão nada mais representaria senão uma "provisória execução da pena", e, como a execução, hoje, pressupõe trânsito em julgado, logo, é ela inadmissível. Poderá ser preso, é verdade, dês que o Juiz, nos termos do art. 5.', LXI, da CF, a fundamente, e não pelo fato de se tratar de crime hediondo, de tráfico e quejandos.

Quanto ao segundo efeito, lançamento do nome do réu no rol dos culpados, caiu ele no vazio em face do que dispõe o art. 5.', LVII, da Magna Carta:

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Os demais efeitos se produzem após uma efetiva entrega da pres tação jurisdicional, mesmo porque se devessem ser produzidos com a simples prolação da sentença, os prejuízos causados ao réu seriam de sastrosos. Todos sabemos que, proferida a sentença, a parte sucumbente pode-se dirigir à instância superior, visando a um reexame e, na hipó tese de ser provido o recurso, obviamente os efeitos desapareceriam.

Desapareceriam, mas... deixariam seqüelas irreparáveis. Mesmo aque le efeito de ser preso, nas hipóteses da Lei dos Crimes Hediondos e do art. 594 do CPP, representa, além de prejuízo moral, outro de ordem material. Quem indenizará o preso pelo tempo que passou atrás das grades até o trânsito em julgado? É verdade que a Constituição dispõe no art. 5.', LXXV, que "o Estado indenizará o condenado por erro ju diciário, assim como o que ficar preso além do tempo

fixado na senten ça". Aqui as hipóteses são diferentes. É bem verdade que, na Coordenadoria

das Equipes de Promotores de Justiça Criminais da Capital do Estado de São Paulo, entendeu-se que a indenização a que se refere o art. 5.', LXXV, da CF abrange a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia ou de sentença penal condenatória recorrível (cf. Justitia, 144/65). Data venia, com um pouco de ginástica de inte ligência, consegue-se esse efeito extensivo. Se a CF cuida do "tempo além do fixado na sentença", está-se referindo àquelas hipóteses em que o réu, mesmo depois de cumprida a pena, continua preso. Com certa freqüência, os jornais noticiam fatos dessa natureza. A Magna Carta não cuida da indenização para os casos de estar o réu Preso pro visoriamente e, depois, vir a ser absolvido. No direito francês, sim. 0

CPP francês, embora ainda deixe a desejar, no seu art. 149, é expresso:

"Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 505 et suivants du Code de procédure civile, une indemnité 286

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 définitive, lorsque cette détention lui a causé un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité".

Assim também no português.

Entre nós, não.

Os efeitos de uma sentença penal condenatória podem ser principais e secundários ou reflexos. Efeito principal de natureza penal é aquele previsto no art. 387, 111, primeira parte, do CPP: a aplicação da pena, pouco importando se privativa de liberdade, se restritiva de direitos ou se exclusiva de multa. Os secundários são de duas ordens: civil e penal. Efeitos secundários civis são: a) Tornar certa a obrigação da satisfação do dano (CP, art. 91, 1, e CPP, art. 63).

b) 0 doador pode pleitear a revogação da liberalidade, pos termos do art.

1. 183 do CC. Certo que o prazo para tal pedido é de um ano, a partir da data em que o doador toma ciência do fato (CC, art. 178,

§ 6.', 1). Entretanto, proferida a sentença condenatória, a medida acaso pleiteada se concretiza. c) Aquele que tiver interesse na sucessão pode, em ação ordinária, pleitear a exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer dos casos de indignidade apontados no art. 1.595

do CC. Assim, se um dos herdeiros ou legatários foi autor ou co-autor do homicídio da pessoa da qual é sucessor, poderá ser excluído da sucessão, mesmo porque, segundo o provérbio alemão blutige Hand nimmt kein Erbe - mão ensangüentada não apanha

herança - ou, como dizia Corneille, por intermédio de um dos seus personagens: "on n'hérite pas de ceux qu'on assassine" - ninguém herda dos que assassina. Certo que, para se pleitear tal exclusão, não há necessidade de prévia condenação penal. Entretanto, havendo condenação, a medida torna-se realidade. E, se houver absolvição no crime, a medida perde sua eficácia, como bem diz Clóvis (Comentários ao Código Civil, v. 6, p. 47). d) A mesma observação deve ser feita quanto à deserdação a que se referem os arts. 1.744 e 1.745 do CC, sendo de notar que a deserdação a que alude o inc. 111 do art.

1.744 (desonestidade da filha que vive na casa paterna), muitas vezes, independe de processo-crime, porque este nem sequer pode ser instaurado.

A filha com 22 anos, vivendo na casa paterna, levando vida irregular, não está sujeita a processo-crime e pode ser deserdada.

mi

287

Dentre os efeitos secundários de natureza penal causados pela sentença penal condenatória, seja como ato jurisdicional, seja em face da sua qualidade de fato de extraordinária

relevância jurídica, destacamse: a) 0 lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Há, nos Cartórios Criminais, um livro próprio, numerado e rubricado pelo Juiz, com termos de

encerramento e abertura, no qual se consignam a individualização do condenado,

qualidade e quantidade das penas impostas, tal como dispõe o art. 393, 11, do CPP. E verdade que este

efeito a toda evidência desapareceu, em face do princípio da presunção de inocência. Nem teria sentido lançar-se o nome do réu no rol dos culpados, antes do trânsito em julgado. b) Uma

vez condenado e transitada em julgado a respectiva decisão, se nova infração vier a ser cometida, pelo mesmo réu, será ele considerado reincidente. c) Àquele que já foi condenado por sentença trânsita em julgado em crime doloso - salvo se a pena imposta foi a de multa - cometendo nova infração penal, não se lhe concede a suspensão condicional da pena (CP, art. 77,

1). Se condenado anteriormente, por sentença trânsita em julgado, por uma contravenção, cometendo um crime, faz jus ao sursis (CP, art. 77, 1), mas, se vier a cometer nova

contravenção, ou se a infração anterior foi crime, e a outra contravenção, não se admite o sursis (Lei das Contravenções Penais, art.

7.'). d) Se o agente estava no gozo do sursis, sendo condenado por sentença irrecorrível por crime doloso, revoga-se o benefício (CP, art. 8 1, 1). e) 0 benefício do sursis poderá ser revogado se for irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (CP, art. 81,

1

§ L'). J) Autoriza a revogação do livramento condicional, nos termos do art, 86 do CR g) Faculta a revogação do livramento condicional, na hipótese do art. 87 do CR h) Depois de

passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo (CP, art.

116, parágrafo único). i) Nos termos do

art. 95 do CP, a reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por

decisão definitiva, a pena que não seja

de multa. j) Dificulta a concessão do livramento condicional (CP, art.

83, 11 e seu parágrafo único). 1) Possibilita a argüição da exceção da verdade (CP, art. 138, § 1% 1). m) 0

reincidente em crime doloso não pode prestar fiança (art. 323, 111, do CPP).

Outro efeito importante de uma sentença condenatória é aquele previsto no art. 92 do CP, nos incs. 1, 11 e III.

Evidente que tais efeitos são específicos das infrações a que aludem os incs. 1, 11 e Ill do art. 92, devendo o Juiz, quando for o caso, fazer-lhes expressa referência, motivadamente. Muito a propósito o item 78 da Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84, ao salientar que os efeitos referidos nos incs. 1, 11 e 111 do art. 92 do CP não são automáticos, devendo ser, motivadamente, declarados na sentença (art. 92, parágrafo único).

E que ao Juiz incumbe, para a declaração da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, verificar se o crime pelo qual houve a condenação foi praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública e, ainda, se a pena aplicada foi superior a 1 ano (conforme a redação dada pela Lei n. 9.268, de L'-4-1996). É bem verdade que, em tais circunstâncias, a perda do cargo ou da função pública pode igualmente resultar de processo administrativo instaurado contra o servidor. Aqui, porém, resguardada a separação das instâncias administrativa e judicial, a joerda do cargo ou função pública independe do processo administrativo. Por outro lado, entre os efeitos da condenação inclui-se a perda do mandato eletivo.

Do mesmo modo, a fim de declarar, como efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, deverá o Juiz verificar se o crime foi cometido, respectivamente, contra filho, tutelado ou curatelado, e, se foi doloso, a que se comine pena de reclusão.

A inabilitação para dirigir veículo, como efeito da condenação, declara-se quando o veículo tenha sido utilizado como meio para a pratica de crime doloso,

distinguindo- se, pois, a interdição temporária para dirigir (art. 47, 111), que se aplica aos autores de crimes culposos de trânsito. Estes usam o veículo como meio, para fim licito, qual seja, transportar-se de um ponto para outro, sobrevindo o crime, que não era o fim do agente.

Note-se que todos esses efeitos específicos da condenação serão atingidos pela reabilitação, vedada, porém, a reintegração no cargo, função pública ou mandato eletivo, no exercício do qual o crime tenha ocorrido, bem como vedada a volta ao exercício do pátrio poder, ou da curatela, em relação ao filho, tutelado ou curatelado, contra o qual o crime tenha sido cometido (art. 93, parágrafo único).

De observar que a perda de mandato eletivo, em se tratando de senador, deputado federal ou deputado estadual, em virtude de conde-289

nação criminal, sujeita-se àquele disciplinamento referido nos arts. 55, VI, e § 1% e 27, § 1.', todos da CF, isto é, a sanção será decidida pelo voto secreto e maioria absoluta, mediante

provocação da Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional (para senadores e deputados federais) ou partido político representado na Assembléia (para deputados

estaduais).

Em se tratando de mandato de Presidente da República, Governador de Estado e Prefeito Municipal, inteira aplicação terá o disposto no art.

92, 1, do CP, após o trânsito em julgado

da sentença condenatória.

A sentença condenatória transitada em julgado produz, também, outro efeito importante. Ela implica perda ou suspensão dos direitos políticos, isto é, do direito de votar e ser votado,

tal como previsto no art. 15, 111, da CF.

Na Constituição anterior a matéria estava disciplinada no art. 149,_ §

3.'. A suspensão não era auto-aplicável, porquanto dependia de lei complementar. Isso mesmo foi proclamado

pelo STF no julgado inserto

na RTJ, 61/581 e 82/647.

Agora, contudo, o art. 15 da atual Carta não faz referência a ne-1

i

nhuma lei complementar e, desse modo, o preceito tornou-se auto-executável. Nesse sentido, Celso Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, v. 2, p. 594) e Pinto Ferreira (Comentários à Cons tituíção brasileira, Saraiva, v. 1, p. 317).

1

290

1

capitulo 58

1. Coisa julgada

1

Da Coisa Julgada

SUMÁRIO: 1. Coisa julgada. 2. Fundamento político da coisa julgada.

3.l.Natureza jurídica. 4. Limites objetivos da coisa julgada. 5. Limites subjetivos da coisa julgada.

Conforme assinalamos, a sentença, uma vez publicada, torna-se irretratável, não mais podendo o Juiz alterá-la, a não ser no que tange a correção de inexatidões materiais ou de erros de cálculo. Tal não significa que a decisão não mais possa ser reexaminada. 0 Juiz, ao prolatar a decisão, limita-se, simplesmente, a dar por encerrado o seu ofício, apresentando a prestação jurisdicional, dando o litígio

por solucionado segundo o seu convencimento, que, às vezes, malgrado a probidade do julgador, encerra verdadeira injustiça. Por outro lado, o erro, a má apreciação da prova, a ignorância, a má interpretação da norma jurídica ou outra causa qualquer pode levá-lo a cometer injustiça, e esta ficaria irremediável, acarretando graves prejuízos, até mesmo para a sociedade, não existissem os recursos, meios legais pelos quais a parte sucumbente pode requerer à instância superior, e até mesmo ao proprio prolator da decisão, um reexame da questão testilhada.

As vezes, mesmo que ela não o peça, a lei, tutelando, de modo especial, determinados bens ou interesses e querendo mais cautela na solução de certos litígios, impõe

291

i

1

1

1

ao Juiz o dever de submeter sua decisão à apreciação do órgão superior.

Vejam-se, a propósito, no cível, a regra contida no art. 475 do CPC e, na esfera penal, os arts. 574, 1 e 11, e 746

do CPP, e o art. 7.' da Lei n. 1.521, de 26-12-1951.

Desse modo, por meio dos recursos, pode a parte lograr a modificação da sentença. Assim, os efeitos que ela produz somente se tornam 1

1

1

efetivos e imutáveis depois de preclusas as vias recursais ou apos per

1

corridas e esgotadas as vias impugnativas. Se não houve recurso, a decisão

1

torna-se definitiva, inalterável e, então, com eficácia, passa a produzir

todos os demais efeitos, além daqueles produzidos com a simples pu blicação. Se o houver, uma vez esgotadas as vias impugnativas, a últi ma manifestação do órgão Jurisdicional representa a verdadeira entre ga da prestação jurisdicional, e, então, a vontade concreta da lei "afir-mada na decisão dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e auto ridade de lei especial entre as partes, no tocante ao litígio jurisdicionalmente

decidido e solucionado".

Já agora, não mais podendo ser impugnada, seja pela preclusão i

dos prazos para a interposição dos recursos, seja porque se esgotaram

os meios de impugnação, a sentença se torna imutável, inimpugnável, inalterável. Fala-se, então, em coisajulgada, significando tal expressão que o pronunciamento jurisdicional se tornou inalterável, adquiriu a qualidade da imutabilidade.

Coisa julgada, pois, significa decisão imutável e írrevogável. Traduz, como bem diz Liebman, a imutabilidade do comando que emerge da sentença.

Distingue-se a coisa julgada formal da coisa julgada material. A primeira consiste na inimpugnabilidade da decisão. Uma vez preclusas as vias impugnativas ou esgotadas as

percorridas, não será possível alterar a decisão, que, agora, adquiriu os contornos de definitividade. 0 Juiz não mais poderá reexaminar a questão.

A decisão tornou-se intangível, intocável,

imutável. 0 pronunciamento jurisdicional pôs, de maneira indiscutível e

irreversível, um ponto final sobre o litígio. Os efeitos que se produziram com a publicação da sentença, e os demais, que surgiram após o trânsito em julgado, tornaram-se definitivos, dada a impossibilidade de novo exame.

Por outro lado, se, no mesmo processo em que a lide foi solucionada, a coisa julgada formal impede qualquer tentativa de reexame, a 292

coisa julgada material, ou simplesmente a coisa julgada, torna imutável o comando proveniente da sentença, de sorte que em nenhum outro juízo poderá a mesma causa ser debatida entre as mesmas pessoas.

Tornando-se inimpugnável, a decisão adquire uma qualidade especial, mais intensa e mais profunda, tornando imutáveis a decisão e seus efeitos, quaisquer que sejam (cf. Liebinan, Efficacia ed autorità della sentenza, Padova, 1935, p. 40).

Tal qualidade se projeta dentro e fora do processo, tornando impossível não só o reexame da decisão, como inclusive impedindo que o mesmo litígio, entre as mesmas partes, se renove em qualquer outro juízo.

Contudo é preciso que se faça uma distinção, tanto no cível como no criminal. Lá e aqui, pode-se falar em coisajulgada ou autoridade de coisa julgada e em coisa soberanamente julgada. No cível, por exemplo, há hipóteses em que a sentença transitada em julgado poderá ser objeto de reexame. E este ste faz por meio da ação rescisória, desde que satisfeitos os pressupostos alinhados no art.

485 do CPC, e cujo prazo é de 2 anos, contados do trânsito em julgado (CPC, art. 495). Se a hipótese não comportar a rescisória, ou, mesmo comportando-a, se houver preclusão, pode-se, então, falar em coisa soberanamente julgada. Na esfera penal, se a sentença for absolutória, o trânsito em julgado impede não só o seu reexame (coisa julgada formal), como também a possibilidade de ser instaurado novo processo contra o mesmo réu, pelo mesmo fato, ainda que surjam provas esmagadoras que lhe comprometam a responsabilidade. E que, no Direito brasileiro, não se admite a revisão pro societate. Diz-se, então, haver coisa soberanamente julgada. Tratando-se de sentença condenatória, desde que satisfeitos os pressupostos legais, a qualquer tempo poderá ela ser reexaminada. Se incabível a revisão, pode-se falar em coisa soberanamente julgada.

2. Fundamento político da coisa

julgada

Quando a decisão se torna inimpugnável, adquire a qualidade da imutabilidade dentro e fora do processo, no mesmo juízo em que foi proferida ou em qualquer outro. Pouco importa se o direito foi bem ou mal aplicado. Claro que o Estado tem interesse em que se faça justiça, e, por isso mesmo, confere aos litigantes uma gama de recursos, por meio dos quais se procura o aprimoramento da decisão. Os Juízes, con-293

i

1

tudo, são homens, e de homens se compõem os Tribunais, e, portanto, sujeitos a erro. Muitas vezes, a decisão aprimora-se e a justiça resplandece com todo o seu fulgor. Outras vezes, por falha humana ou deficiência das provas, perpetra-se uma injustiça.

Certo que, num caso ou noutro, o vencido é sempre um inconforinado. Mas não teria sentido pudessem as partes eternizar a contenda. Há um momento em que é preciso dizer "basta". E que foram percorridas todas as vias recursais. Se a impugnação pudesse ser feita indefinidamente, jamais haveria sentenças definitivas, e, por isso mesmo, a segurança jurídica, indispensável à convivência social, seria impossível. A vida jurídica, diz Beling, não pode suportar uma renovação contínua do processo. Assim, "debe existir un momento en que se considere Ia decisión de un litigio como verdadera". Se é finalidade do processo a obtenção do fim da controvérsia com o pronunciamento do Juiz, quando este profere a decisão final, nada mais faz do que declarar o direito no caso concreto. E, se o vencido não interpôs recurso, ou, se o fez, e a instância superior manteve o pronunciamento anterior, já não seria lícito tentar-se a modificação do decidido. Como bem diz Manzini, a incerteza reinaria ali, onde são necessárias a certeza e a imutabilidade (cf. Tratado, cit., v. 4, p.

513).

Há um interesse público - a paz social - em que os litígios tenham fim.

Seria profundamente desastroso não pudessem os litigantes, num determinado instante, ter certeza de que a pugna terminou. Do contrário, ficariam eles sempre preocupados com a possibilidade de a mesma causa ser reexaminada ou renovada, levando aos seus espíritos a intranqüilidade e a insegurança dos seus direitos. Por outro lado, a exigência da certeza do direito sobre o qual se litiga está a impor que, em determinado momento, cesse a controvérsia.

1

1

Desse modo, não mais havendo possibilidade de recursos, ou pori

que houve preclusão, ou porque já se esgotaram todos os meios de impugnação, a sentença torna-se irreversível, imutável. 0 fundamento político da coisa julgada descansa, pois, na necessidade da paz social, com a conseqüente manutenção e segurança jurídicas.

3. Natureza jurídica

Há uma variedade imensa de teorias explicativas da natureza jurídica da coisa julgada. Se todas as sentenças fossem justas, fácil seria 294

determiná-la. Entretanto, quer no clvel, quer no penal, às vezes, a regra abstrata, a vontade da lei, é mal aplicada à realidade prática, surgindo, assim, uma sentença iníqua. Dada a falibilidade humana, tal iniqüidade pode ser chancelada pela superior instância. Outras vezes, se bem que excepcionalmente, a iniqüidade parte da instância superior. Já se disse que o segundo julgamento nem sempre é melhor que o primeiro. Mesmo nessas hipóteses, há um momento em que não mais se permite a discussão da causa. A decisão, certa ou errada, torna-se inimpugnável, constituindo a coisajulgada formal, que nada mais é que a irrevogabilidade da decisão no processo em que esta foi proferida. Imodificável a decisão, inalteráveis e imutáveis se tornam os efeitos que ela produziu, e, como diz Liebman, a coisa julgada torna incondicionada a eficácia da sentença, garantindo, assim, a segurança, a permanência e a imutabilidade dos efeitos produzidos (cf.

Efficacia, cit., p. 15 1), de sorte que, em nenhum outro juízo, será possível a

renovação daquele litígio. Pouco importa, repita-se, seja a sentença iiíqua ou não. Sendo assim, qual seria a natureza jurídica da coisa julgada? Parte da doutrina vê na coisa julgada um quase contrato judicial, porquanto, uma vez triangularizada a relação processual, as partes obrigam-se a acatar a decisão final, qualquer que ela seja. Para outros doutrinadores, a sentença visa a atingir a verdade, procura fazer a subsunção do fato objeto do litígio à previsão abstrata, genérica e hipotética contida na lei, e, se porventura não o conseguiu, presume-se que o tenha feito. A sentença pode ser injusta, mas, dada a sua inimpugnabilidade e a impossibilidade de, no mesmo ou em outro qualquer juízo, ser a mesma causa debatida entre as mesmas partes, presume-se esteja ela a encerrar uma verdade. Daí a conhecida definição de Ulpiano: "resjudicata pro veritate accipitur" (a coisa julgada é aceita como verdade).

Deriva desta a teoria da ficção. A sentença pode ser justa ou injusta; entretanto, desde o momento em que ela se tornou inimpugnavel, estará protegida contra qualquer ataque futuro, mesmo que não haja atingido a verdade. Todos, assim, devem respeitá-la e acatá-la, pois não se pode deixar de reconhecer como verdade o que foi declarado na sentença, ainda que injusta. Tal teoria, engendrada por Savigny, teve o apoio de Birkmeyer, para quem a qualidade da irrevogabilidade da sentença contém uma ficção, e esta ficção constitui não o fundamento, mas a essência da irrevogabilidade (apud G.

Leone, Trattato, cit., v. 3, p. 325, nota 15). Levis, por seu turno, sob a influência de Savigny, afirmava:

295

1

1 1 1 1

11 o que o Estado, através do Juiz, estabeleceu como situação jurídica, deve considerar-se como juridicamente incondicionado" (apud G. Leone, Trattato, cit., v. 3, p. 325).

Semelhante a esta teoria é aquela de Arturo Rocco, para quem a coisa julgada é uma verdade judicialmente comprovada. 0 fundamento jurídico da coisa julgada repousa na

circunstância de que ela assinala e fixa a comprovação da verdade judicial (cf. Cosa giudicata, v.

i

!

2, p. 325).

Outra teoria bastante difundida é a de Chiovenda, que justifica a coisa julgada alegando que a sentença vale como expressão de vontade do Estado.

A sentença não é apenas um labor do Juiz, um ato de inteligência e de lógica, mas, também, um ato de vontade. E esta nada mais é que a vontade da lei, concretizada e materializada na sentença. A lei contém uma vontade, abstrata, genérica e hipotética.

Esta vontade, ou comando, outra não é senão a vontade, a ordem do próprio Estado. Quando o Juiz profere uma sentença, ele simplesmente nela transfunde a vontai

i

de da lei. Esta sai do plano abstrato para o concreto. De sorte que o fato

concreto passa "a confundir-se com a categoria genérica, abstrata e hipotética prevista na lei". A situação concreta se amolda de tal manei ra ao preceito que, como diz Couture, é como se o legislador fosse chamado a decidir mediante uma lei o caso concreto submetido à apre-1

ciação do Juiz (cf. Fundamentos, cit., p. 285).

Assim, o comando que se contém na sentença, a sua imperatividade, nada mais representa senão a imperatividade da norma trasladada para a hipótese concreta. Logo, se a

sentença encerra um ato de vontade,

i

esta outra não é senão a própria vontade da lei, vale dizer, a vontade do

1

próprio Estado ali concretizada pela boca do Juiz. Desse modo, justifica-se a força obrigatória da sentença, porquanto ela provém do próprio Estado.

Outras teorias foram aventadas e, dentre elas, a mais aceita é a de Liebinan, para quem a coisa julgada não constitui um efeito da sentença, mas uma qualidade, um atributo, um modo de se manifestarem e se produzirem os seus efeitos, algo que se acrescenta a tais efeitos para qualificá-los e reforçá-los em um sentido bem determinado. A coisa julgada, pois, é a imutabilidade do comando emergente da sentença (cf. Efficacia, cit., p. 27).

A sentença é um ato de vontade do Juiz, como órgão do Estado, e, em última análise, um ato do próprio Estado. Como tal, é plenamente 296

j~

eficaz, desde que conforme ao direito. A sua eficácia natural normalmente exsurge quando não mais for suscetível de impugnação. Tomando-se inimpugnável, aquela eficácia se reforça. Assim, a coisa julgada nada mais representa senão uma qualidade a reforçar-lhe os efeitos. Com a preclusão das vias impugnativas, constitui-se a coisa julgada formal, isto é, a sentença torna-se irrevogável, imutável, irreversível, já não podendo ser suscetível de reapreciação. Mas, como diz Liebman, a segurança do direito e a pacificação social querem algo mais. A coisa julgada deve assegurar não mais e não somente a sentença, mas, ainda, o efeito que ela produziu, isto é, a declaração ou mudança da relação jurídica deduzida em juízo; com esta sua função a coisa julgada toma impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença, a permanencia e a imutabilidade dos efeitos produzidos. Esta é a coisa julgada, ou autoridade da coisa julgada, que não é um efeito autônomo da sentença, porém uma qualidade, um atributo da eficácia que a sentença, natural e necessariânente, produz...

Assim, a coisa julgada não é um efeito em si mesmo, mas uma qualidade dos efeitos, de todos os efeitos da sentença (cf. Efficacia, cit., p. 153).

Analisados o fundamento político e a natureza jurídica da coisa julgada, pode-se concluir coni Couture: la cosajuzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: No es de razón natural, sino de exigencia práctica (cL Fundamentos, cit., p. 407).

Nada obsta, contudo, que a relação jurídica objeto da sentença trânsita em julgado possa ser modificada pelas partes. Disse muito bem Liebman: o que a coisa julgada toma imutável é o efeito da sentença, isto é, a declaração ou a mudança, não a relação jurídica em que incide o efeito, relação sobre a qual conservam as partes plena e íntegra a sua liberdade de disposição. Se a sentença declara Tício devedor de Caio, pode este, todavia, fazer a remissão do débito. A declaração do débito permanece invariável, e não poderá Tício negar ter sido devedor antes que o liberasse a generosidade de Caio (cf. Efficacia, cit., p. 154).

No penal, é idêntico o fenômeno. Uma coisa é a execução da sentença, e outra a qualidade dos efeitos que a coisa julgada produz. A suspensão condicional da pena, o livramento condicional, o perdão são institutos, diz Fenech, que em nada afetam a instituição da coisa julgada penal, ainda que tornem ineficaz a sua executoriedade. "Una cosa", diz o mestre espanhol, "es Ia condena o Ia absolucion pronunciadas en Ia

1

1

sentencia, y otra es la pena que el condenado debe cumplir. Que se disminuya esta pena, que se suprima enteramente su cumplimiento, en nada alteran el efecto de cosa juzgada que produce el proceso en el que recayó la sentencia condenatoria" (cf. Derecho, cit., v. 2, p.

536).

Daí afirmar, com aquela segurança só comparável à boa doutrina, o mestre Frederico Marques: a coisa julgada penal não pode impedir a realização do princípio da individualização da pena, regra programática da Constituição. 0 que ficou declarado no judicium permanece inquestionável e intangível. 0 título

executório é que sofre alterações, adaptando-se a fatos e à vontade da lei (cf. Elementos, cit., v. 2, p. 76).

4. Limites objetivos da coisa julgada

Que parte da sentença faz coisa julgada? Apenas a parte dispositiva, o decisum? E a motivação ou fundamentação? Apenas uma delas, ou ambas? Se for uma delas, qual seria? A parte dispositiva ou a motivação? 0 tormentoso problema que o art. 287 e respectivo parágrafo do CPC ab-rogado suscitaram, deixando os nossos juristas perplexos, desanuviou-se com o novo estatuto. Proclama o art. 468:

"A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". E, como se não bastasse, acrescentou-" se no art. 469: "Não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; c) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no

processo".

Assim, as chamadas "questões premissas" i à não se deixam envolver pela res judicata. Esta só se forma em torno do dispositivo da sentença, da sua conclusão.

Poderá, contudo, a questão prejudicial ser atingida pela autoridade da coisa julgada. Tal poderá ocorrer, nos termos do art. 470 do CPC, se houver pedido de declaração incidental.

Na esfera penal, os limites objetivos da coisa julgada estão gizados no §

2.' do art. 110 do CPP: "A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença".

As questões premissas, invocadas na fundamentação, à evidência, não o podem fazer. As prejudiciais, se heterogêneas, podem ser apre-298

ciadas incidentemente. 0 Juiz poderá conhecê-las, não julgá-las.

Entretanto, se homogêneas e tiverem colorido de fato principal, serão atingidas

pela autoridade da coisa julgada. Assim, o furto é prejudicial da receptação. Instaurado processo contra A, por furto, e contra B, pelo crime de receptação, a questão pertinente ao furto é prejudicial e, ao mesmo tempo, principal.

Esse fato principal a que se refere o art. 110, no seu § 2.", é aquele

"acaecer histórico", o fato material que, na peça acusatória, se imputa ao réu, pouco importando a qualificação jurídico-penal que se lhe dê. Se Tício foi absolvido no processo em que se lhe imputava haver, no dia 2-5-1969, subtraído da residência de Mévio uma televisão marca Phillips, não se conceberia pudesse ser proposta outra ação penal contra ele, pelo fato de haver-se, no dia 2-5-1969, apropriado indebitamente de uma televisão marca Phillips, de propriedade de Mévio. E

que o fato foi o mesmo, emboracom roupagem jurídico-penal diversa.

Maiores problemas podem surgir, nos casos de concurso formal, de crime continuado e de crime habitual. Sobre eles já nos pronunciamos no capítulo pertinente à exceção de coisa julgada 5. Limites subjetivos da coisa julgada

A sentença, como ato do Juiz, vale dizer, ato de autoridade, ato do Estado, tem, como diz Liebman, sua eficácia natural, obrigatória e imperativa. Se a sentença for injusta, essa eficácia tende a desaparecer, com a alteração da decisão operada na esfera recursal.

Preclusos os prazos e tornando-se a decisão inimpugnavel, surge a coisa julgada "reforçando aquela eficácia e tornando impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença". Essa eficácia natural da sentença, ensina Liebinan, atua com relação a todos, mas a coisa julgada só vale entre as partes, pelo que estas suportam a sentença sem remédio, ao passo que os terceiros podem destruí-Ia, demonstrando sua injustiça. Mas nem todos os terceiros estão habilitados a fazê-lo, e sim aqueles que têm interesse jurídico legítimo (cf.

Efficacia, cit., p. 171). Os terceiros que nada sofreram com a sentença, obviamente, contra ela não poderão insurgir-se; os terceiros credores do condenado, por não possuírem interesse jurídico legítimo, mas, tão-somente, um interesse de ordem econômica, devem, também, reconhecer a eficácia da senten-

299

1

I

1~1

111. U!

ça, nada podendo fazer para alterá-la. Mas, desde que o terceiro tenha legítimo interesse jurídico, pode opor-se-lhe. Moacyr Amaral Santos, apoiado em Liebman, cuj a doutrina, no particular, acompanha, exemplifica: a) interesse do terceiro que se julgue proprietário de uma coisa reivindicada entre A e B, é da mesma natureza e igual ao interesse destes. Esse terceiro pode opor-se à sentença; b) a sentença condenatória da Fazenda Pública por ato ilícito do funcionário, que não é parte no processo, não faz coisa j ulgada em face deste. 0 funcionário, na ação de regresso que aquela lhe intentar, poderá insurgir-se contra a sentença, demonstrando a sua ilegalidade ou injustiça (cf. Direito, cit., v. 3, p. 83).

No que respeita às questões de Estado, excepcionalmente, a coisa julgada opera sem limites subjetivos, gozando, como goza, de eficácia erga omnes, desde que hajam sido citados no processo, em litisconsórcio necessario, todos os interessados, tal como dispõe a segunda parte do art. 472 do CPC, e isto porque "a natureza personalíssima e indivisível dessas relações não permite reconhecer aos terceiros um interesse protegido pelo direito para discutir e intervir em um debate sobre elas" (cf. Liebman, Efficacia, cit., p. 126 e 171).

Na esfera penal, o problema dos limites subjetivos da coisa julgadg não exige maiores indagações. Tal qual no cível, a sentença, pelo simples fato de ser ato de autoridade, do Estado, portanto, tem a sua eficácia natural, valendo erga omnes. Desde que se torne inimpugnável, seus efeitos adquirem a qualidade da imutabilidade apenas entre as partes. Se o Juiz penal absolve Tício da imputação que se lhe fez de um crime de furto, nada obsta se instaure novo processo pelo mesmo fato contra Mévio. Apenas contra Tício, que foi parte no feito, é que não se admite a renovação. Enfim: se a pessoa não foi ré no processo, nada impede que contra ela se instaure processo pelo mesiníssimo fato objeto do processo

anterior e que culminou com condenação ou absolvição. A res judicata vale apenas entre as partes. É claro que, nessa pesquisa atinente à individualização das partes, só se cuida do sujeito passivo da pretensão punitiva, porquanto o sujeito ativo é sempre o Estado, como titular único e exclusivo do jus puniendi. E, conforme lembra Frederico Marques, não importa que a ação penal tenha sido promovida pelo ofendido, pois este é substituto processual apenas, e a sentença proferida contra o substituto é imutável também para o substituído (cf. Elementos, cit., v. 3, p. 8 8).

300

1

Assim, em se tratando de acusador, sua identificação não apresenta nenhum problema. Ele é sempre o mesmo. Abordando o tema de Identidade das partes no Processo Penal, diz Vitu: "Elle existe toujours en ce qui concerne les parties poursuivantes". E acrescenta:

"Quelle que soit, en effet, la personne qui intente l'action publique, la société est en réalité toujours présente au procès pénal comme demanderesse" (cf. André Vitu, Procédure, cit., p. 448).

Já o mesmo não ocorre com a pessoa acusada. Somente se poderá argüir a exceção de coisa julgada se a mesma pessoa, na qualidade de autor ou co-autor, já foi, pelo mesmo fato, processada

anteriormente, pouco importando tenha sido absolutória, condenatória ou terminativa de mérito a decisão anterior (porque somente as decisões de mérito é que fazem coisa julgada, ou melhor, adquirem a autoridade de coisa julgada).

Note-se, contudo, que, se o réu for absolvido, e dependendo das razões legais do decreto abst)lutório, não poderá ser proposta nova ação penal contra o co-autor, aplicando-se a mesma regra do art.

580 do CPR Todavia, se o autor principal for absolvido, por exemplo, por ser inimputável, mas o fato cometido for típico e antijurídico, nada obsta se proponha ação penal contra o participante.

301

1 1

1 1 1 1

1

1

capítulo 59

Dos Recursos

SUMÁRIO: 1. Conceito. Generalidades. 2. Fundamento. 3. Pressuposios lógico e fundamental. 4. Classificação da sucumbência. 5. Pressupostos recursais objetivos. 6. Pressupostos subjetivos. 7. Juízo de admissibilidade. 8.

Extinção anormal dos recursos. 9. Classificação dos recursos. 10.

Recursos voluntário e necessário. 11. Efeitos dos recursos.

1. Conceito. Generalidades

A palavra recurso vem do vocábulo latino recursus, que significa corrida para trás, caminho para voltar, volta. Por outro lado, o termo recursus deriva do verbo recurro, recurris, recurri, recursum, recurrere, que se traduz por voltar correndo. Tal expressão, pois, dá a idéia de um novo curso daquilo que estava em curso. Daí o seu emprego para traduzir aquele ato por meio do qual a parte pode pedir ao órgão Jurisdicional que reexamine a questão decidida, retornando, assim, ao ponto de onde se partiu. A palavra recurso é, também, empregada numa acepção ampla, mas, aí, tem ela o sentido de auxílio, de proteção, de meio de defesa. Nesse sentido vulgar, pode-se dizer: o único recurso para absolver o reu e provar que ... preciso de recursos para poder lograr êxito na minha empreitada .... e assim por diante. Mas, na técnica processual, a palavra recurso tem um sentido bem diferente. No seu sentido estrito,

303

1

1

1

1

1

1 ,

recurso nada mais é do que o meio, o remédio jurídico-processual pelo qual se provoca o reexame de uma decisão. De regra, esse reexame é levado a cabo por um órgão jurisdicional superior. A parte vencida, por meio do recurso, pede a anulação ou a reforma total ou parcial de uma decisão.

De modo geral os recursos estão intimamente ligados ao tema do duplo grau de jurisdição. Já sabemos que, em todas as Justiças, Comum ou Especiais, há órgãos jurisdicionais inferiores, que decidem as causas, e órgãos superiores, criados, preferentemente, para reexaminar as decisões proferidas pelos primeiros. Dissemos preferentemente porque, ao lado dessa função proeminente que se comete aos órgãos superiores das Justiças, outras não menos importantes lhes são atribuídas.

Na hipótese de ação penal originária, não há o duplo grau de jurisdição.

Assim, condenado ou absolvido um Juiz de Direito pelo Tribunal de Justiça, não há órgão jurisdicional para reexaminar o julgado, mesmo porque o órgão que proferiu o julgamento representa o mais alto Tribunal do Estado, o mesmo que reexamina as decisões proferidas pelos órgãos inferiores. Poderá ser interposto recurso extraordinário ou especial. Tais recursos têm, entretanto, finalidade distinta. Eles não visam ao reexame das questões de fato, mas, tãosomente observar se a Constituição ou a lei federal foram afrontadas.

Além do mais, se devesse haver Tribunal para reexaminar as decisões do Tribunal de Justiça

quando condena ou absolve alguém que faça jus ao foro pela prerrogativa de função, o Estado teria de manter um número infinito de Tribunais. Quem reexaminaria a decisão proferida pelo Tribunal que estivesse acima do Tribunal

de Justiça? Seguindo esse raciocínio, o número de Tribunais seria infinito. Se o STF absolve ou condena alguém, não se pode recorrer para outro Tribunal, mesmo porque ele é o mais alto Tribunal do País. 0 duplo grau, pois, pressupõe instância inferior e órgãos de segundo grau.

Na Justiça Comum Estadual, como órgãos inferiores, temos os Juízes de Direito, os Juízes substitutos, os Pretores (no Rio Grande do Sul) e o Tribunal do Júri, e, como órgão de segundo grau, o Tribunal de Justiça. Em alguns Estados, como Minas, São Paulo e Paraná, além do Tribunal de Justiça, há os Tribunais de Alçada, criados para diminuir a sobrecarga daquele. Na Justiça Eleitoral, os Juízes eleitorais e o Tribunal Regional Eleitoral e, como órgão de cúpula dessa Justiça, o TSE.

Na Justiça Comum Federal, os Juízes federais e o Tribunal do Júri Federal 304

e, como órgão de segundo grau, o Tribunal Regional Federal, em número de cinco, cada um deles com jurisdição em alguns Estados. Na Justiça Militar Estadual, os Conselhos de Justiça, e como órgão de segundo grau o Tribunal de Justiça do Estado, salvo os Estados que possuem o Tribunal de Justiça Militar (Minas, São Paulo e Rio Grande do Sul). Não obstante o parágrafo único do art. 18 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35, de 14-3-1979) diga que a segunda instância da Justiça Militar Estadual, no Estado do Paraná, é constituída pelo respectivo Tribunal Militar, o certo é que ali não há Tribunal Militar, funcionando como órgão de segundo grau o próprio Tribunal de Justiça, à maneira do que se dá com a maioria dos nossos Estados-Membros.

Na Justiça Militar Federal, os Conselhos de Justiça, localizados nas sedes das Regiões Militares, e o STM, como órgão de segundo grau.

Assim, na teoria geral dos recursos, háum órgão jurisdicional contra o qual se recorre, que é denorwinadojuízo a quo, e outro órgão jurisdicional para o qual se recorre, chamado juízo ad quem.

De regra, conforme acentuamos, o recurso exige dualidade de instâncias, dualidade de jurisdições, vale dizer, uma jurisdição inferior e outra superior. Uma da qual se recorre, e outra para a qual se recorre. Todavia, no Direito brasileiro, o recurso não supõe, necessariamente, tal dualidade, uma vez que há alguns casos em que o recurso é dirigido

1 .

1

-

ao proprio orgão prolator da decisão recorrida, vale dizer, caberá ao próprio órgão que a prolatou reexaminá-la por meio dele. Isso se dá, por exemplo, com os embargos declaratórios e com o protesto por novo Júri. Dir-se-á que, nesses casos, não haveria recurso. Responda-se, entretanto, com Camelutti: "Los procedimientos de reparacion no exigen un órgano distinto del que há pronunciado la sentencia impugnada por que, eliminada la anomalía del procedimiento impugnado, el mismo juez está en situación de corrigir su propio error; en cambio, en el procedimiento de reexamen es conveniente aunque no necesaria, la diversidad del órgano..." (cf. Instituciones, p. 416, apud Alcides de Mendonça Lima, Recursos cíveis, p. 127).

Assim, para que haja recurso, embora seja conveniente que o reexame fique a cargo de outro órgão Jurisdicional, nem por isso deixa ele de existir, quando interposto para o mesmo orgão que prolatou a decisão de que se recorre. De qualquer maneira, conforme pondera Alcides de Mendonça Lima, se o vencido pode insistir na pretensão, recurso há no sentido humano e jurídico.

305

1

Il

I~

2. Fundamento

il

~I

Por que existem os recursos? Se as decisões fossem proferidas por deuses ou semideuses, trariam elas a nota da infalibilidade. Mas quem as profere são os

Juízes, homens, portanto, e, como tais, falíveis. Desse modo, o fundamento de todo e qualquer recurso, como dizia o Marquês de São Vicente, descansa na falibilidade humana. Ao lado disso há a necessidade psicológica: o recurso visa à satisfação de uma tendência inata e incoercível do espírito humano. Na verdade, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento. Se alguém procura um médico e este lhe diagnostica um mal mais ou menos grave, surge a dúvida no espírito do consulente: será que ele disse a verdade? Esse médico é realmente competente? E, ainda que o fosse, não teria errado?

Também na vida judiciária surgem para os litigantes as mesmas dúvidas, as mesmas apreensões, as mesmas desconfianças, e daí a necessidade de se adotar um meio de provocar o reexame da questão decidida: o recurso. 0 argumento que se levanta contra os recursos, no sentido de que se o órgão superior mantiver a decisão, se tornou inócuo, e, se a reformar, o recurso provocou decisões contraditórias, trazendo desprestígio à própria justiça, não resiste a uma análise séria.

Em primeiro lugar, porque o recurso é, antes-de mais nada, uma necessidade psicológica. Ademais, na generalidade dos casos, os recursos são dirigidos a órgãos superiores, constituídos de Juízes mais velhos, mais experimentados, mais vividos, e tal circunstância oferece-lhes maior penhor de garantia. Por outro lado, sabendo os Juízes que suas decisões poderão ser reexaminadas, procurarão eles ser mais diligentes, mais estudiosos, tentando fugir do erro e da má-fé. Somente essa circunstância seria suficiente para se justificar o recurso.

Não houvesse a possibilidade do reexame, os Juízes, muitas e muitas vezes, se descuidariam, decidiriam sem maior meticulosidade, pois estariam seguros de que seu erro, sua displicência, sua ma-fé não seriam objeto de censura pelos órgãos superiores. Então, seriam eles acomodados e, parafraseando Luís XIV, poderiam dizer: "Le juge c'est moi

.....

Além disso, há razões históricas que justificam os recursos. Entre todos os povos e em todas as épocas, os recursos eram admitidos, de maneira rudimentar ou evoluída, segundo o grau de civilização de cada povo, de cada época.

Por que se acabou com a autodefesa como forma geral de composição de litígios? Por acaso a extinção da autodefesa não se deu para 306

evitar a iniqüidade, a prepotência e o arbítrio? 0 Estado não chamou a si a tarefa de administrar justiça, na certeza de que a aplicação da lei ao caso concreto melhor seria feita pelos seus Juízes? E se estes fossem prepotentes, arbitrários e iníquos, não satisfazendo, assim, ao interesse do Estado, no sentido de ser a justiça bem distribuída? Para coartar tal possibilidade, nada mais salutar que a adoção das vias recursais, tornando viável o reexame das questões já decididas em 1.'

instância, preferentemente por outros órgãos mais experimentados.

Por todas essas razões, o recurso se justifica.

3. Pressupostos lógico e fundamental

Pressuposto lógico de qualquer recurso é a existência de um despacho ou decisão. Para que alguém possa interpor um recurso, presume-se, logicamente, haja uma decisão. Por outro lado, há o pressuposto fundamental, de todo e quqlquer recurso, que é a sucumbência.

Esta sempre traduz a existência de um prejuízo que a parte entenda ter-lhe produzido a decisão contra a qual recorre, ou, como acertadamente diz Vicente Greco Filho, haverá sucumbência "se a decisão não atendeu à expectativa juridicamente possível" (Manual de processo penal, Saraiva, 1991, p. 314). Assim, se o Promotor postula a condenação do réu, e este é absolvido, houve sucumbência; se o Juiz proferiu sentença condenatória, mas impôs a pena mínima, e o Promotor entendeu devesse ela ser um pouco exasperada, houve sucumbência, uma vez que a decisão lesionou o interesse do Ministério Público em ver a pena aplicada como lhe pareceu acertado. Em ambas as hipóteses houve uma desarmonia, uma desconformidade entre o que a parte pretendia obter e o que lhe foi dado. Sim, porque, nos termos do parágrafo único do art. 577, não se admite recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão; como tal interesse para recorrer exsurge se houver uma desconformidade entre o que se esperava receber e o que foi dado pela decisão, e, uma vez que essa desconformidade existiu, evidente estar satisfeito o pressuposto fundamental do recurso, que e a sucumbência.

4. Classificação da sucumbência

A sucumbência pode ser única ou múltipla. Se o gravame atinge apenas uma das partes, fala-se em sucumbência única. Assim, se o Juiz 307

1

il

i~

il

i

i!i

1,1

1 ~

. i

não atende ao pedido de reconhecimento de causa extintiva de punibilidade, sucumbente será apenas o réu. Diz-se múltipla, se atinge interesses vários. A sucumbência múltipla pode ser paralela ou recíproca. Paralela, quando a lesividade atinge interesses idênticos. Por exemplo, se o Promotor oferece denúncia contra A e B, e o Juiz os condena, ambos os réus sofreram o mesmo gravame (sucumbência paralela). Recíproca, se atinge interesses opostos. Assim, se o Promotor oferece denúncia contra A, e o Juiz o condena, mas lhe concede o sursis, e o Promotor se rebela contra a concessão daquele benefício, em virtude de não ser o reu primário, tanto o réu poderá interpor recurso de apelo como poderá fazêlo o órgão do Ministério Público. E que ambos sucumbiram.

A sucumbência pode ser direta ou reflexa. Direta, quando atinge uma das partes da relação processual. Assim, se é o acusador ou acusado o sucumbente, fala-se em sucumbência direta. Quando alcança pessoas que estejam fora da relação processual, ela se diz reflexa. Desse modo, se o Juiz absolve o réu, a vítima ou qualquer daquelas pessoas a que faz referência o art. 598 poderá apelar, mesmo

que nenhuma delas se tenha habilitado como assistente.

Fala-se também em sucumbência total ou parcial. Diz-se total quando o pedido é desatendido em sua integralidade. Parcial, como o nome está a indicar, se parte do pedido não for acolhida. Assim, se o Juiz absolve o réu, a sucumbência para o órgão do Ministério Público será total. Se houver condenação, mas o Juiz lhe conceder o sursis, pode-se falar em sucumbência parcial.

E se o réu for absolvido, poderá ele apelar? Evidente que, para interpor qualquer recurso, o réu deve ter interesse na reforma ou modificação da decisão. 0 recurso existe, não como deleite para porfias teóricas, mas como remédio para se conjurar um prejuízo. Assim sendo, pode parecer, à primeira vista, que, se o réu for absolvido, não poderá recorrer por falta de interesse. SuPonha-se, entretanto, tenha sido ele absolvido sob o fundamento de haver agido em legítima defesa putativa e entenda ter havido legítima defesa real.

Poder-se-á dizer: tanto faz. Todavia, na hipótese de legítima defesa putativa, cabe a ação civil para a satisfação do dano, como se constata pela leitura do art. 1.540 do CC. Na real, não. Logo, não se pode falar em falta de interesse do réu...

Canuto Mendes de Almeida ensinava, com inegável acerto, que a sentença penal é sentença penal e é sentença civil, em face da influência que a primeira exerce sobre a segunda. Por isso mesmo, não obstante

o art. 530 do Codice di Procedura Penale, de 1988, enumere os diversos motivos que podem autorizar um decreto absolutório, dispõe no § 2.' do art. 593 que "l'imputato non puó appellare, contro la sentenza di prosciogliimento perchè ilfatto non sussiste o per non aver commesso il fatto"... Nos demais casos, pode...

De fato. Absolvido o réu com fulcro no art. 17, segunda parte, do CP, nada impede que a vítima, ou quem de direito, ingresse em juízo com a actio civilis ex delicto, tal como permitido pelo art. 1.540

do CC. Se absolvido com fundamento no art. 21 do mesmo diploma, a actio civilis não poderá ser proposta, em face do que dispõe o art. 160 do CC.

Vê-se, pois, que o réu, no exemplo dado, tem interesse na reforma da sentença. No mesmo sentido, o ensinamento de Tornaglii (cf.

Curso de processo penal, Saraiva, 1980, v. 2, p. 333).

Assim também a Súmula 139 das Mesas de Processo Penal da USP: "é cabível recurso do réu contra sentença absolutória, desde que possua interesse em modificar o f6damento da absolvição para

atingir resultado concreto mais favorável" (Ada Pellegrini Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes, Recursos no processo penal, Revista dos Tribunais, 1996, p. 85-6).

E, se a decisão recorrida for contrária ao reu, podera o orgão do Ministério Público recorrer para beneficiá-lo? Há discussão a respeito.

De um lado, sustenta-se que o Ministério Público colima, como autor, um interesse que é a antítese do interesse do réu. Assim, tal recurso seria destituído de interesse jurídico. Neste sentido, Frederico Marques (Elementos, cit., v. 4, p. 207), Florêncio de Abreu (Comentários, v. 5, p. 215), Mirabete (Processo penal, Atlas, 199 1, p.

607), Carnelutti (Principi del processo penale, Napoli, 1960, p. 280).

Segundo Leone, o fim da exata aplicação da lei está no processo subordinado ao interesse das partes; e, assim, não seria justificável, para o Processo Penal, um desvirtuamento desse princípio fundamental (cf. Trattato, cit., v. 3, nota 46).

A favor da legitimidade: Aloisi (cf. Manuale, v. 1, p. 405), Santoro (cf.

Esecuzione penale, p. 118).

Manzini, por seu turno, deixa claro que, se o Ministério Público é uma das partes no Processo Penal, não teria sentido pudesse recorrer em benefício da parte contrária. Mas adverte o excelso mestre:

"Como o Ministério Público tem sempre interesse na exata aplicação da lei, é de se lhe reconhecer o direito de impugnação, por esse interesse, em

309

1

1

relação a questões de direito, ainda que as conseqüências da impugnação possam ceder a favor do réu". E, a seguir, arremata: "Quem está encarregado de velar pela exata

observância da lei não pode estar obrigado a deixar passar erros de direito, só porque o corrigi-los acarretaria vanta-i

gens ao imputado" (cf. Tratado, cit., 1954, v. 5, p. 29).

Vejam-se, ainda, os ensinamentos de Carnelutti (Principios del proceso penal, trad. Sentís Melendo, 1960, p. 262), Clariá-Olmedo (Tratado de derecho procesal penal, 1966,

v. 5, p. 457-8). Florian, a propósito, professa: "EI interés del MP es más amplio en este punto: 1)

. 1

en cuanto parte, hace valer los intereses de la acusación y ejercita la acción penal en el juicio correspondiente; 2) en cuanto órgano de los intereses generales y superiores de la

justicia, puede obrar interponiendo el recurso aunque con el fin de ayudar al procesado..." (cf. E. Florian, Elementos, cit., s. d., p. 425).

Nilo Batista, em nota publicada na Revista de Direito Penal, 9-10/105-6, alude às seguintes conclusoes aprovadas por unanimidade no V Congresso Fluminense do Ministério Público realizado em Nova Friburgo em dezembro de

1972: "A) Toda sentença inexistente, nula ou injusta contraria o interesse institucional do Ministério Público, e o entendimento de seu legítimo interesse para recorrer deve levar em consideração esta circunstância; B) Em benefício do réu pode o Promotor apelar de sentença condenatória injusta ou nula, nos 1

casos em que seja incabível o habeas corpus, e nada obsta que o recurso seja admitido, pois a instituição a que pertence visa a uma boa ad ministração da justiça".

A StPO (Ordenação Processual Penal alemã) expressamente admite a legitimidade de o Ministério Público recorrer pró-réu. A propósito, o §

296: "Rechtsmittelberechtigte (1)

Die zulässigen Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen stehen sowohl der Staatsanwaltschaft als dem Beschuldigten zu.

(2) Die Staatsanwaltschaft kann noch ihnen auch zugunsten des Beschuldigten Gebrauch machen" (Titulares do direito de recorrer (1) Os recursos admissíveis contra decisões

judiciais competem tanto ao Ministério Público quanto ao réu. (2) 0

Ministério Público também pode utilizá-los a favor do réu).

Note-se que se trata de um Código que em 1975 sofreu várias alterações.

Sem embargo, foi mantida a legitimidade de o Ministério Pú-

i

blico recorrer pró-réu.

310

Por outro lado, o § 302 do mesmo estatuto esclarece que o Ministério Público não poderá desistir de recurso, interposto a favor do réu, sein anuência deste: " (Zurücknahme, Verzicht) (1) Die Zurücknahme eines Rechtsmittels sowie der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsnüttels kann auch vor Ablauf der Frist zu seiner Einlegung wirksam erfolgen. Ein von der Staatsanwaltschaft zugunsten des Beschuldigten eingelegtes Rechtsmittel kann jedoch ohne dessen Zustimmung nicht zurückgenommen werden" (Desistência; renúncia (1) A desistência de um recurso como também

a renúncia à sua interposição podem ocorrer antes do decurso do prazo para a sua interposição. Não obstante, o Ministério Público não poderá desistir de recurso interposto a favor do reu sem anuencia deste).

Um dos mais recentes diplomas legislativos da Europa, o Código de Processo Penal português, aprovado pelo Decreto-lei ri. 78/87, e que entrou em vigor einjaneiro de 1988, no seu art. 401, 1, a, confere legitimidade ao Ministério Públiço para recorrer de quaisquer decisões, "ainda que no exclusivo interesse do argüido". No mesmo sentido o CPP da Província de Córdoba, Argentina, de autoria do mestre Jorge A. ClariáOlmedo, cujo art. 467 dispõe: "Recursos del Ministerio Fiscal - En Ios casos establecidos por Ia ley, el Ministerio Fiscal podrá recurrir incluso a favor del imputado .....

Aliás, na reforma que se anuncia do nosso CPP, dispõe o anteprojeto no §

1.' do art. 501: "0 órgão do Ministério Público pode recorrer também em favor do réu".

0 Excelso Pretório já teve oportunidade de apreciar um recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal, em que se arguia a nulidade do processo, de molde a beneficiar o réu. Muito embora não houvesse ele obtido provimento, contudo a Augusta Corte, unanimemente, gasalhou a legitimidade para a sua interposição (cf.

RTJ, 67/193).

A Excelsa Corte já decidiu que o Ministério Público tem interesse para recorrer em favor do réu, de sentença penal condenatória (cf. DJU, 12-12-1977, p. 9037). No mesmo sentido, DJU,

12-12-1980, p. 10582; RTJ, 83/949; RT, 562/357, 563/304, 567/344, 575/367, 599/340.

Observe-se que o CPP, expressamente, permite ao Ministério Público a impetração de habeas corpus (art. 654). Logo, não há, entre nós, absoluta incompossibilidade entre o interesse que o

Ministério Público persegue no Processo Penal e a interposição de recurso pró-réu.

311

i

A princípio, pareceu-nos haver inconciliabilidade entre os dois interesses. Depois de uma conversa postal com o eminente Prof. Geraldo Batista de Siqueira, da Faculdade de Direito de Goiânia, e ilustre membro do Ministério Público goiano, passei a meditar sobre o relevante papel que o Ministério Público desenvolve, como custos legis, para a fiel execução e observância das leis de ordem pública, e, então, reformulei o entendimento anterior.

Na verdade, como órgão que tem, como fiscal da lei, a postura de um Magistrado, seria estranho não se lhe reconhecesse o direito às vias recursais, quando houvesse um error in judicando, ou um error in procedendo, mesmo que a corrigenda viesse beneficiar o réu.

Nenhum interesse tem o Estado de manter uma decisão que albergue um vitium que a torne imprestável, ou que a transforme num ato iníquo. Se o Ministério Público propugna pela declaração do vitiuni, seu conceito mais se agiganta e cresce, como defensor dos valores fundamentais da sociedade, atuando em prol da lei.

Os recursos, a latere dos pressupostos lógico e fundamental,"estão adstritos a outros, uns de natureza objetiva, e os demais de natureza subjetiva. Os primeiros cingem-se ao recurso em si. Os outros, os de natureza subjetiva, dizem respeito à figura do recorrente.

Consideramse como pressupostos recursais objetivos os que se seguem.

,!11 ~

01,

~1 i

1 :

1

5. Pressupostos recursais objetivos

A) Autorização legal, isto é, deve estar a medida consignada, prevista em lei, e, além disso, o recurso interposto deve ser adequado. Assim, se o Juiz julga improcedente a exceção da litispendência, de nenhum valor seria a interposição do agravo no auto do processo. Porque inexiste, no Direito Processual Penal, essa modalidade de recurso. Logo, como tal recurso não foi previsto no ordenamento processual penal, não poderá ser usado, ante a ausência de um pressuposto objetivo, que, no caso, é a ausência de autorização legal. Muitas vezes existe a previsão legal, mas o recurso interposto não é o adequado. Nesse caso, salvo a hipótese de má-fé, pode ele ser conhecido.

Impera, aqui, o princípio da fungibilidade dos recursos, ou teoria do recurso indiferente de Goldschmidt, ou teoria do "tanto vale"

(Sowohl auch theorie). Por esse princípio, simples desconformidade da parte em relação a uma decisão é, em tese, suficiente para que seu recurso seja conhecido, pouco im-312

portando a denominação que se lhe dê. Salvo, já vimos, a hipótese de má-

fé. Assim, se o réu é condenado e, em vez de apelar, interpõe recurso em sentido estrito, este será conhecido como apelação. Mas, se a parte perde o prazo para a apelação, que é de 5 dias, e interpõe o recurso extraordinário, que é de 15, então não poderá ser conhecido, pelo fato de ter havido má-fé do recorrente ou, na linguagem do CPC abrogado, manifesto erro grosseiro.

E se a parte quiser apelar para o Tribunal de Justiça e o recurso for endereçado ao Tribunal de Alçada, como proceder? Pelo princípio da conversão, o recurso será encaminhado ao orgão competente para conhecê-lo.

Poderá a parte, ao mesmo tempo, interpor dois recursos? 0 CPP silencia.

Todavia a resposta negativa se impõe, em face do princípio da unirrecorribilidade, por sinal previsto expressamente no art. 809

do CPC anterior. Há, contudo, situações singulares, como aquela prevista no art. 608 do CPP, em que aáparte poderá protestar por novo Júri e, ao mesmo tempo, apelar.

B) Tempestividade. Se o recurso está previsto em lei e a parte dele queira fazer uso, todas as peculiaridades desse recurso devem ser observadas. Uma delas é a tempestividade, isto é, o recurso deve ser interposto dentro no prazo legal. De regra, no Processo Penal, o prazo para a interposição dos recursos é de 5 dias. Todavia há prazos maiores

menores.

Assim, o recurso em sentido estrito, de regra, deve ser interposto em 5

dias (art. 586); a apelação, também em 5 (art. 593); a apelação subsidiária, em 15 (art. 598, parágrafo único); a apelação de que trata a Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 82, § 1.', da Lei n.

9.099/ 95), em 10 dias; o protesto por novo Júri, em 5 (art. 607, § 2.'); os embargos infringentes ou de nulidade, em 10 dias (art. 609, parágrafo único); para a interposição dos embargos declaratórios no STF é de 5 dias; também nesse mesmo prazo no Juizado Especial Criminal (art.

83); nos demais Tribunais (STJ, TRF, TRE, Tribunais de Justiça e de Alçada), é de 2 dias; o recurso extraordinário e o especial, em 15 dias (art. 26 da Lei n. 8.038/90); o agravo de instrumento, para combater decisão que denegue recurso extraordinário ou especial, em 5 dias (art. 28 da Lei ri. 8.038/90), com o procedimento estabelecido no art. 28 e parágrafos do citado diploma legal e no § 1.'

do art. 544 do CPC); o que serve de modelo para a correição parcial no Estado de São Paulo,

I~

~ Il

111, 1

~1

é interposto no prazo de 10 dias e tem seu procedimento traçado nos arts.

523 a 527 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 9.139/95; os agravos regimentais, em 5 dias; o agravo em execução (art. 197

da LEP), pelo fato de ser agravo, também em 10. Quanto à revisão criminal e ao habeas corpus, que, segundo a boa doutrina, não são recursos, não há prazo preestabelecido. Mesmo nas hipóteses em que o habeas corpus funciona como verdadeiro recurso, também não há prazo. Respeitante ao recurso ex officio, deverá este ser interposto na própria decisão, e enquanto os autos não subirem à instância superior é como se não houvesse sido prolatada a decisão.

Na Justiça Especial, há prazos especiais. Assim, por exemplo, as apelações das decisões da Justiça Eleitoral devem ser interpostas no prazo de 5 dias; o recurso especial dirigido ao TSE das decisões do TRE, quando proferidas contra expressa disposição de lei ou em divergência com decisões de outro TRE, deve ser interposto no prazo de 3 dias; o recurso criminal ordinário-constitucional é interponível no prazo de 3 dias, nos termos do art. 307 do Regimento Interno do STF.

Os prazos recursais são fatais, contínuos e peremptórios, nos precisos termos do art. 798, não se interrompendo por férias, domingo ou feriado, salvo a hipótese prevista no § 4.' do art. 798.

0 termo a quo dos recursos vem previsto no § 5.' do art. 798.

Note-se, contudo, que a Lei n. 1.408, de 9-8-1951, alterando o § 3.' do art. 798, estabeleceu que os prazos judiciais que se iniciarem ou vencerem aos sábados, no foro onde o expediente se encerre ao meiodia, serão prorrogados de um dia útil. E o STF, na Súmula 3 10, deixou claro: "Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicaçao 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 começara no primeiro dia útil que se seguir". Mais explícito o § 2.' do art. 184 do CPC: "Os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação".

Assim, se o réu foi intimado de uma sentença condenatória numa segunda-feira, caso queira apelar, seu prazo, que é de 5 dias, expirar-se-á no sábado. Nos

termos do § 1.' do art. 798, não se computa, no prazo, o dia do começo, mas sim o do vencimento. Assim, desprezando-se a segunda-feira, que é o dia do começo, temos que o qüinqüídio legal se

expirará no sábado. Nos termos da Lei n. 1.408/5 1, não havendo expediente forense aos sábados, o prazo se prolonga até o primeiro dia útil imediato.

Se o réu fosse intimado numa sexta-feira, o prazo para a apelação se expiraria na outra sexta-feira, uma vez que, nos termos da Súmula 310, os prazos que se iniciarem na sexta serão contados a partir da segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, quando, então, começarão no primeiro dia útil imediato.

Sendo o recurso um ônus processual, é evidente que, se a parte interessada não o interpuser no prazo legal, a decisão adquire os efeitos da imutabilidade.

C) Observância das formalidades legais. Quando se pretende interpor um recurso, deverá o interessado, antes de tudo, analisar a decisão da qual se pretende recorrer, para ver se existe autorização legal. Sabido qual o recurso oponível, deverá o recorrente observar as formalidades exigidas por lei pàa sua interposição, tais como prazo, forma de interposição etc.

Já vimos os vários prazos recursais. Quanto à forma, embora haja a regra geral inserta no art. 578, no sentido de que o recurso poderá ser interposto por petição ou por termo nos autos, o certo é que a interposição por termo nos autos, às vezes, não é permitida, e, nesses casos, deverá o recorrente interpô-lo por meio de petição. Assim, por exemplo, nos embargos infringentes, nos embargos declaratórios, na carta testemunhável, no recurso extraordinário, no recurso ordinário-constitucional, nos agravos (inominado e de instrumento), na correição parcial e, finalmente, no habeas corpus e na revisão criminal, impropriamente considerados pelo Código como recursos, a interposição se faz por meio de petição.

Todavia, tratando-se de recurso em sentido estrito, tanto poderá ser feita por meio de petição como oralmente, reduzida, neste caso, a termo nos proprios autos.

E se se tratar de apelação? Hoje, em face da redação do art. 578, e, principalmente, considerando o disposto no § 4.' do art. 600 do CPP, não resta dúvida de que a apelação poderá ser interposta quer por petição, quer verbalmente, isto é, "por termo nos autos".

No recurso de apelação, o direito pretoriano tem quebrado a inflexibilidade da regra do art. 600, § 4.', do CPP, permitindo que o réu, no momento da prisão, manifeste a sua vontade de apelar. A propósito da

~ '1 I~

i

1

quebra do foimalismo exigido pela lei, v. RT, 607/355, 633/270, 606/

1

1

314, 662/370; RV, 77/119. Já se fala até em interposição do apelo por

1

fax ou telex (RSTJ, 121211 e 13/105).

Se se tratar de protesto por novo Júri, o § 2.' do art. 607 esclarece que tal recurso será interposto na forma e nos prazos estabelecidos para a interposição da apelação, vale

dizer, no prazo de 5 dias, por meio de petição ou oralmente, reduzindo-se, neste caso, a "termo nos autos".

Se se tratar de recurso contra sentença de pronúncia, não se deve olvidar a exigência do art. 585: o réu não poderá recorrer, senão depois de preso, salvo se prestar fiança,

nos casos permitidos em lei. Se, todavia, for primário e de bons antecedentes, assim reconhecidos na sentença de pronúncia, não deverá o Juiz decretar-lhe a prisão, podendo,

assim, o réu recorrer da pronúncia em liberdade, tal como permite o § 2.'

do art. 408 do CPP.

111 ~

A mesma observação deverá ser feita quanto ao recurso de apela

ção. Na verdade, assim dispõe o art. 594: "0 réu não poderá apelar sem

recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons

antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou conde

1 ~

~I i nado por crime de que se livre solto".

. 11 ~i 1 Além dessas restrições previstas nos arts. 585 e 594 do CPP, a Lei

1

Antitóxico, no seu art. 35, dispõe que o réu condenado pelo crime pre-1

visto nos arts. 12 ou 13 da referida lei não poderá apelar sem recolher-i

1 ii

se à prisão.

Aliás, esse art. 35 da Lei Antitóxico foi revogado, também, pelo

§ 2.' do art. 2." da Lei ri. 8.072, de 25-7-1990, ao salientar que o Juiz,

na sentença condenatória, pode, fundamentadamente, permitir que o condenado pelo crime de tráfico, e inclusive os hediondos, apele em 1 1 liberdade.

1

Finalmente, o art. 9.' da Lei ri. 9.034, de 3-5-1995, que cuida dos crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando (organizações criminosas).

Sem embargo dessas restrições, pensamos que a Constituição de outubro de 1988, no seu art. 5.', LVII, proclamando que "ninguém será considerado culpado até o trânsito

em julgado de sentença penal condenatória", revogou aquela proibição da Lei Antitóxico. Como se

316

poderia punir a quem não é considerado culpado? Não estamos afirmando ter desaparecido a prisão provisória, mesmo porque a própria Constituição, no art. 5.', LXVI, dispõe que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Logo, se a lei não permitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, é sinal de que o cidadão será levado à prisão.

Evidente, pois, que a prisão provisoria persiste. Mas, o que afirmamos, com absoluta convicção, é que a prisão provisória só se justifica em caso de necessidade. Assim, o preso em flagrante, mesmo inafiançável a infração, fará jus à liberdade provisória, sem fiança, se não estiver presente nenhuma das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva. Por quê? Porque não será necessária. Se alguém comete uma infração, ainda que afiançável, e, em liberdade, passa a perturbar a ordem pública, ou a instrução criminal, ou, então, dá demonstração de que pretende escapar à eventual aplicação da lei penal, o Juiz poderá decretar-lhe a prisão prevytiva. Por quê? Por ser necessária. E se não estiver presente nenhuma daquelas circunstâncias? Obviamente serlhe-á defeso decretá-la. Segue-se, então, que a prisão provisória se reveste de um manifesto caráter cautelar.

Pronunciado o réu, não sendo ele primário, ou ainda que o seja, mas não tendo bons antecedentes, deverá ser recolhido à prisão, para, ali, aguardar seu julgamento? 0 art. 408, § 1% do CPP dá uma resposta afirmativa. E por que razão não poderá aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri9 Por

que exigir-lhe a prisão? Pelo simples fato de não ser primário ou de não ter bons antecedentes? Porventura o reincidente, ou sem bons antecedentes, não faz jus à liberdade provisória prevista no art. 3 10 e parágrafo?

Deve o Juiz decretar a prisão preventiva pelo simples fato de ser o indiciado ou réu reincidente? Seria o reincidente perigoso? Mas, o CP não diz que perigoso é apenas o doente mental? Já não desapareceu do nosso diploma repressivo a famosa "presunção de periculosidade" dos reincidentes em crimes dolosos? A presunção de periculosidade não se restringe apenas, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, às hipóteses previstas no art. 26 e seu respectivo parágrafo do CP?

Por que, então, prendê-lo? Seria uma presunção legal de fuga? Essa presunção havia ao tempo da famigerada prisão preventiva obrigatória...

Não agora.

0 magistral Velez Mariconde professa:

317

~ ~ J1 .,

la detención provisional - el más grave sacrificio impuesto a la libertad, aún antes de constituirse la relacion procesal - se justifica como un medio indispensable para la defensa del derecho, esto es, como una medida imprescindible para asegurar el imperio de la ley penal. Es una especie de autodefensa del propio ordenamiento jurídico, ante el peligro de que sea burlado" (cf . Derecho procesal penal, v. 2, p. 480).

E mais adiante:

! i

"Con arreglo, pues, al principio constitucional de inocencia, que dulue presidir la disciplina de las instituciones... debemos concluir que la detención provisional (lato sensu), como cautela provisional que es, sólo puede ser autorizada u ordenada en la medida de la más estricta necesidad; de modo que será ¡legítima, contraria a dicho principio, toda coerción que supere ese límite" (cf. Derecho

procesal, cit., p. 480).

Por todas essas razões, estamos convencido de que a Nova Constituição revogou os arts. 585, 408, § 2.0, 594, 391, 1, todos do CPP, e o art. 35

da Lei Antitóxico, posto faltar a real necessidade, isto é, não pode o Magistrado, numa sentença condenatória proferida contra um reincidente em crime inafiançável, ou traficante, limitar-se a fazer expedir mandado de prisão. Ele precisará fundamentar o decreto. Note-se que a CF proclama que à exceção do flagrante ninguém poderá ser preso a não ser por ordem,escrita e fundamentada do Juiz...

Dês que o Magistrado fundamente a ordem de prisão, esta será legal.

Fundamentar não é indicar o dispositivo legal. Fundamentar é

~i

mostrar a necessidade do encarceramento provisório. E no nosso

ordenamento jurídico a necessidade repousa numa daquelas circuns

tâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, como se infere

1 do parágrafo único do art. 310 e do art. 324, IV, todos do CPP.

A motivação constitui formalidade legal? É claro que sim. Seria um contra-senso sem nome permitir-se ao vencido o direito de recorrer, sem que fosse obrigado a dizer quais as razões que o levaram a discordar da decisão recorrida. Se ele se rebela contra uma decisão, deve ter motivos para tanto. Natural, pois, devam eles ser expostos. A motivação é, pois, necessária. Recurso sem motivação é recurso inepto e não pode ser conhecido. Faz-se exceção, contudo, à apelação. De fato, o art. 601

permite a subida dos autos à instância superior, "com as razões ou sem elas". Não houvesse semelhante texto no nosso Código, como coisa esdrúxula, e poderíamos afirmar ser a motivação formalidade legal. É possível que o

legislador, com os olhos voltados para alguns defensores dativos que não se preocupam com a sorte dos infelizes, cuj a defesa patrocinam, quisesse evitar, em recurso tão importante como o de apelação, que o pedido de reexame fosse prejudicado pela inércia do apelante. Não se deve inferir que, falando o texto legal em

"razões", sendo o Ministério Público o apelante, possa o recurso subir sem elas. Tal equivaleria a dele desistir, o que lhe é defeso, como se constata pelo art. 576 do CPP. Mesmo quando o apelo é interposto pela defesa, malgrado o disposto no art. 601 do CPP, deve o Juiz, se constituído for o defensor, notificar o réu para constituir outro; se dativo, deverá substituí-lo, sob pena de se afrontar a ampla defesa. Sobre o assunto, RT, 439/413 e 545/382. Há, também, entendimento contrário (RT, 631/290). Pensamos que a falta de razões), na hipótese, implica nulidade, porquanto inarredável o manifesto prejuízo para a defesa. Não fosse assim, os nossos Tribunais não teriam chancelado o entendimento de que uma serôdia apresentação das razões e mera irregularidade... A propósito, RT, 622/265, 617/284, 641/324.

Tratando-se de recurso em sentido estrito, não obstante o v. aresto publicado na RT, 605/413, estamos que o Código nem sequer as dispensa. 0

art. 589 do CPP fala em "resposta do recorrido"... Por outro lado, sem as razões, fica bem difícil ao Magistrado, noJuí~o de retratação, dar a resposta ao recorrente. Se assim é em sendo o recurso da defesa, com muito mais razão quando a interposição for feita pelo Ministério Público, posto que a sua omissão implicaria desistência do recurso, proibido por lei. Em se cuidando da "resposta do recorrido", se este for o Ministério Público, sua omissão implicará violação de dever funcional, sujeitando-o às sanções do art. 801 do CPP.

Se o recorrido for o réu, nada impede, antes aconselha, a substituição do seu defensor dativo, ou, se constituído, a intimação do réu para substituí-lo, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa.

No que respeita ao protesto por novo.ffiri, a simples interposição e suficiente, não havendo necessidade de "razões", mesmo porque não haverá contra-razões. Nada impede, contudo, possa o Juiz ouvir o Promotor de Justiça sobre a legalidade do pedido, tal como costuma fazer, nos pedidos de habeas corpus.

11

Nos demais recursos, a motivação é exigida como formalidade essencial.

Observe-se, contudo, que, mesmo permitindo o Código a não-apresentação das razões naquelas duas hipóteses, poderá o recorrente sofrer amargas decepções. E os motivos são por demais óbvios.

Outra formalidade legal é o preparo do recurso, nos casos estabelecidos por lei. Este é exigido para os recursos interpostos em processos instaurados mediante queixa, nos termos do art. 806, § 1% do CPP. Todavia, se o processo se instaurou mediante queixa, mas a ação penal for pública (art. 29), cremos ser inaplicável aquele parágrafo, em face dos termos finais do art. 29.

Além dessas formalidades, outras existem, e serão estudadas quando estivermos analisando as várias modalidades de recursos.

ill "I

i I i

6. Pressupostos subjetivos

Os pressupostos subjetivos são os atinentes à pessoa do recorrente. São de duas ordens: a) interesse e b) legitimidade. A parte não pode recorrer se não houver interesse na reforma. Assim, da sucumbência exsurge o interesse na modificação do ato jurisdicional. Ao lado do interesse, a legitimidade, isto é, a pertinência subjetiva dos recursos, vale dizer, somente a parte lesionada pela decisão, a parte que sofreu o gravame, é que poderá recorrer.

Proclama o parágrafo único do art. 577 que não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Então, somente a parte que sofreu o prejuízo é que será legítima para recorrer. E quem pode recorrer? 0 Ministério Público, o querelante, o réu, seu procurador ou defensor. Em determinados casos, nos crimes de ação pública, a própria vítima, quem legalmente a represente ou mesmo qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 do CPP, ainda que se não tenha habilitado como assistente.

Qualquer do povo poderá interpor recurso? Veja-se o parágrafo único do art. 6.' da Lei n. 1.508, de 19-12-195 1: quando a "representação" for arquivada. Diga-se o mesmo se tal ocorrer nas contravençoes previstas nas alíneas e, j, 1 e m do art. 26 do Código Florestal, não abrangidas pela Lei do Meio Ambiente - Lei ri. 9.605198, porque o procedimento destas é idêntico ao traçado na Lei ri.

1.50815 1.

Na hipótese de quebramento de fiança, ou quando for julgado perdido o seu valor, em face das conseqüências que advêm para aquele que a prestou, poderá ele interpor recurso (art. 5 8 1, VII).

No caso previsto no art. 581, XIV, qualquer do povo poderá recorrer, como se constata pela leitura do art. 439, parágrafo único, do CPR

7. Juízo de admissibilidade

Interposto o recurso, cabe ao órgão Jurisdicional a quo o juízo da sua admissibilidade, que poderá ser positivo ou negativo. Satisfeitos todos os pressupostos (objetivos e subjetivos), o juízo a quo recebê-lo-á. Do contrário, proferirá despacho liminar negativo. Na primeira hipótese, o recurso será processado, nada obstando que a parte ex adversa, em linha de preliminar, argua a ausência de algum ou alguns pressupostos. Na segunda - não-recebimento - surge nova sucumbência para o recorrente, podendo este lançar mão de outro recurso para combater a decisão denegatória. Assim, rejeitado o recurso de apelação, caberá o recurso em sentido estrito (CPP, art. 58 1, XV); se este também for denegado, o sucumbente poderá requerer a carta testemunhável (CPP, art. 639); se denegado qualquer recurso da competência do STF, oponível será o agravo de instrumento, por força do art. 313 do seu Regimento Interno. Denegado recurso especial, caberá agravo de instrumento, nos termos do art. 28 da Lei ri. 8.038190 e no prazo ali referido (5 dias). Tratando-se de eventual denegação de recurso ordinário-constitucional que deva ser encaminhado ao STJ, à falta de previsão legislativa, cabe a reclamação, prevista nos arts. 13 a 18 da Lei ri. 8.038/90, acima citada. Há outros exemplos, e, à medida que forem sendo analisados os recursos em espécie, serão vistos.

Por outro lado, o julgamento da admissibilidade do recurso no juizo a quo não vincula o órgão ad quem. Este, antes de apreciar o mérito, verifica se estão satisfeitos os pressupostos recursais. Em caso positivo, passa ao mérito; em caso negativo, deixa de tomar conhecimento do recurso. E vincula o juízo a quo? 0 Código de Processo Civil, no art. 518, parágrafo único, dispõe que, "apresentada a resposta, é facultado ao juiz o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso". 0 estatuto processual penal é omisso. Nada obsta, antes aconselha, seja essa medida adotada no campo penal, à vista do que dispõe o art. 3-' do CPR

8. Extinção anormal dos recursos

Interposto o recurso, seguirá ele seus trâmites legais até o pronunciamento do órgão competente para o reexame da matéria, isto é, da decisão

recorrida. Às vezes, ocorrem certos fatos que extinguem anormalmente as vias recursais, impedindo, assim, que o órgão competente para o reexame possa apreciá-lo. Que fatos são esses? A falta de preparo (pagamento das despesas), nos casos exigidos por lei (art. 806, §

2.); a deserção pela fuga do apelante, na hipótese do art. 595; a desistência.

0 recorrente pode desistir? Em regra, sim. 0 Ministério Público, nos termos do art. 576, não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Ele poderá recorrer se quiser. Todavia, uma vez interposto recurso, não mais poderá recuar. 0 Defensor pode? Se tiver poderes especiais, sim, mas entendemos deva ser lavrado um termo de desistência.

E se o recorrente for maior de 18 e menor de 21 anos?

Nesse caso, cremos deva haver anuência do seu representante legal ou curador. E se o curador quiser desistir? Deverá haver o assentimento do menor e do seu representante legal. Não cremos possa o réu desistir do recurso interposto; o árbitro da desistência deve ser o seu defensor, sob pena de violação à ampla defesa, a menos haja razoável ponderação do acusado. Assim também quando se tratar de interposição. A renúncia ao recurso não deve ficar a critério do acusado, mas do seu defensor, após ouvi-lo. Extingue-se também, anormalmente, quando considerado inadmissível. Se o réu, após interpor o seu apelo, fugir da prisão, ocorrerá a deserção do recurso. E deserto continuará, mesmo sendo ele recapturado. A propósito: RT, 491/327...

466/372... 440/408. Mas, se o MP interpuser apelo em seu prol, não ficará deserto o recurso (RT, 620/284).

9. Classificação dos recursos

Atualmente, entre nós, o que se infere dos arts. 102, 11 e III, e 105, 111, da Constituição, é que os recursos são de três espécies: extraordinário, especial e ordinário.

Extraordinário é apenas aquele previsto no art. 102, 111, a, b e c, da Magna Carta e que tem por finalidade levar à Excelsa Corte, órgão de cúpula do nosso Poder Judiciário, o conhecimento de uma questão federal de natureza

constitucional, e isto em virtude de haver a nossa Constituição atribuído ao mais alto Tribunal do País a função de Corte Constitucional. Questão federal, na hipótese, é uma daquelas elencadas no inc. III do art. 102 da Magna Carta.

Especial é o recurso previsto no art. 105, 111, a, b e c, da Constituição, tendo por finalidade levar ao conhecimento do Colendo STJ, órgão de cúpula

da Justiça Comum (Estadual e Federal, exceto as especiais), uma das questões federais elencadas no inc. 1111 do art. 105 da Lei Maior, propiciando ao STJ "o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal a quo". Ou, como bem disse o eminente Min. Antônio de Pádua Ribeiro, "a função do recurso especial é tutelar a autoridade e unidade da lei federal. E essa funçao e exercida, segundo ensinamentos de Pontes de Miranda, assegurando a sua inteireza positiva (art. 105, 111, a), a sua autoridade (art. 105, 111, b) e a sua uniformidade de interpretação (art. 105, 111, c)" (cf. Do recurso especial, 0 Estado de S. Paulo, 11-7-1989, p. 17).

Todo e qualquer outro recurso é ordinário. Não importa sua natureza, se apelação, agravo, embargos etc., todos são recursos ordinários.

Quanto às fontes normativas, podemos distinguir os recursos em constitucionais, legais e regimentais.

Há, também, os recursos de fundamentação vinculada (recurso da decisão do Júri, recursos extraordinário e especial) e recurso sem fundamentação vinculada (ap~lação de decisão do Juiz singular, p.

ex.).

10. Recursos voluntário e necessário

Os recursos ainda se distinguem em voluntários e necessários. Os primeiros são aqueles cujo ônus de interpô-los cabe, exclusivamente, àquele que sucumbiu. É apenas um onus: recorre, se quiser. Já os necessários, também denominados ex officio, são aqueles que, necessariamente, obrigatoriamente, devem ser interpostos pelo próprio Juiz. No final da sua decisão, quando exigido o recurso obrigatório, dirá o Juiz: "Desta decisão recorro ex officio. Subam os autos ao Eg.

Tribunal, após o decurso do prazo para eventual recurso voluntário".

Tal modalidade de recurso é de origem lusitana. Por volta do século XIV, para jugular a onipotência desenfreada dos Juízes, em face do processo inquisitivo que dominava a Europa continental, criou-se, em Portugal, a apelação ex officio, cuja apreciação ficava a cargo do monarca, por intermédio dos ouvidores da Corte. Sabe-se que o processo inquisitivo era um "perigoso instrumento de perseguição a inocentes". Então, para conjurar tais perigos, numa época em que os recursos não estavam, ainda, bem disciplinados, criou-se, em Portugal, o recurso ex officio. Os Juízes, então, deviam apelar "polia justiça". Caso o Juiz se descurasse dessa obrigação, sofreria severas penas, inclusive a perda do cargo. Não se sabe, exatamente, quando surgiu a apelação ex of

,ficio.

323

TI I I ~

,!Il L

MI

01 ~.

"" '4

Il l~ t

Sabe-se, contudo, ter sido ela motivada com a entrada, em Portugal, do processo inquisitivo. As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas dela trataram.

Em Portugal, tal recurso era exclusivo das causas criminais. E, como as Ordenações vigoravam no Brasil, havia-o, também, entre nós. Todavia, em 183 1, o legislador pátrio o estendeu a determinadas causas cíveis, notadamente quanto às decisões contrárias à Fazenda Nacional.

Atualmente, o CPC o admite, com outra roupagem, nas decisões que anularem

casamento, nas decisões proferidas contra a União, Estado ou Município, ou quando for julgada improcedente a

execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 475). E se não houver recurso voluntário e o Juiz, devendo recorrer de ofício, não o fizer, o Presidente do Tribunal poderá avocar os autos (CPC, art. 475, parágrafo único). Admite-se, também, o recurso necessário ou ex officio nas decisões que concederem mandado de segurança e nas desapropriações por utilidade pública.

No Processo Penal as hipóteses de recurso necessário são: a) das decisões que concederem habeas corpus (art. 574, 1); -

b) nas decisões proferidas nos termos do art. 411 (art. 574, 11); c) das decisões que concederem reabilitação (art. 746); d) nas hipóteses previstas no art. 7.' da Lei n. 1.52 1, de 26-12-195 1.

Qual seria a natureza desse recurso? Sabe-se que o recurso é o resultado de um inconformismo. A parte vencida, não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável, pede o seu reexame.

Sendo assim, na justa observação de Alcides de Mendonça Lima, o recurso necessario não pode ser considerado recurso, pois o Juiz, que tem o dever de recorrer de ofício, não haveria de ficar

inconformado com a sua própria decisão... Ademais, quando alguém recorre, evidentemente há de desejar seja o seu recurso provido. No recurso ex officio dá-se o contrário: o Juiz deseja que o Tribunal não lhe dê provimento. Daí dizer-se que o recurso ex officio não é propriamente um recurso, e sim uma providência, uma medida prevista em lei, em situações especiais, porque interesses superiores reclamam mais cautela na solução dos litígios. Ele não passa de mera

"condição de eficácia da decisão".

No recurso voluntário há, tão-somente, um direito da parte que sofreu o sucunibimento. Recorre, se quiser. No recurso ex officio há um dever para o Juiz, porquanto ele não pode deixar de interpô-lo.

Tratase, enfim, de recurso sem recorrente... 0 Juiz recorre da sua própria decisão,

sem ser parte, sem ser vencido e sem ter interesse na reforma...

324

Pode-se dizer que, nas hipóteses para as quais a lei prevê o recurso necessário, há uma espécie de prejuízo, de gravame presumido. Presumese o gravame, e isto em virtude dos altos interesses sociais que a lei procura resguardar e proteger. Com tal recurso, o Estado exige dos órgãos superiores da Justiça um controle maior sobre a solução de certas causas, exercendo a instância superior aqueles atti di controllo, de que fala a doutrina italiana... E a tal ponto chegou esse controle que já se firmou, na jurisprudência, o entendimento de que, nos casos de recurso ex officio, se este não for interposto e ante a ausência de recurso voluntário (que supriria sua omissão), a decisão não transita em julgado, nos termos da Súmula 423. Verbis: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege". E, no atual CPC, ausente o recurso ex officio (não havendo o voluntário, é claro), o Tribunal pode avocar o processo (cf. CPC, art. 475, parágrafo único).

Semelhante ao recurso ex officio, existe nas legislações hispanoamericanas a "consulta", cgjo procedimento é mais ou menos idêntico ao nosso recurso necessário. Sobre a consulta existente na legislação venezuelana, diz Villamarin: "El recurso ordinario de consulta... se hace de oficio, o sea, que hay determinados juicios o procesos en los cuales todas las decisiones tienen que ser revisadas por el

Juez Superior; necesaria y obligatoriamente porque así lo establece la ley; el juicio de homicidio por ejemplo: el juicio de homicidio tiene que subir en consulta al superior porque la ley establece éso, de que tiene que ser consultado con el superior aún cuando la parte contra quien obre la sentencia no solicite el recurso de apelación..." (cf. Eloy Parraza Villamarin, Lecciones de derecho procesal penal, Maracaibo, Imprenta del Estado, 1964, p. 3 36).

Tínhamos, também, esse tipo de "apello do Juiz", no art. 79, § 2Q, do Código de Processo Criminal brasileiro. Ali se permitia o recurso de ofício nas hipóteses de sentença que condenava à pena de morte ou galés. Mais tarde ampliou-se o rol: também quando se impunha pena maior que a de cinco anos de degredo, ou três de trabalhos públicos (Pimenta Bueno, Processo criminal brasileiro, 5. ed., Jacintho Ed., 1922, p. 248). Em sentido quase semelhante, o art. 696 do CPP

Militar.

Insta esclarecer que os Tribunais de Alçada do Paraná e de São Paulo, em alguns julgados (RT, 6591305, Revista de Julgados e Doutri~ na do TACrimSP, n. 1311992, p. 118, 204, 206 e 124), têm entendido que, em virtude de o art. 129, 1, da CF haver banido do nosso ordenamento o sistema inquisitivo, as disposições que cuidam do recurso ex officio ficaram tacitamente revogadas. Não obstante tal "recurso" seja uma verda-325

i

1

1

~1 t,

.1

deira excrescencia jurídica, nos moldes em que o possuímos, não nos parece tenha ele desaparecido. No Processo Civil ele existe, embora com outro rótulo. 0 fato de a ação penal pública ter sido reservada, com exclusividade, para o Ministério Público, exceção feita à ação privada subsidiária, não implicou extinção do recurso necessário. E

por duas razões: primeiro porque o recurso ex officio não é recurso; é exigência do Estado, ditada por razões diversas, para assegurar, obrigatoriamente, o duplo grau dejurisdição. Em determinados casos, e para maior tutela dos interesses emjogo, o Estado exige que a decisão do Juiz monocrático passe pelo crivo da segunda instância.

Assim, malgrado seja o recurso um aspecto da ação e da defesa, o fato de a ação penal pública ter ficado privativa do Ministério Público não implicou extinção desse recurso. Em segundo lugar, a vingar tal entendimento, não havendo recurso do Ministério Público, a defesa também não poderia recorrer. Se a ação se extinguiu, não pode haver defesa. Ademais, se o Ministério Público não interpuser recurso em sentido estrito ou apelação, a vítima não poderá fazer uso daqueles direitos referidos nos arts. 584, § 1.', e 598 do CPP. E

não poderá por que razão? Ora, se o MP não oferecer a denúncia no prazo legal, a vítima poderá substituí-lo, nos terinos do art. 29 do CPP. Logo, pelo mesmo princípio, se o Ministério Público não recorrer, a vítima, nos casos previstos em lei, poderá fazê-lo.

Aliás, o STF, sobre o assunto, assim se manifestou: "1. 0 impropriamente denominado 'recurso ex officio' não foi revogado pelo art. 129, 1, da Constituição, que atribui ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal, e, por extensão, a de recorrer nas mesmas ações. 2. A pesquisa da natureza jurídica do que se contém sob a expressão 'recurso ex officio' revela que se trata, na verdade, de decisão que o legislador submete a duplo grau de jurisdição, e não de recurso em sentido próprio e técnico" (HC 74.714- 1, DJU de 22-8-1997, p. 38761). No mesmo sentido: RV, 138/239, 140/849 e HC 73.352-TO (Informativo SU, n. 25, de 10-4-1996).

Classificam-se, também, os recursos, quanto à fundamentação, em recurso de fundamentação livre (apelo, recurso em sentido estrito etc.) e de fundamentação vinculada (recurso extraordinário, recurso especial e apelação das decisões do Júri).

11. Efeitos dos recursos

Os recursos apresentam dois grandes efeitos: o devolutivo e o suspensivo.

Diz-se devolutivo porque o conhecimento da decisão re-326

1 1~

corrida é devolvido a um órgão jurisdicional para o reexame. Ora, se o recurso visa ao reexame da decisão que se guerreia, segue-se que todo recurso tem efeito devolutivo. Transfere-se a competência para conhecimento da causa ou questão a julgar do Tribunal a quo para o Tribunal ad quem. Qual a competência que se devolve ao Tribunal de recurso? À primeira vista pode parecer que, pelo efeito devolutivo, transfere-se o conhecimento da causa julgada em primeira instância, funcionando o Tribunal de recurso como se fosse uma segunda primeira instância. Mas nem sempre é assim. 0 pedido formulado pelo recorrente no recurso restringe a competência do Tfibunal, como na hipótese da apelação parcial tantum devolutum quantum appellatum.

Fala-se, assim, em extensão do efeito devolutivo.

No juízo de delibação, embora limitado quanto à extensão, o órgão ad quem tem inteira liberdade em proceder a um exame aprofundado do pedido. Fala-se, então, em profundidade do efeito devolutivo.

Em outros o recurso é limitado por lei à matéria de direito, como acontece com os recursos extraordinario e especial. No rigor técnico, só existe efeito devolutivo quando oweexame da decisão se desloca para um outro órgão. Todavia casos há em que não existe tal deslocamento.

0 próprio órgão que prolata a decisão é o competente para reexaminá-la.

Vejamse, a propósito, os embargos declaratórios apreciados pelo próprio órgão que proferiu a decisão embargada. No recurso em sentido estrito, por exemplo, se o Juiz recuar, a instância superior não reexaminará a decisão, salvo a hipótese prevista no parágrafo único do art. 589. Sem embargo disso, tradicionalmente usa-se a expressão efeito devolutivo.

Não se pense, contudo, que o efeito devolutivo, que consiste em se transferir ao orgão ad quem o exame da mesma controvérsia j a apreciada pelo órgão a quo, seja absoluto. No rigor da lógica deveria ser assim. Se se pede um reexame da matéria já decidida, evidente que o juízo ad quem deve ter a mesma liberdade que se conferiu ao juízo a quo. Inspirado, em parte, no princípio do favor rei, vamos encontrar a proibição da refôrmatio in pejus (CPP, art. 617) a angustiar a possibilidade de o órgão ad quem examinar a decisão recorrida em todos os seus aspectos. Em decorrência daquele princípio, temos ainda a Súmula 160, vedando aos Tribunais acolherem, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação. Há quem entenda, também, e com razão, que a hirátação do efeito devolutivo seja decorrência do principio acusatório (nemo judex sine actore). Assim, se apenas o réu interpuser recurso de apelação, não poderá o Tribunal agravar-lhe a situação, uma vez que não houve pedido nesse sentido (vejam-se, a propósito, Calamandrei, Studi sul processo civile, v. 3, p. 43-53; Florian, Elementos, cit., p. 432).

são que se combate. Nesse caso, cumpre à própria lei dizer se este tem ou não tal

efeito. 0 recurso extraordinário, por exemplo, não o tem (§ 2.'

do art. 27 da Lei n. 8.038, de

28-5-1990). Interposto o apelo excepcional, este sobe nos autos originais, e os autos do traslado des-1

cem à inferior instância para a execução. E o que se infere do § 1.' do art. 328 do Regimento Interno da Suprema Corte, revogando, assim, a regra do art. 637 do CPP. Também

não o tem o recurso especial, segundo dispõem o art. 255 do Regimento Interno do STJ e o art. 27, § 1% da Lei n. 8.038, de 28-5-1990. Aliás, diga-se de passagem, num País cuja

Constituição proclama que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", não se compreende possa o legislador, o mesmo que

integrou a Assembléia Constituinte, permitir que, nos casos de recurso extraordinário ou especial, o efeito seja apenas o devolutivo. Como pode ser executada uma sentença se

ainda não houve o trânsito em julgado? Como se admitir a eficácia executiva de uma sentença penal se a Lei das Execuções Penais dispõe? no seu art. 105, que somente após o

trânsito em julgado é que se processa a execução? Nesse caso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. E o art.

107 desse mesmo diploma esta-

belece que "ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária". Sendo assim, nas hipóteses de recurso

extraordinário ou especial, ante a falta de efeito suspensivo, expedir-se-á contra o réu mandado de prisão, antes do trânsito em julgado... E o que é mais grave: como pode haver o

recolhimento do réu à prisão se a Constituição, no seu art. 5.', LXI, proclama que, à exceção do flagrante, "ninguém poderá ser preso senão por ordem escrita e fundamentada da

autoridade judiciária competente"? E na hipótese de recurso extraordinário, ou especial, interposto pelo réu, se o recurso tem apenas efeito devolutivo, onde a decisão fundamentada para autorizar-lhe a prisão? E, ainda que haja a decisão fun-

~ ~Iii ~

Suspensivo se diz quando o recurso suspende a execução da deci-damentada, que fundamentos poderão ser invocados para justificar a prisão antes do trânsito em julgado? A lei do atropelo levou o nosso legislador a esse absurdo. 0 recurso em sentido estrito também não o tem, salvo nos casos de perda de fiança e do n. XV do art. 581. As demais hipóteses tratadas no art. 584 do CP são, hoje, de agravo em execução, nos termos do art. 197 da LER Quanto à apelação, ela tem efeito suspensivo. Só não o terá se o crime for inafiançável e o réu não

for primário ou não tiver bons antecedentes, ou, se afiançável, não prestar fiança (arts. 594 e 597 do CPP). Tratando-se de crimes hediondos e daqueloutros definidos no art. 2.' da Lei n. 8.072, de 25-7-1990, de regra, o apelo não tem efeito suspensivo. Entretanto, o §

2.' do art. 2.' do citado diploma dispõe que, "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade". Também não tem efeito suspensivo a apelação de sentença condenatória proferida nos crimes praticados em organização criminosa, nos termos do art. 9.' da Lei n. 9.034, de 3-5-1995.

Coisa curiosa: em crimes não considerados hediondos, o art. 594 do CPP

impõe como pressuposto recursal objetivo o recolhimento do reu a prisão para poder apelar... Já nos hediondos, o Juiz pode, fundamentadamente, permitir o apelo em liberdade... Se pode aqui, com muito mais razão ali, se bem que, para nós, em todo e qualquer caso, hediondo ou não o crime, a exigencia de previo recolhimento à prisão como condição para o apelo só se justifica se houver necessidade, senão, não. E a necessidade repousa, unica e exclusivamente,

naqueles motivos que autorizam a prisão preventiva.

Os nossos Tribunais, com o STJ à frente, já estão se conscientizando de que a prisão do réu não pode ser considerada condição de admissibilidade da apelação. Se fosse, a lei ordinária estaria se sobrepondo à Constituição. Julgando o Habeas Corpus n. 6.110 (96/0078027-7), em 18-2-1997, a 6.' Turma do STJ, relator o eminente Min. Vicente Cernicchiaro, assim se pronunciou: "RHC. Processual Penal. Sentença condenatória. Réuforagido. Apelação. Processamento.

Devido processo legal. Presunção de inocência. Cautelas processuais penais. 0 princípio da presunção de inocência, hoje, está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5.0, LVII).

Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da sanção penal. As cautelas processuais penais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A Carta Política, outrossim, registra o devido processo legal; compreende o contraditório e ampla defesa, 'com os meios e recursos a ela inerentes'. Não se pode condicionar o exercício do direito constitucional -ampla defesa e duplo grau de jurisdição - ao cumprimento de cautela processual.

Impossibilidade de não receber a apelação, ou declará-la deserta porque o réu está foragido. Releitura do art. 594, do CPP, face à Constituição.

Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão".

328

1

329

11

M

Il ,

0, q

~I C

Os arts. 594 e 595, assim, tomam nova dimensão. A lei ordinária não pode criar obstáculo ao direito ao duplo grau de jurisdição. Nada impede que o Juiz decrete e determine a prisão do acusado, se necessária. Todavia, não pode impedir o processamento do apelo interposto. Do contrário aquela ampla defesa não passaria de promessa vã e platônica. A decisão do STJ, pela voz autorizada daquele eminente Professor e Ministro, manteve o mesmo entendimento i à externado no Habeas Corpus ri. 3.848, DJU, 12-12-1994, p. 34377.

Ademais, não se deve olvidar que a letra h do n. 2 do art. U' do Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu pelo Decreto ri. 678, de 6-11-1992, proclama que "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocencia enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:... h) direito de recorrer da sentença para Juiz ou Tribunal", e, por força do §

2.' do art. 5.' da CF constituiu-se em direito individual.

Nessa ordem de idéia, também não faz sentido julgar desertei o recurso porque não se obedeceu à regra do § 2.' do art. 806 do CPP, tanto mais quando a letra h do ri. 2 do art. V do Pacto de São José, que desde 1992 passou a integrar o nosso ordenamento por força do Decreto ri. 678 desse mesmo ano e do § 2.' do art. 5.' da CF, dispõe que todo acusado faz jus a garantias mínimas, dentre as quais a de recorrer da sentença para Juiz ou Tribunal Superior...

Tratando-se de sentença absolutória, não haverá efeito suspensivo.

Absolvido o réu, haja ou não recurso da acusação, se estiver preso, será posto em liberdade. A única exceção era a prevista no parágrafo único do art. 596 do CPP, revogado com a reforma penal de 1984, que extinguiu a medida de segurança provisória.

Poderíamos dizer, em face da realidade brasileira, que os recursos apresentam três efeitos: a) devolutivo, quando o reexame se transfere para órgão distinto daquele que proferiu a decisão impugnada; b) regressivo, quando o reexame é devolvido para o próprio órgão que prolatou a decisão recorrida; e c) suspensivo, quando a decisão impugnada fica suspensa, aguardando o resultado do reexame.

Não creio que a regra contida no art. 580 do CPP seja efeito do recurso.

A extensibilidade de que trata aquele dispositivo é conseqüência da decisão, e não efeito do recurso.

330

Daí a classificação dos recursos em iterativos, reiterativos e mistos (cf. Sergio Bermudes, Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 1975, p. 35). Os primeiros são aqueles em que se permite ao próprio órgão prolator da decisão reexaminá-la.

Exemplo: embargos de declaração. Nos segundos, o reexame compete, exclusivamente, ao órgão ad quem. Exemplo: apelação. Os últimos são os que admitem reexame pelo juiz a quo e, eventualmente, pelo juízo ad quem. Exemplos: recurso em sentido estrito, agravo de instrumento.

Unirrecorribilidade

Além dos pressupostos recursais objetivos já enumerados, podemos acrescentar mais um: o da singularidade, isto é, a parte não pode fazer uso de mais de um recurso para combater a mesma decisão. A propósito, o art. 593, § 4.', do CPR Contudo, há exceções: a) se o julgamento pelo Tribunal do júri ensej ar protesto por novo júri e apelação (CPP, art. 608); b) se a decisão do Tribunal comportar recurso extraordinário e recurso especial; c) na hipótese de o acórdão ter parte unânime e parte não-unânime, de molde a ensejar o recurso extraordinário ou especial e os embargos infringentes.

Assim, sendo dois os réus, se o Tribunal condenou um deles por unanimidade e o outro por maioria, cumpre ser interposto o recurso extraordinário ou especial, se for o caso, e os embargos infringentes, ficando aquele suspenso, aguardando a decisão dos embargos. Se estes forem improvidos e da decisão couber recurso para o STF ou STJ, poderá ele ser interposto. Mesmo seja apenas um réu processado por duas infrações em concurso material, se, no apelo, vier a ser condenado, à unanimidade quanto a uma infração e por maioria quanto a outra, se a hipótese ensej ar recurso extraordinario ou especial, poderá ele opor os dois recursos: os embargos referentes àquela parte não unânime, e o especial ou extraordinário quanto à outra infração. Se for o caso, poderá, inclusive, opor

embargos infringentes, recurso extraordinário e recurso especial...

Analisados os princípios gerais sobre os recursos, vejamos agora suas varias modalidades.

331

1

li,

1 ,

i

lui

0

, i (

w,

capítulo 60

Do Recurso em Sentido Estrito

SUMÁRIO: 1. A variedade de recursos em matéria processual penal. 2.

qrecurso em sentido estrito. 3. A enumeração feita pelo art. 581 é taxativa? 4. Forma de interposição. 5. 0 recurso em sentido estrito sobe nos próprios autos ou em separado? 6.

Prazo para as razões e contra-razões. 7. 0 Juiz pode retratar-se?

Retratando-se o Juiz, poderá a parte contrária recorrer? 8. A quem é endereçado o recurso em sentido estrito? 9. Quando o recurso em sentido estrito deve ser endereçado ao Tribunal de

Alçada e ao Tribunal de Justiça? 10. 0 recurso em sentido estrito será sempre

endereçado ao Tribunal de Alçada e ao Tribunal de Justiça? 11. As decisões que comportam recurso em sentido estrito. 12. 0 recurso por termo nos autos. 13. Efeitos.

1. A variedade de recursos em matéria processual penal Em matéria penal, temos variedade imensa de recursos: o recurso em sentido estrito, oponível nas hipóteses previstas nos vários incisos do art. 581 do CPP; a apelação, oponível, de regra, contra as decisões definitivas, de condenação ou de absolvição, proferidas por Juiz singular, contra as decisões do Tribunal do Júri, e, finalmente, das decisões definitivas ou com força de definitivas, proferidas por Juiz singular, dês que não comportem recurso em sentido estrito; o protesto por novo

1

qj

ìl ".,

Júri, que é exclusivo da defesa, quando o réu, por um só crime, for condenado pelo Tribunal do Júri a pena igual ou superior a 20 anos; os embargos declaratórios, opostos aos acórdãos, quando neles houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão; os embargos infringentes, exclusivos da defesa, quando não for unânime a decisão de 2.' instância quanto ao mérito e desde que desfavorável ao réu; os embargos de nulidade, quando, na mesma hipótese anterior, a divergência for sobre matéria estritamente processual (incompetência, p.

ex); a carta testemunhável, recurso oponível quando se denega o recurso em sentido estrito ou mesmo contra decisão que, embora o admitindo, obste a sua expedição e seguimento para o juízo ad quem. A despeito de discutível, cabe também a carta

testemunhável, quando denegado o protesto por novo júri; o agravo de instrumento, contra despacho de Presidente de Tribunal que não admitir recurso da competência do STJ ou do STF, ou quando se retardar, injustificadamente, por

mais de 30 dias, o referido despacho, ou a remessa do processo à Suprema Corte (Reg. Int. do STF, art. 313, 11

e 111); o agravo regimental, previsto rios Regimentos Internos dos Tribunais, contra despachos do Presidente do Tribunal ou do Relator. No STF, esse agravo regimental é muito mais amplo, porquanto oponível contra despacho de Presidente do Tribunal, Presidente de Turma ou do Relator que causar prejuízo à parte (cf. Reg.

Int. do STF, art. 317); o recurso extraordinário, cabível nas hipóteses elerícadas no art. 102, 111, a, b e c, da Magna Carta; o recurso especial tratado no art. 105, 111, a, b e c, da CF.

Temos, ainda, o recurso criminal o rdinário -constitucional e o recurso ordinário-constitucional, previstos no art. 102, 11, a e b, da Magna Carta. 0 primeiro transmudou o STF em autêntica 3.'

instância, cabendo-lhe o exame não só da matéria pertinente ao direito, como também ao fato. E, isto, nos crimes políticos. 0 segundo é cabível quando os Tribunais Superiores denegarem, em única instância, o mandado de segurança, o habeas corpus, o habeas data e o mandado de injunção.

Embora não seja, a rigor, um recurso, temos a correiçao parci . al, remédio com acentuado colorido de recurso e que, no Estado de São Paulo, é oponível contra as decisões ou despachos dos juízes que implicarem erros ou abusos ou inversão tumultuária da ordem legal dos atos processuais. Seu procedimento é idêntico ao do agravo de instru-334

mento, disciplinado no CPC. 0 "habeas corpus" e a revisão criminal, embora considerados pelo legislador como recursos, não passam de verdadeiras ações de impugnação (declaratória ou constitutiva).

Há, ainda, no Regimento Interno do STJ, normas a respeito de recurso de embargos, com visos de revista, sob o nomenjuris de embargos de divergência. Estes são oponíveis das decisões da Turma, em recurso especial, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Neste caso o julgamento fica afeto à Seção competente. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial,

competirá a esta o julgamento dos embargos. Seu prazo de interposição é de 15 dias, nos termos do art. 266 do Regimento Interno do STJ. Embargos de divergência também existem nos Tribunais Regionais Federais, quando, em recurso ordinário, as Turmas divergirem entre si ou contrariarem decisão da Seção. 0 prazo para a interposição e oferta das razões da reforma é de 8 dias no Regimento Interno do TRF da 3.' Região (art. 258 do Reg. Int.).

Existem outros recursos, tais como o ordinário-constitucional, dirigido ao STJ, notadamente aquele referido no art. 105, 11, a, da CF, para combater decisão de Tribunais Estaduais ou Federais, se denegatória de habeas corpus.

2. 0 recurso em sentido estrito

Na vigência do CPC ab-rogado, tínhamos o agravo de petição, que se processava nos próprios autos, e o agravo de instrumento, que subia em separado à instância superior. Pois bem. 0 recurso em sentido estrito corresponde àqueles dois recursos e é oponível nos casos taxativamente preestabelecidos nos vinte e quatro incisos do art. 581 do CPR 0 prazo para a sua interposição é de 5 dias, consoante a regra do art. 586, salvo a hipótese prevista no inc. XIV, quando, então, será de 20 dias, nos termos do parágrafo único do art. 586. Nessa hipótese, o termo a quo do recurso vem fixado no art. 439, parágrafo único, do mesmo estatuto.

Observe-se que tal recurso é inominado. De fato. Se a palavra recurso, em sentido amplo, é qualquer meio de defesa e, em sentido estrito, é remédio jurídico-processual pelo qual se provoca o

reexame de uma decisão, segue-se que todos os recursos do nosso Código são recursos em sentido estrito, com denominações variadas: apelação, pro-335

i

i

I', ,

~~ L,

~11 ~k,

i~

~.o

C'

testo por novo Júri, embargos etc. Este de que cuidamos ficou sem denominação. Aliás, já se disse, a expressão recurso em sentido estrito no Código de Processo Penal é até perifrástica. Por isso mesmo, muitos Códigos de Processo Penal dos Estados (ao tempo da primeira República, quando os Estados legislavam sobre processo) preferiam usar a expressão recurso. E era o bastante. E Florêncio de Abreu justifica: 44o recurso stricto sensu, no crime, corresponde ao agravo no cível: são ambos cabíveis nos casos taxativamente previstos em lei e, em geral, de despachos interlocutórios; por outro lado, têm rito semelhante, podendo ser a decisão de que se recorre ou agrave reformada pelo próprio Juiz que a proferiu. Essa identidade de característicos justificaria o nome. Teve, porém, a Comissão de abandonar a idéia, pois, nos casos de recurso necessário, de ofício, o Juiz se veria na extravagante contingência de desagravar-se do seu próprio ato, o que seria incurial. E o recurso stricto sensu continuou inominado" (cf. Comentários, cit., v. 5, p. 179, nota 233).

3. A enumeração feita pelo art. 581 é taxativa?

Cremos que a matéria é de direito estrito e, assim, não pode comportar aplicação analógica. Ali não há uma enumeração exemplificativa, mas taxativa. Fosse exemplificativa e não haveria necessidade de se

elencarem todas aquelas hipóteses. Tampouco se cuidaria da apelação como recurso residual para os casos de decisões definitivas ou com força de definitivas (CPP, art. 593, 11). No sentido da taxatividade: Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, p. 282, n. 1.

107; Hélio B. Tornaglii, Curso, cit., v. 2, p. 317; Ada Pellegrini Grinover, A nova lei penal; a nova lei processual penal, Revista dos Tribunais, 1977, p. 128; Florêncio de Abreu, Comentários, cit., v. 5, p.

249, n. 119. Na jurisprudência, salvante alguns poucos venerandos acórdãos (RT, 418156, 453/362 e 511/312), vê-se que a enumeração é taxativa: RT,

1471519,401/130,4161111, 420/ 279, 4271448, 429/455, 444/384, 4481430, 454/422, 4591343, 462/461, 466/375, 501/354, 500/355, 502/292, 505/330, 512/418, 513/384, 525/ 344, 527/419 etc.

Espínola Filho é de opinião que se pode invocar a analogia (cf. Código, cit., v. 6, p. 69). No mesmo sentido, Borges da Rosa (Processo penal brasileiro, v. 3, p. 506-7).

Estamos que a enumeração é taxativa, pelas razões já expostas.

336

Sem embargo, em leis extravagantes, encontramos o recurso em sentido estrito: a) art. 6.', parágrafo único, da Lei n. 1.508, de 19-12195 1; b) a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9-2-1967, art. 44, §

2.') o preve para as hipóteses de recebimento de denuncia ou queixa; c) no caso de determinar o Juiz o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação pertinentes a crimes contra a economia popular ou contra a saúde pública, salvo a hipótese de entorpecente, porque regulado em lei especial (cf. Lei n. 1.52 1, de 26-12-195 1, art.

7.0, última parte). No Código de Processo Penal, havia, também, o recurso em sentido estrito para a hipótese prevista no art. 13, parágrafo único, da Lei de Introdução ao CPP. Hoje, contudo, o recurso oponível é o agravo em execução, segundo o art. 197 da LEP.

4. Forma de interposição

Como pode ser feita a interposição do recurso em sentido estrito? Nos termos dos arts. 578 e N7 do CPP, tal recurso poderá ser interposto quer por petição, quer por termo nos autos.

Embora o prazo normal para a sua interposição seja aquele de 5 dias, convém ponderar que, se o recorrente, no crime de ação pública, for a vítima ou qualquer daquelas pessoas enumeradas no art.

268 do CPP, tenha ou não se habilitado como assistente, seu prazo será de 15 dias, uma vez que o § 1.' do art. 584 determina que se observe o disposto no art.

598, e, como este estabelece o prazo de 15

dias, conclui-se, também, seja este o prazo para a vítima interpor, quando permitido, o recurso em sentido estrito.

Poder-se-á dizer, tal como fez Tornaglii, que o § 1.' do art. 584 do CPP

manda que se aplique o disposto no art. 598, não fazendo nenhuma alusão ao seu paragrafo... Assim, na hipótese de o recurso ser interposto pelo assistente, o prazo continua sendo de 5 dias (cf.

Curso, cit., v. 2, p. 328). Cremos, entretanto, não haver razão para não se observar o parágrafo do art. 598, mesmo porque o motivo que levou o legislador a ampliar o prazo, na hipótese do art. 598, não desaparece no caso do recurso em sentido estrito...

5. 0 recurso em sentido estrito sobe nos proprios autos ou em separado?

1 .

Interposto o recurso em sentido estrito, subirá ele nos proprios autos?

Nos termos do art 583, subirá nos próprios autos: a) quando 337

1!~

1

1

1 : 11

interposto de ofício; b) quando o recurso não prejudicar o andamento

1

1

do processo, como na hipótese do art. 5 8 1, XVI; c) nos casos previstos 1

1

no art. 581, 1, 111, IV, VI, VIII e X. Tratando-se de recurso contra sentença de pronúncia, que deve subir nos proprios autos, há aquela exce-

ção apontada no parágrafo único do art. 583 do mesmo diploma. Esta disposição poderá ser invocada, analogicamente, aos demais casos tra tados no art. 583, se houver co-réu. Assim, por exemplo, se, rejeitada a denúncia em relação a Caio, for ela recebida quanto a Mévio, eventual recurso do Ministério Público (art. 581, 1, do CPP) deverá subir em traslado, à semelhança do que ocorre com a pronúncia quando há co réu que não queira recorrer.

Quando o recurso em sentido estrito não puder subir nos proprios autos, como proceder? Subirá para a instância superior instrumentalmente, isto é, a parte sucumbente, no próprio

termo, ou na petição,

1 'q1 ~

1

requerera o traslado das peças do processo que o devem instruir. 0 Juiz, então, recebendo-o, determinará ao escrivão que forme o instru-1~ L: mento, isto é, que proceda ao traslado das peças requeridas (art.

587).

É 1.1'

Cumprirá, então, a este, nos termos do parágrafo único do art. 587,

extrair o traslado, conferi-lo e concertá-lo, tudo no prazo de 5 dias (conferir

significa que o escrivão deverá chamar um seu subordinado para ver se está certo o traslado. Então um o lê, enquanto o outro vai acompanhan do a leitura pelo original). Finalmente, o concerto. As peças são postas em ordem e capeadas. No instrumento deverão constar a certidão da decisão impugnada, a certidão de que as partes foram intimadas e do termo de interposição de recurso.

Se este foi interposto por petição, esta será a primeira peça do instrumento.

1

1~

6. Prazo para as razões e contra-razões

C

Formado o instrumento, nele prosseguirá o processo próprio do recurso, cabendo ao escrivão uma das duas atitudes: a) entrega dos autos (o instrumento) ao recorrente para, no prazo de 48 horas, oferecer as suas razões; b) se o Juiz, ao receber o recurso, limitou-se a determinar que se formasse o instrumento, neste caso deverá o escrivão fazer-lhe concluso, cabendo a este, então, determinar a abertura de vista ao recorrente e recorrido, para apresentação das razões e contra-razões.

De uma forma ou de outra, entregue o instrumento ao recorrente, este disporá de 48 horas para oferecer suas razões. Apresentadas estas, 338

deverá o escrivão abrir vista dos autos do recurso ao recorrido para, em igual prazo, oferecer suas contra-razões. Com estas ou sem estas, o escrivão fará conclusão dos autos do recurso ao Juiz, isto é, encaminha-lhos-á para as providências indicadas no art. 589. Não obstante a lei permita a subida do recurso sem as contra-razões (ou contraminuta), e conveniente, em face da ampla defesa, deva o Juiz ou o Tribunal determinar ao Defensor sua apresentação. Se o recorrido for o Ministério Público, com muito mais razão, posto tratar-se de dever funcional.

Se o recurso for interposto por petição e deve subir nos proprios autos do processo (art. 583), uma vez apresentada ao Juiz, proferirá este o seguinte despacho: "J. Cls." (Junte-se ao processo e, após, venham-me os autos). Se não for caso de o recurso processar-se nos autos do processo, cumprirá ao Juiz determinar: "A. Cls." (Autuada, venhamme os autos). De uma forma ou de outra, recebendo o recurso, determinará o Magistrado seja ele processado. Então o escrivão abrirá vista ao recorrente, por 48 horas, e~igual prazo concederá ao recorrido, para, respectivamente, oferecerem as razões e contra-razoes,

prosseguindose nos termos do art. 589.

Contudo, analisando-se o art. 588 do CPP, parece ter sido intençao do legislador fixar o prazo para as razões em 2 dias, contados da interposição do recurso, na hipótese de dever este processar-se nos proprios autos. Por outro lado, é de se ponderar que, interposto o recurso, bem poderá o Juiz, 48 horas após, denegá-lo... Assim, não há inconveniente em afirmar que o prazo será iniciado a partir da intimação, consoante a regra geral da letra a do art. 798, § 5.', do CPP.

Ademais, o art. 600 do mesmo estatuto, cuidando da apelação, tem redação quase semelhante àquela do art. 588, e, entretanto, nunca se sustentou que as razões da apelação devessem ser apresentadas 8

dias apos a assinatura do termo... Pelo contrário. 0 Excelso Pretório, chamado a pronunciarse sobre a matéria, decidiu ser imprescindível a intimação ao apelante da abertura de vista para a oferta das razões, nos termos do art. 798, § 5.', a, do CPP (cf. RTJ, 53/150, 66/690 e 67/800. No mesmo sentido, Recurso Criminal ri.

84.484, DJU, 11-3-1977, p. 1325). Nem poderia ser de outra forma, mesmo porque o § 4.' do art. 600, tratando da oferta das razões na superior instância, estabelece que o prazo se conta a partir da vista...

Por todas essas razões, entendemos que na hipótese do art. 588 do CPP, quando o recurso deve-se processar nos próprios autos, o prazo para as razões começa a fluir da intimação.

339

1

1

1

11

Entretanto nada impede possa o recorrente, quando da interposi-

ção do recurso em sentido estrito, oferecer de logo suas razões.

Indo os autos em que se processa o recurso ao Juiz, poderá este, no prazo de 2 dias, sustentar a decisão da qual se recorre, mandando-o instruir com os traslados de peças que lhe parecerem

necessárias, ou, então, reformar a decisão combatida. Na primeira hipótese, limitar-se-á a dizer "mantenho a decisão pelos seus próprios fundamentos. Subam

os autos ao Eg. Tribunal

Poderá, contudo, ao mantê-la, alinhar

ou-

tros argumentos que possam fortalecê-la.

7. 0 Juiz pode retratar-se? Retratando-se o Juiz, poderá a parte contrária recorrer?

Subindo os autos do recurso ao Juiz, deverá este, dentro no prazo

~ L' de 2 dias, reformar ou sustentar a decisão impugnada. Trata-se do juizo

da retratação. Cabe, agora, ao Magistrado, em decisão fundamentada, manter ou alterar a decisão combatida. Balda a lei o Juiz que se limita a dizer: "Mantenho a decisão pelos seus próprios fundamentos". Tão 1

importante é este "juízo da retratação" que, se por acaso os autos do recurso subirem à superior instância sem a manifestação do Juiz, retomarão eles ao juízo a quo para colher-lhe a manifestação.

~1111

(1~

Por que este juízo de retratação? Normalmente as decisões que comportam o recurso stricto sensu são as interlocutórias, e, como o Magistrado, em princípio, não está impossibilitado de rever a sua pro pria decisão, posto não ser ela definitiva, não haveria, como não há, c.,

inconveniente em que ele a reaprecie, em face de um recurso. Esse mesmo espírito norteou o juízo da retratação quando do surgimento do agravo no velho Portugal. Ademais, o

próprio princípio da economia processual e até mesmo o da celeridade aconselham tal providência. Por outro lado, como lembra Sergio Bermudes, em tema de agravo de instrumento,

irmão gêmeo do recurso em sentido estrito, "muitas vezes, vergados ao peso de uma avassaladora quantidade de processos, os Juízes não dedicam à solução das questões processuais

o tempo que, habitualmente, reservam ao estudo das questões a serem resolvidas na sentença final" (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1975, v. 7, p. 17 1).

340

E se o Juiz acolher as razões do recorrente? Neste caso, reformará a decisão recorrida. Mas, havendo essa retratação do Juiz, a parte contrária, que estava sendo beneficiada com a decisão anterior, não sofre prejuízo? E, sofrendo o prejuízo, que recurso teria para combater essa nova decisão? Se da nova decisão - que importou em reforma da anterior - couber recurso, poderá a parte recorrida, mediante simples petição, recorrer, nos termos do parágrafo único do art.

589, sem necessidade de novas razões e contra-razões. Neste caso, j a não será lícito ao Juiz retratar-se, isto é, não mais se permite possa ele modificar essa nova decisão. Interposto o recurso, deverá determinar a subida dos autos à instância superior.

Que prazo teria o recorrido que não se conformasse com a nova decisão para interpor o recurso? Por analogia, pode-se afirmar que o prazo é o mesmo do art. 586, isto é, de 5 dias. E se da nova decisão não couber recurso? Neste caso, o processo prosseguirá como se nada houvesse acontecido. Assim, suponha-se que o Juiz anule parte da instrução criminal. Interposto o recurso com fundamento no inc. XIII do art. 58 1, e recebendo os autos já com as razões e contra-razões para os fins do art. 589, entenda ele que laborou em equívoco e reforme a decisão anterior. Aí o Juiz reconheceu que a parte da instrução que foi anulada não devia

sê-lo. Ora, não há recurso para combater-lhe decisão que reconheça válida a instrução criminal. Que anule, sim; que reconheça válida, não. Assim, não poderá o recurso subir. Contudo, em eventual apelação, poderá, como preliminar, insistir no reconhecimento da nulidade. Dependendo do caso concreto, poderá, nesse exemplo, ser interposta correição parcial.

Quando o Juiz recebe o recurso, ja vimos como ele é processado. E se o Juiz não o recebe ou, mesmo recebendo-o, obstar-lhe o seguimento, que providência poderia a parte tomar? Simplesmente requerer ao escrivão do feito carta testemunhável, nos termos dos arts.

639 e s. do CPR

Qual o prazo para a remessa dos autos do recurso ao juizo ad quem? Na Comarca da Capital, onde se encontram também as Instâncias Superiores da Justiça Comum, os autos devem dar entrada na Secretaria do Tribunal dentro de 5 dias, a partir da publicação do despacho do Juiz, mantendo a decisão recorrida. No interior, o prazo será o mesmo, não, contudo, para que os autos dêem entrada na Secretaria, e sim para serem postos no correio.

341

1

-q~ ~

~1 l',

11

8. A quem é endereçado o recurso em sentido estrito?

0 recurso em sentido estrito é interposto perante o Juiz, mas endereçado ao Tribunal. Que Tribunal? A despeito da regra que se contém no art. 582, que fala apenas em Tribunal de Apelação

(denominação antiga dos nossos Tribunais de Justiça), podemos dizer que o recurso é endereçado ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Alçada ou ao TRE Se o art. 582 fala apenas em Tribunal de Apelação, é porque, à época da

elaboração do Código, não havia Tribunais Regionais Federais nem Tribunal de Alçada. Assim, se a decisão impugnada se relacionar com causa afeta ao Tribunal de Alçada, este será o competente. Se disser respeito a causas cujo julgamento fique afeto ao Tribunal de Justiça, a este deverá ser endereçado. Se, finalmente, relacionar-se com processos da competência da Justiça Comum Federal, competente será o TRF que exercer jurisdição na Comarca onde a causa foi julgada.

9. Quando o recurso em sentido estrito deve ser endereçado ao Tribunal de Alçada e ao Tribunal de Justiça?

Nos Estados que possuem Tribunal de Alçada (Minas Gerais, São Paulo e Paraná), sua competência recursal muito dependia do que dispusessem as Leis de Organização Judiciária dos respectivos Estados. Hoje, entretanto, em face da Lei Orgânica da Magistratura Nacional -Lei Complementar ri. 35, de 14-3-1979 -, com a alteração introduzida pela Lei Complementar ri. 37, de 13-11-1979, ficou bem delineada a competência do Tribunal de Alçada em matéria penal. A propósito, o art. 108, IV, a e b, do citado diploma:

"Art. 108. Poderão ser criados nos Estados, mediante proposta dos respectivos Tribunais de Justiça, Tribunais inferiores de segunda instância, denominados Tribunais de Alçada, observados os seguintes requisitos:

IV - limitar-se a competência do Tribunal de Alçada, em matéria penal, a habeas corpus e recursos:

a) nos crimes contra o património, seja qual for a natureza da pena cominada;

b) nas demais infrações a que não seja cominada pena de reclusão, isolada, cumulativa ou alternativamente, excetuados os crimes ou contravenções relativas a tóxicos ou entorpecentes, e a falência".

Desse modo, como a Lei Complementar não fixou, taxativamente, a competência dos Tribunais de Alçada, em matéria criminal, dizendo, tãosomente, que na criação de Tribunal de Alçada deve-se limitar a sua competência, em matéria penal, àquelas hipóteses, nada impede que os Estados

que possuem Tribunais de Alçada, ou venham a criá-

los, lhes restrinjam, mais ainda, a competência. Por isso mesmo, o legislador paulista, na Lei Complementar ri. 225, de 13-11-1979, estabeleceu no inc. III do art. 16:

"Competir ao Tribunal de Alçada Criminal julgar as causas autorizadas pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, excetuadas as relattvas a crimes contra o património, quando 59

ocorra o evento morte .

Teria havido ofensa à lei federal? Obviamente não. A lei estadual violentaria a lei federal se, porventura, ampliasse a competência do Tribunal de Alçada. Diminuindo-a, não, uma vez que o Tribunal de Justiça é o órgão de cúpula da Justiça Estadual e, até mesmo para a Constituição, os Tribunais de Alçada são órgãos inferiores da 2.'

instância. Também para a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 108). Nada obsta, pois, possa a lei local esvaziar-lhe a competência. AmpliáIa não.

Assim, no Estado de São Paulo, o recurso em sentido estrito - e outros recursos também - são endereçados ao Tribunal de Alçada Criminal, nas seguintes hipóteses:

a) nos crimes contra o património, salvo quando ocorra o evento morte, b) nos crimes apenados com detenção, ressalvados os falimentares, os atinentes a tóxicos ou entorpecentes, os crimes de responsabilidade de Vereadores, da competência do Júri, e, finalmente, c) nas contravenções.

Essa a competência recursal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

343

A competência do Tribunal de Justiça é fixada por exclusão: o que não couber no círculo da competência do Tribunal de Alçada competirá àquele.

E quando é que a competência recursal será do TRF? Quando o processo se

relacionar com qualquer uma das infrações a que se refere o art. 109 da Magna Carta.

10. 0 recurso em sentido estrito será sempre endereçado ao Tribunal de Alçada e ao Tribunal de Justiça?

~t11

VI

14

1%q

0 recurso em sentido estrito será sempre endereçado ao Tribunal? Não. 0

próprio art. 582 estabelece as exceçoes. Assim, nos casos previstos nos incs. V e X do art. 5 8 1, os recursos poderão ser endereçados ao Tribunal, como poderão deixar de sê-lo.

Observe-se que o CPP é de janeiro de 1942. Aquela época, édurante muitos anos depois, nos Estados cuja organização judiciária admitia a figura de Pretores, Juízes Municipais ou Juízes

Preparadores, como orgãos hierarquicamente inferiores aos Juízes de Direito, quando um desses órgãos jurisdicionais inferiores "concedia, negava, arbitrava, cassava ou julgava inidônea a fiança ou indeferia o requerimento de prisão preventiva obrigatória", o recurso era dirigido ao Juiz de Direito da respectiva Comarca. Assim, também, quando eles concediam ou denegavain ordem de habeas corpus. Daí a ressalva feita pelo art. 582. Tanto é verdade que os arts.

591 e 592 do CPP falam de "Juiz ou Tribunal ad quem"... Logo, havia Juiz como órgão de 2.' grau. Note-se que se fosse argüida a suspeição de um daqueles órgãos jurisdicionais, a exceção era julgada pelo Juiz de Direito da Comarca. A propósito, o art. 100, e seus parágrafos, do CPP. No Estado da Bahia, até a década de 60, havia os Pretores que exerciam suas funções, de regra, num municipio que integrasse o território de uma comarca, e a área territorial sobre a qual o Pretor exercia suas funções era denominada "Termo", daí a expressão termo empregada em alguns dispositivos do CPP, como, por exemplo, no art.

441. Às vezes, na sede da comarca, havia Pretores, como na Capital, mas, enquanto se falava em comarca, em se tratando de Juiz de Direito, dizia-se termo, em se tratando de Pretor. A propósito o parágrafo único do art. 427 do CPP.

Também, quando o Tribunal denegava ordem de habeas corpus, o recurso em sentido estrito previsto no art. 5 8 1, X, do CPP era dirigido ao STF.

344

I-

Mesmo àquela época, o art. 582 do CPP não impedia que nas h'

póteses previstas no art. 5 8 1, V e X, o recurso não pudesse ser dirigido ao Tribunal de Apelação, hoje com a denominação de Tribunal de Justiça. Claro que podia. Se o ato partisse de um Juiz de Direito o recurso era para o Tribunal.

Hoje, contudo, os recursos previstos no art. 581, V e X, serão sempre dirigidos ao Tribunal (Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada, TRF ou TRE).

Outra exceção apontada pelo art. 582 é aquela pertinente ao recurso interposto com fundamento no art. 581, XIV. Nesse caso, nos termos do parágrafo único do art. 582, o recurso será endereçado ao Presidente do Tribunal de Justiça. Se a causa for da alçada da Justiça Comum Federal, o Júri será o Federal, e o recurso de que trata o art.

581, XIV, encaminhado ao Presidente do Tribunal Regional Federal competente.

0 recurso em sentido estrito, assim como os demais, não está sujeito àqueles pressupostos objetivos e subjetivos? Sim. Quem os analisa? 0

juízo a quo, podendo este, ante a ausência de um dos pressupostos, não o receber, ou, se o recebeu desavisadamente, poderá obstar-lhe o seguimento. E se o Juiz não atentou para tais pressupostos?

Poderão ser apreciados pelo juízo ad quem.

11. As decisões que comportam recurso em sentido estrito Quais as decisões que

comportam recurso em sentido estrito? Aquelas referidas nos incs. 1 a XXIV do art. 581. Vejamo-las: 1 - Se rejeita a denúncia ou queixa, cabe recurso em sentido estrito. E

se recebe? Dependendo do caso, caberá habeas corpus. Na Lei de Imprensa, se recebe, cabe recurso em sentido estrito. Se rejeita, cabe apelação.

Até há pouco tempo, nos processos da competência originária dos Tribunais, quando o Relator recebia ou rejeitava a denúncia ou queixa, oponível era o agravo inominado previsto na letra a do parágrafo único do art. 557 do CPP. Hoje, entretanto, em face das Leis n.

8.038/90 e 8.658/93, que passaram a disciplinar, diferentemente, o rito das ações penais da competência originária dos órgãos Superiores da Justiça, a denuncia ou queixa, nesses casos, é recebida ou rejeitada pelo próprio Tribunal. Revogados ficaram os arts. 556 a 562 do CPP.

345

1

1

Interposto recurso em sentido estrito com fundamento no art. 5 8 1, 1, do CPP, o réu ou querelado deverá ser intimado a ofertar as contrarazões?

N,q

T:~

i ~ , ,

g2

1 1 %.o ,

1

0 1L~ 1

1 1,1

A propósito, dispõe o art. 588 do CPP:

"Art. 588. Dentro de dois dias, contados da interposição do recurso, ou do dia em que o escrivão, extraído o traslado, o fizer com vista ao recorrente, este oferecerá as razões e, em seguida, será aberta vista ao recorrido por igual prazo.

Parágrafo único. Se o recorrido for o réu, será intimado do prazo na pessoa do defensor".

Sem embargo da clareza do dispositivo legal, o assunto é polêmico.

Os que sustentam a tese da não-obrigatoriedade da intimação do "réu"

partem do princípio de que, nesse caso, não há propriamente réu, e sim indiciado, posto inexistir, ainda, a relação processual.

Nesse sentido (TFR, Rec. 1. 154-SC, DJU, 24-10-1985, p. 19032; TFR, Rec.

1. 177-SC, DJU, 21-11-1985, p. 21196; TFR, Rec. 1.130-SC, DJU, 5-12-1985, p. 23462; RT, 324/347, 302/457, 636/370).

Cremos, data venia, que, a vingar esse entendimento, se na fase do procedimento informativo o Juiz concedesse fiança, ante eventual recurso do Ministério Público (art. 581, V), o indiciado não seria intimado a contraminutá-lo. Não o poderia, também, e pelo mesmo princípio, se indeferido requerimento do Ministério Público, na fase do inquérito, visando à decretação de prisão preventiva, houvesse recurso ministerial.

Oferecida denúncia ou queixa, já não se pode falar em "indiciado", mas em

"acusado". Com a denúncia ou queixa se inicia a ação penal, passando a existir uma relação processual entre Autor e Juiz.

Relação linear, é verdade, e não triangularizada, mas relação processual.

Não se nega ser o inquérito policial incontraditável pela sua própria natureza. Mas, ofertada a denúncia ou queixa, a figura do indiciado se convola e este se

converte em "acusado", "imputado" ou

"réu", fazendo jus, agora, àquela ampla defesa com os recursos a ela necessários de que trata a Lei Maior.

Proclama a Lei Maior, no art. 5.', LV, que "aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recur-346

sos a ela inerentes". E a defesa, na hipótese, não seria ampla se o acusado ficasse coarctado no direito de contra-arrazoar o recurso interposto.

0 fato de o parágrafo único do art. 588 do CPP dizer que, quando recorrido for o réu, a intimação será feita na pessoa do seu defensor, e como antes do recebimento da denúncia ainda não há a figura do defensor, tal circunstância, se devesse ser analisada ao pé da letra, impediria a contraminuta naquelas hipóteses a que nos referimos. E se, recebida a denúncia, no mesmo despacho o Juiz conceder fiança e o Promotor recorrer dessa decisão? Também aí ainda não existe a figura do defensor... Ficaria o réu impossibilitado de contrarninutar o recurso? 0 réu não seria intimado?

Se o vencido ainda não tem defensor, a intimação será feita na sua pessoa. Ele, então, que contrate um Advogado ou se valha da assistência judiciária. 0 que não se concebe é ficar sem defesa.

4

Alega-se, ainda, em defesa da tese contrária, que, rejeitada a denúncia, é desnecessária a notificação do "indiciado" para a contraminuta, uma vez que o exame a ser feito pelo Tribunal é da mesma natureza, apenas substituindo a decisão de 1.' grau. Nessa esteira, e com todo o respeito, é de observar serem desnecessárias as contra-razoes em quaisquer recursos, posto que o exame a ser feito pelo Tribunal é da mesma natureza, apenas se substituindo o juízo a quo pelo ad quem.

In casu, já não existe um indiciado; existe, sim, um verdadeiro imputado, acusado ou réu. Imputado, diz Camelutti, "es la persona contra la cual se dirige la imputación o, en otros términos, el sujeto pasivo de la pretensión penal. Mientras la pretensión penal no se propone, no puede darse un imputado" (cf.

Lecciones, Buenos Aires, EJEA, 1950, v. 1, p. 195).

Outro não é o ensinamento de Frederico Marques: "A pessoa suspeita da prática de crime passa a figurar como indiciado a partir do momento em que se instaura o inquérito policial. Com a

propositura da ação, sua posição jurídica é a de acusado e réu" (cf.

Elementos, Forense, v. 2, p. 61, ri. 259).

E prossegue o Mestre: acusado ou réu é o nome que toma a pessoa a quem se atribui a prática de crime ou contravenção, em denúncia, queixa ou portaria... Proposta a ação penal, surge a figura do acusado. Ele é sujeito de direitos processuais, que exerce para tornar efetivo o

347

1

1

seu direito de defesa (que é o seu direito processual subjetivo de caráter básico e fundamental) e resguardar o seu jus libertatis (cf.

Frederico Marques, Elementos, cit., n. 260).

Se acusado ou réu é o sujeito passivo da pretensão deduzida pelo sujeito ativo da relação processual, ou na denúncia, ou na queixa, e se a Constituição assegura aos acusados ampla defesa, inarredável o direito de o denunciado, na preservação do seu jus libertatis, contraarrazoar o recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão que rejeita denúncia ou queixa.

A não-permissão de contra-arrazoar o recurso implicaria violação do princípio do due process of law. E, para que haja o devido processo legal, é necessária a efetiva possibilidade de a parte defender-se, sustentar suas próprias razões, e ela não poderá defender-se se não puder

',, 1 ofertar as contra-razões.

qv~

De nada valeria proclamar-se a ampla defesa aos acusados e não lhes permitir o direito de serem ouvidos, quando o Ministério Público se insurge contra uma decisão que rejeita a

denúncia. A que título apenas o Ministério Público pode manifestar-se?

Por que somente ele?

Uma vez que a Constituição proclama a "ampla defesa", seria ela baldada se não se permitisse ao acusado o direito às contra-razõe.s.

Vw ~

q

Mesmo se considere o acusado, nesta hipótese, ainda como indiciado,

.11~ inafastável o seu direito à ampla defesa.

Muito a propósito este venerando aresto do Excelso Pretório, bem (1, 1

posterior àquele v. acórdão publicado na RT, 522/355:

,4~ h "Indiciado - Direito de contra-arrazoar recurso ofereci-i""

do antes de recebida a queixa ou denúncia - Inobservância Constrangimento ilegal e cerceamento de defesa - Habeas corpus concedido para revogar acórdão proferido em

recurso em que se impedia ao indiciado contra-arrazoar o recurso em sentido estrito.

Ementa Oficial: Indiciado. Direito desse de contra-arrazoar recurso oferecido antes de recebida a queixa ou denúncia. Sua negação constitui constrangimento ilegal e cerceamento de defesa.

Habeas corpus concedido para revogar acórdão proferido em recurso em que se impedia ao indiciado contraarrazoar o recurso em sentido estrito.

348

i

à

A situação de ser indiciado gera interesse de agir que autoriza se constitua, entre ele e o juízo, a relação processual, desde que espontaneamente intente no processo, ainda que em fase de inquérito policial. Habeas corpus concedido unanimemente.

A instauração de inquérito policial, com indiciados nele configurados, faz incidir nestes a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Pedido de habeas corpus provido.

Habeas corpus 58.579-5-RJ, 1.a Turma, STF'(RT, 552/403).

No mesmo sentido, veja-se, ainda, o venerando aresto publicado na RTJ, 98/672.

Paulo:

Assim também o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São

,a

"RECURSO CRIME - Sentido estrito - Interposição do despacho que rejeita a denúncia - Magistrado que faculta resposta dos recorridos - Pretendida subversão processual e error in procedendo

- Inexistência - Correição parcial indeferida - Inteligência dos arts.

581, 1, e 588 do CPP.

E indubitável que o recurso interposto da decisão que rejeita a denuncia cria para o indiciado interesse de agir, colocando em movimento seu direito de defesa e direito ao duplo grau de jurisdição, ambos de natureza constitucional. Tem ele, pois, o direito de, por via de apresentação das contra-razões, opor-se à interposição do recurso, não havendo error in procedendo na decisão que o

reconhece.

C. Parcial 386.663-4, 2.' C., j. 21.3.85" (cf. RT, 597/325).

Mais ainda: RTJ, 107/98 e 694; RT, 607/358, 639/311 e 688/296.

Se tais argumentos não bastarem, pode-se invocar, também, o disposto no art. 82, §§ 1.' e 2.', da Lei dos Juizados Especiais. Verbis:

"Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação...

§ 1.'A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu 349

1

e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 2.' 0 recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias" (grifo nosso).

Por todas estas razões, interposto recurso com fulcro no art. 581, 1, do CPP, deve o Juiz determinar a notificação do réu ou querelado para, querendo, ofertar suas contra-razões.

11 - Se conclui pela incompetência, cabe recurso em sentido estrito. E se conclui pela competência? Normalmente não se admite recurso, pois o Juiz tem a Kômpetenz kompetenz. Mas, dependendo

do caso concreto, a decisão ensejará o habeas corpus.

111 - Se julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição, caberá recurso em sentido estrito. Por que a ressalva quanto à exceção de suspeição? Por razão óbvia: se a parte argúi a exceção de suspeição do Juiz, e este entende ser ela procedente, seria um não-senso pudesse a parte ex adversa insurgir-se contra o entendimento do Magistrado... E

se o Juiz considerar não haver motivo legal de suspeição? Nesse caso,

dará a sua resposta em 3 dias e, de conformidade com o art. 100 do CPP, remeterá os autos da exceptio ao órgão competente para julgá-

la.

No Estado de São Paulo, esse órgão é a Câmara Especial, constituída dos Vice-Presidentes do Tribunal de Justiça. E se esse órgão julgador

concluir ser procedente a exceção? Nesse caso, uma vez que a instância

superior reconheceu a suspeição do Juiz, não teria sentido recorrer-se

dessa decisão e, além do mais, nem haveria recurso E se o Juiz julgar as demais exceções improcedentes? Dependen

%,, 1

do do caso concreto, poderá a Defesa impetrar ordem de habeas corpus,

t

com fundamento no art. 648, VI, do CPP. E se a exceção for a de in z~ ~

competência? Analisamos, no inc. 11 do art. 581 do CPP, o problema de

o Juiz concluirpela sua incompetência. Agora se cuida de a parte, mercê

de uma exceção, arguir a incompetência do Juízo. Se procedente, cabe

rá recurso (art. 5 8 1, 111). E se julgar improcedente? Já vimos que o Juiz

é Juiz da sua competência - Kompetenz kompetenz. Assim, se ele jul ga improcedente a alegação da sua incompetência, é porque entendeu ser competente e, desse modo, parece ser a decisão irrecorrível.

Sem

embargo, o CPPM, no art. 146, dispõe:

"Art. 146. 0 órgão do Ministério Público poderá alegar a incompetência do juízo, antes de oferecer a denúncia. A ar-350

guiçao sera apreciada pelo auditor, em primeira instância; e, no Superior Tribunal Militar, pelo relator, em se tratando de processo originário. Em ambos os casos, se rejeitada a argüição, poderá, pelo órgão do Ministério Público, ser interposto recurso, nos proprios autos, para aquele Tribunal".

Assim também o art. 398 do mesmo diploma:

"Art. 398. 0 Procurador, antes de oferecer a denúncia, poderá alegar a incompetência do juízo, que será processada de acordo com o art. 146".

E se o Juiz julgar procedente a exceção e o motivo alegado não for legal?

Nesse caso, poderá o substituto legal do Juiz, que lhe reconheceu a suspeição , suscitar conflito negativo de competência, pois sua com petência, in casu, é firmada em decorrência da incompetência do outro. Se não há motivo que torne.,este suspeito, competente será, e, portanto, o substituto legal seria incompetente... Há entendimento no sentido de que o substituto legal não pode suscitar o conflito, porquanto o Tribunal não poderia obrigar o Juiz que se deu por suspeito a funcionar no feito... Restaria, assim, ao substituto legal comunicar o fato ao Tribunal, para as medidas disciplinares...

IV - Se pronunciar, cabe o recurso. E se impronunciar? 0 mesmo recurso é oponível.

V - Se concede ou nega a fiança, cabe recurso. Se arbitra, cabe também. E

se não arbitra? Cabe habeas corpus. Poder-se-á, também, dizer que, não arbitrando a fiança, em última análise o Juiz estará, tacitamente, negando-a, e, assim, cabível o recurso em sentido estrito, com fulcro nesse mesmo inc. V. Se cassá-la ou considerá-la inidônea, cabe recurso. E se não cassar nem julgá-la inidônea?

Não cabe recurso. Se for indeferido requerimento de prisão preventiva, cabe recurso. E se deferir? Habeas corpus. Se relaxar a prisão em flagrante, cabe recurso (outra hipótese acrescentada pela mesma lei). E se não relaxar? Habeas corpus. Se revogar a prisão preventiva, cabe recurso. E se não revogar? Habeas

corpus. Se concede a liberdade provisória, cabe recurso. E se não conceder?

Habeas corpus.

Observe-se que o estatuto processual penal, no capítulo destinado à fiança - arts. 321 a 350 -, não fala em "fiança inidônea", e sim em fiança sem efeito (CPP, arts. 337 e 340, parágrafo único).

Note-se, po-

351

1

1

~11

, 1~

- W., ,

iL.",

i Mmi m

%n ,

m w! ,~

-M 1

il

C.,

rém, que naquelas hipóteses tratadas nos incs. 1, 11 e III do art. 340, se a fiança não for reforçada, tornar-se-á inidônea e, de conseguinte, ficará sem efeito.

Assim, se o legislador admitiu o recurso em sentido estrito contra a decisão que

julga inidônea a fiança (art. 340 do CPP), e ainda que se diga que fiança inidônea e fiança sem efeito se equivalem, posto que a fiança fica sem efeito quando se torna inidônea, o certo é que as demais hipóteses previstas no art. 337 do CPP não comportam o recurso em sentido estrito, mesmo porque ali não há, propriamente, uma fiança inidônea, mas uma fiança que perdeu sua finalidade. A decisão, cremos, é apelável, nos termos do art. 593, 11, do CPR mesmo porque o recurso stricto sensu não admite aplicação analógica. Note-se, ademais, que o art. 337 do CPP prevê a restituição do valor da fiança, "quando esta for declarada sem efeito"

(certamente em face da sua inidoneidade), bem como nos casos de extinção de punibilidade ou de sentença absolutória. 0 recurso em sentido estrito é oponível apenas na primeira hipótese.

Antes da Lei n. 7.780189 já citada, permitia-se o recurso em sentido estrito da decisão que "relaxasse a prisão em flagrante". Mas qual o sentido da expressão relaxar? Restringia-se aos casos de inobservância de aspectos substanciais e formais, ou se estendia, também, àquelas hipóteses do art. 310 e parágrafo único do CPP? Para sanar qualquer dúvida, a Lei n. 7.780/89 acrescentou mais um caso de recurso em sentido estrito: "se concede a liberdade provisória .....

Há quem entenda que se a Autoridade Policial conceder fiança, o recurso será dirigido ao Juiz. Não nos parece. Em primeiro lugar não faz sentido o Promotor ir à Delegacia para interpor recurso da

"decisão" do Dr. Delegado. Em segundo lugar, o juízo da retratação a que se refere o art. 589 do CPP cabe, exclusivamente, ao Juiz. E, finalmente: se a Autoridade Policial arbitrar fiança indevidamente, a solução não será o recurso, e sim o pedido do MP visando a sua cassação, nos precisos termos dos arts. 338 e 339 do CPP. Ademais, os recursos são remédios que pressupõem o duplo grau de jurisdição.

E verdade que, às vezes, o Código emprega a palavra recurso no sentido de reclamação, tal como sucede com o § 2.' do art. 5.' do CPP, que fala em

"recurso para o Chefe de Polícia" do ato da Autoridade Policial que indefere requerimento visando à instauração de inquérito policial. Mas, no capítulo destinado aos recursos, estes pressupõem um ato jurisdicional.

li

VI - Se o Juiz absolve o réu com fundamento no art. 411, cabe recurso em sentido estrito. E se não absolve? Nesse caso, ou o Juiz pronunciou ou impronunciou, e o recurso oponível será o previsto no inc. IV do art. 5 8 1, ou, então, desclassificou a infração da competência do Júri para a do Juiz singular, e, nesse caso, o recurso será o previsto no inc. Il do art. 5 8 1.

VII - Se o Juiz julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor, cabe o recurso em sentido estrito. E se não a julgar quebrada ou perdido o seu valor? Não cabe nenhum recurso. Todavia, como a hipótese de perda de fiança é aquela a que se refere o art. 344, caso o Juiz não considere perdido seu valor, o Promotor, em eventual recurso de apelação, poderá suscitar o problema (art. 593, § 4.').

VIII - Se decreta a extinção da punibilidade, cabe recurso. E, se não decreta, também cabe, com fundamento no inc. IX do art. 581.

IX - Já o analisamos no item anterior.

X - Se concede ou nega habeas corpus, cabe recurso em sentido estrito.

Além do recurso voluntário para a hipótese de decisão que concede habeas corpus, há, também, o necessário ou ex officio, a que se refere o art. 574, 1, do CPP.

XI - Da decisão que concede ou nega o sursis, qual o recurso oponível? Se a concessão ou denegação ocorrer na própria sentença condenatória, o recurso será o de apelação, consoante o art. 593, §

4.', do CPR Se na sentença o Juiz acenar com a possibilidade de concedê-

lo, dês que comprovada a primariedade, e se esta for comprovada após o trânsito em julgado, o recurso será o de agravo, sem efeito suspensivo, nos termos do art. 197 da LER Ainda nesta hipótese, se o Juízo da Execução entender que a prova da primariedade apresentada não satisfaz e denega o benefício, o recurso será o de agravo (art. 197 da LEP). Agravo também será o recurso oponível contra a decisão que o revogar ou deixar de fazê-lo (v. no capítulo sobre

"Agravos", neste volume, as observações que fazemos).

XII - Da decisão que concedia, negava, revogava ou deixava de revogar livramento condicional cabia recurso em sentido estrito. Assim também quanto à suspensão condicional da pena. Hoje, contudo, o recurso oponível quanto à concessão, denegação, revogação ou não-revogação de livramento condicional é o agravo de que trata o art. 197 da LEP.

353

1

il,

,I

XIII - Se anular a instrução criminal, no todo ou em parte, cabe recurso em sentido estrito. E se não anular? Dependendo do caso concreto, poderá a defesa impetrar habeas

corpus, com fundamento no art. 648, VI. Dependendo do caso concreto, pode ser interposta correição parcial.

! 1

XIV - Se inclui ou exclui jurado na lista, cabe recurso em sentido estrito. Quem é parte legítima para recorrer nessa hipótese? Se se tratar de exclusão, o excluído, o Ministério

Público, como custos legis, e, finalmente, qualquer Advogado do foro. Se se tratar de inclusão, o Ministério Público, qualquer Advogado do foro e a pessoa que requereu a exclusão,

posto que todos eles têm, nessas hipóteses, aquele interesse de que cuida o parágrafo único do art. 577 do CPP.

XV - Se o Juiz denega a apelação ou a julga deserta, cabe recurso em sentido estrito. E se o Juiz recebe a apelação ou não a julga deserta?

Poderá a parte contrária, nas

contra-razões, argüir, em linha de preliminar, o descabimento do recurso ou sua deserção.

L, ,

XVI - Se suspender o andamento do processo em virtude de questão prejudicial, cabe recurso em sentido estrito. E se não suspender? Não i

cabe. Após a decisão final, e dependendo do resultado, poderão as partes, em eventual recurso de apelação, argüir a irregularidade.

XVII - Na hipótese de unificação ou não-unificação das penas 11111 .

cabia recurso em sentido estrito. Hoje, com a reforma penal, o recurso oponível é o de agravo, nos termos do art. 66, 111, a, da LEP c/c o art.

197 do mesmo diploma.

1 liçw.~l "'

1,1

XVIII - Se julgar procedente ou improcedente o incidente de 11.1 ,

falsidade, cabe o recurso em sentido estrito.

XIX - Se decretar a medida de segurança depois de transitar em julgado a sentença, caberá agravo, nos termos do art. 197 da LEP. Assim, se o Juiz aplicou pena privativa de

liberdade a um semi-imputável, já transitada em julgado a sentença, bem poderá o Juiz, em face de exame pericial, substituir a pena privativa de liberdade pela medida de segurança.

Também na hipótese de sobrevir doença mental ao condenado, o Juiz pode substituir a pena pela medida de segurança, nos termos do art. 183 da LEP. Nesses casos, decrete ou não

decrete, o recurso é o de agravo.

XX - Se o Juiz impuser, ou não impuser, medida de segurança por transgressão de outra, qual o recurso? Agravo, nos termos do art.

197 da LEP. Atualmente existem duas espécies de medida de segurança: a) internação em hospital de custódia e tratamento, e b) tratamento ambulatorial. Se for imposta a medida de segurança consistente em "tratamento ambulatorial", se a pessoa submetida ao tratamento deixa de comparecer no dia, local e hora fixados pelos médicos, não se submete ao tratamento prescrito, bem poderá o Juiz converter o tratamento ambulatorial em internação, nos termos do art. 184 da LEP. Procedendo à conversão, ou não, o recurso oponível é o de agravo.

XXI - Que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art.

774. Este artigo, já revogado pela LEP, previa duas situações: a) nos casos do parágrafo único do art. 83 do CP (antes da reforma de 1984); e b) quando a transgressão de uma medida de segurança importar a imposição de outra. Desta última hipótese cuida o itic. XX, já analisado. Quanto à primeira, quer-nos parecer ter desaparecido da nossa legislação. Ela ocoMa quando o Juiz impunha medida de segurança, verificava-se a cura, mas persistia a periculosidade.

Nesses casos o Juiz podia: a) dar prosseguimento à medida; b) substituí-Ia por outra de igual natureza; ou c) substituí-Ia por liberdade vigiada. Hoje, somente os inimputáveis é que são perigosos. Por isso mesmo cessa a medida de segurança tão logo desapareça a periculosidade.

XXII - Se revogar medida de segurança. Neste caso cabia o recurso em sentido estrito. Hoje, o recurso oponível é o de agravo, nos termos do art. 197 da LER 0 mesmo recurso é oponível para a hipótese de não-revogação.

XXIII - Analisamo-lo no item anterior.

XXIV - Se o Juiz converte a pena de multa em detenção.

Hoje já não há conversão. Anteriormente, sim. E dela cabia recurso em sentido estrito. Como o convertimento se operava na fase da execução, a matéria passou a ser disciplinada pelo art. 197 da LEP: agravo em execução. Todavia, a Lei n. 9.268, de L'-4-1996, alterou completamente o texto do art. 51 do CP, não mais

possibilitando essa conversão. Hoje, transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando- se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensiVas da prescrição. É como soa o art. 51 do diploma penal com a nova redação que lhe foi dada.

355

12. 0 recurso por termo nos autos

0 recurso em sentido estrito poderá ser interposto tanto por petição como por termo nos autos. Neste caso, o recorrente comparece a Cartório e pede ao Escrivão do feito que reduza a termo a

interposição do seu recurso. Então, nos próprios autos, o Escrivão escrevera o que o recorrente lhe ditar. Vejamos um exemplo:

"Aos 21 dias do mês de julho de 1990, nesta cidade, em meu Cartório, aí compareceu o Dr. ... DD. Promotor de Justiça da Comarca, dizendo que, não se conformando, data venia, com a respeitável decisão de fls. 98, pronunciando o réu Felisdeu

Assunção, somente como

1

incurso nas penas do art. 121, caput, do Código Penal, vem da mesma recorrer, como recorrendo está, para o Eg. Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 581, ri.' IV, do Cód. de

Processo Penal, dentro do prazo legal, requerendo que, lavrado este, fosse o recurso devidamente

~11 1

processado. Nada mais. Lido e achado conforme, vai devidamente as

sinado. Eu, Luigi Paolo, escrivão que o datilografei e assino. Assinatu

ra do Recorrente".

il %111 11

X

Se o recurso deve subir em instrumento, no próprio termo, poderá a parte requerer a extração dos traslados que o devam instruir. No caso particular da pronúncia, veja-se o disposto no parágrafo único do art. 583.

Vimos que o recurso em sentido estrito, à maneira do que ocorre com o agravo de instrumento no Processo Civil, permite ao Juiz, apos as partes terem arrazoado, proferir despacho, mantendo ou reformando a decisão recorrida.

1

;~ Z, 13. Efeitos

~1111

0 recurso em sentido estrito, inicialmente, apresenta o efeito re gressi . vo, pois, uma vez interposto, os autos em que ele se processa são encaminhados ao juízo prolator da decisão guerreada, para mantê-la ou reformá-la, consoante a regra do art. 589 do CPR Se este a mantiver, ou, então, se a reformar e a parte ex adversa fizer uso da faculdade que lhe confere o parágrafo único do citado preceito, dar-se-á o efeito devolutivo, isto é, o exame da decisão impugnada transfere-se ao juízo ad quem, que,

normalmente, é o Tribunal, salvo na hipótese prevista no inc. XIV do art. 581 (Presidente do Tribunal de Justiça).

356

1 !

Normalmente, o recurso em sentido estrito não tem efeito suspensivo, isto é, a decisão impugnada não fica sobrestada, aguardando se deve ou não ser cumprida. Contudo, nas hipóteses taxativamente enumeradas no art. 584, ele o tem. Em outros casos, o efeito suspensivo é limitado. Assim, o recurso contra a sentença de pronúncia não suspende todos os efeitos que esta produz (lançamento do nome do réu no rol dos culpados, prisão provisória), mas, apenas, o de ser o réu julgado pelo Tribunal popular. Este, o único efeito que fica suspenso (cf. art. 584, § 2.'). A outra hipótese está prevista no § 3.' do citado artigo. Por exemplo, se o Juiz declara quebrada a fiança (vejam-se os arts. 341 e 343 do CPP), pode o réu interpor recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 58 1, VII, do CPP. Tal recurso, entretanto, não suspende a executoriedade daquela decisão em toda a sua inteireza, mas, tão-somente, na parte alusiva à perda da metade do valor da caução.

Observe-se que o recurso em sentido estrito previsto nos incs. XVII e XXIV do art. 581 e mesiuo na hipótese de concessão de livramento condicional passou para a LEP com o nomen juris de agravo, nos termos do art. 197 dessa lei.

Se as decisões que concedem livramento condicional, que versam sobre unificação de penas e conversão de multa em detenção ou prisão simples não mais comportam recurso em sentido estrito, podemos então afirmar: o recurso em sentido estrito terá efeito suspensivo apenas na hipótese de perda da fiança e no caso do inc. XV do art. 581 do CPR Assim também, e com restrições, no caso de pronúncia e quebramento da fiança, nos termos dos §§ 2.' e 3.' do art.

581 do CPR

Convém frisar: as decisões referidas nos incs. XIX a XXIV do art. 581 do CPP não mais comportam recurso em sentido estrito, e sim agravo, nos termos do art. 197 da LER Quanto à hipótese

tratada no inc. XVII (unificação de penas), não obstante entendimento diverso, estamos que o recurso também é o de agravo, denominado, para os casos previstos na LER agravo em execução.

Na verdade, o art. 197 da LEP dispõe que "das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo". Ora, a decisão sobre unificação de penas, nos termos do art. 66 da citada Lei, é da alçada do Juiz das Execuções, e o procedimento será aquele traçado nos arts. 195 e 196 da LER.. Logo, recurso de agravo.

Idem, em se tratando de aplicação de lei penal mais benigna. In casu não mais se aplicará o parágrafo único do art. 13 da Lei de Introdução ao CPR e

sim a LEP (art. 66, 1). E o procedimento é aquele dos arts. 195 e 196, ensejando, a decisão, recurso de agravo.

Há quem entenda que a decisão do Juiz, desclassificando o crime da alçada do júri para a do Juiz singular, nos termos do art. 410 do CPP, não comporta o recurso em sentido estrito previsto no inc. 11

do art. 581 do CPP, "Por envolver decisão de mérito". Não nos parece. 0

juiz, nesse caso, limita-se a dizer que o crime não é da competência do júri. Decisão eminentemente processual, igual ou quase igual àquela em que ele se abstém de receber a denúncia, declinando da sua competência, por entender que o crime não é da sua competência, mas da alçada da Justiça Militar, por exemplo.

-1 .

iLI ,

I ro,

,1

~ ~1

358

, 5 1

capítulo 61

1. Noções

Da Apelaçao

SUMÁRIO: 1. Noções. 2. Quais as decisões que comportam o recurso de~ipelação? 3. Toda sentença condenatória ou absolutória é apelável? 4.

Forma de interposição. 5. Se o Juiz denegar o recurso de apelo, que providência poderá ser tomada? 6.

Prazo para as razões e contra-razões. 7. Podem ser juntados documentos nas razões ou contra-razões? 8. Pode o apelante apresentar suas razões na superior instância? 9. A quem é endereçado o recurso de apelo? 10.

Apelação plena e limitada. 11.

Prazo para a remessa dos autos à superior instância. 12. Pressupostos do recurso de apelo. 13. Prazo para a apelação. 14. Extinção anormal da apelação. 15. Em qualquer apelação, o j uízo ad quem funciona sempre como judicium rescindens? 16. A

apelação sobe nos próprios autos? 17. Absorção do recurso em sentido estrito. 18. 0 prazo para o assistente apelar. 19. Prazo para o Ministério Público apelar. 20. Apelação sumária e ordinária. 21. Efeitos do recurso de apelação. 22. A apelação do

assistente tem efeito suspensivo? 23. A reformatio in pejus. 24.

Refôrmatio in melius. 25. Reformatio in pejus indireta.

A palavra apelação deriva do latim appellatio, que significa ação de dirigir a palavra. E, na verdade, bem sugestivo é o termo para expressar e traduzir o pedido que se faz à instância superior no sentido de

359

i,

eL

MMI

C, I

~ C w.

1 IL

1 ~,

*M ~.,

1

reexaminar a decisão proferida pelos órgãos inferiores. Por meio da apelação, a parte que sofreu o sucumbimento, o prejuízo, dirige a palavra ao Tribunal competente (constituído de homens mais experimentados e que conquistaram tal posição após longo tirocínio e reiteradas provas de capacidade), para que este reexamine a decisão, reparando possível injustiça cometida na inferior instância.

A apelação é recurso de largo uso e, salvo engano, deita raízes no direito romano. A princípio, havia a provocatio ad populum, segundo a qual o condenado pedia ao povo a anulação da sentença.

Mas há quem lhe negue o caráter de apelação. Entretanto, sob o Império Romano, surgiu a appellatio, remédio que permitia ao litigante sucumbente dirigir-se ao Juiz superior visando à reforma da decisão proferida pelo inferior.

Tal recurso é endereçado ao juízo ad quem, que é sempre o Tribunal.

Devolve-se-lhe, por meio dele, todo o exame da causa, em maior ou menor intensidade. Normalmente, entre nós a apelação é interposta para se combater uma decisão definitiva condenatória, absolutória, ou definitiva stricto sensu.

Excepcionalmente, para se guerrear uma decisão com força de definitiva, se, para esta, não foi previsto o recurso em sentido estrito.

De todos os recursos, a apelação é o mais difundido. Todas as legislações o conhecem. Apelación, appello, appeal, Berufung, apelação é sempre o pedido que se formula ao Tribunal para

reexaminar a causa com maior ou menor amplitude.

Enquanto no recurso em sentido estrito cabe ao Juiz a quo rever sua própria decisão, em se tratando de apelação tal não se permite. Essa proibição de o próprio órgão prolator da sentença reexaminá-la encontra fundamento no princípio do direito moderno segundo o qual a jurisdição se esgota no instante mesmo em que o Juiz a exerce, e, desse modo, esgotando-se sua função ao dirimir o conflito, não lhe seria lícito corrigir a própria decisão. Veja-se, a propósito, Florian (Elementos, cit., p. 419). Daí a regra contida no art.

463 do CPC: "Ao publicar a

sentença de mérito, o Juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional.

Somente

o órgão superior poderá reexaminá-la.

Tal princípio, impeditivo de o próprio órgão rever sua decisão, deveria ser exclusivo das decisões definitivas, quando o Juiz dá por cumprida a sua missão. Mas o nosso CPP, informado de uma irritante assistematização, em determinados casos, ora permite o reexame, mes-360

1

mo que a decisão seja definitiva (veja-se a hipótese da absolvição sumária contemplada no art. 411, para a qual se previu o recurso em sentido estrito - art. 5 8 1, VI), ora não o permite, não obstante tratar-se de decisão não definitiva (veja-se o art. 593, 11, 2.' parte, do CPP).

Malgrado essas distorções, o princípio é este: proferindo decisão definitiva, o Juiz cumpre o seu ofício, não lhe sendo lícito rever o decidido.

2. Quais as decisões que comportam o recurso de apelação?

A apelação é o recurso normalmente oponível contra as seguintes decisões: a) definitivas de absolvição ou de condenação, proferidas por Juiz singular; b) do Tribunal do Júri, se satisfeitos os pressupostos contidos no art. 593, 111, a, b, c ou d, do CPP; c) definitivas, se para elas não houver sido previsto o recurso em sentido estrito; d) com força de definitivas, ou interlocutóriás mistas, se incabível o recurso em sentido estrito. Esta a regra contida no art. 593, 1, 11 e 111, do CPP.

Decisão definitiva de absolvição, como o nome está a indicar, é aquela em que, por uma das causas mencionadas no art. 386 do CPP, julga o Juiz improcedente a acusação. Se procedente, dir-se-á definitiva de condenação. Para combater tais decisões, se proferidas pelo Juiz singular ou pelo Tribunal do Júri (neste caso, desde que satisfeitos os pressupostos estabelecidos no inc. 111 do art. 593 do CPP), o recurso oponível, normalmente, é o de apelação.

Ao lado dessas decisões, o inc. 11 do art. 593 sujeita à apelação as decisões definitivas ou com força de definitivas, proferidas por Juiz singular, desde que para elas não haja sido previsto o recurso em sentido estrito.

As decisões definitivas, aí referidas, são aquelas que podemos denominar definitivas "stricto sensu": encerram a relação processual, julgam o mérito, mas não se subsumem na moldura das

sentenças absolutórias ou condenatórias de que tratam os arts. 386 e 387

do CPP. Se, para essas decisões, não for previsto o recurso em sentido estrito, oponível será a apelação. Assim, por exemplo, a decisão que julga extinta a punibilidade, pela qual o Juiz rechaça a pretensão punitiva, por reconhecê-la extinta. Decisão de mérito.

Entretanto, para essa hipótese, o recurso oponível é o stricto sensu (art.

581, VIII). Se o Juiz

~1

~1

1 ILA

J

li Z

I.

~1 -

U

1:1

reconhece a ausência de condição objetiva de punibilidade, tal decisão é definitiva. Como para ela não foi preestabelecido o recurso em sentido estrito, cabível será a apelação. Decisões definitivas apeláveis são também aquelas que declaram extinta a medida de segurança, pelo decurso do tempo, a que julga o pedido de restituição, nos termos do art. 120, § 1.', do CPP, as que ordenam ou não o seqüestro, nos termos do art. 127 do CPP, as que autorizam ou não o levantamento do seqüestro (art. 13 1), as que acolherem ou não o pedido de especialização e inscrição de hipoteca legal ou de arresto (CPP, arts. 134, 135, 136 e 137) etc. As decisões referidas no parágrafo único do art. 130, arts. 133, 135, § 5.', e 144 não podem ser proferidas no juízo penal. Trata-se de normas heterotópicas.

Apeláveis são, também, as decisões com força de definitivas, denominadas interlocutórias mistas, se para elas não houver sido previsto o recurso sensu stricto. Podemos dizer que elas encerram a relação processual, sem julgamento de mérito, ou, então, põem termo a uma etapa do procedimento. No primeiro caso, ela se diz terminativa (interlocutória mista terminativa). Exemplos: decisão que acolhe a exceção de coisa julgada, a exceção de litispendência, a que rejeita a denuncia ou queixa etc. No segundo, fala-se em interlocutória mista não terminativa, porquanto ela não impede o fluir da relação processual, apenas pondo fim a uma etapa do procedimento.

Exemplo: pronúncia.

3. Toda sentença condenatória ou absolutória é apelável?

Toda sentença absolutória ou condenatória comporta o recurso de apelo9

Nem sempre. Assim, por exemplo, se o Juiz absolve o réu sumariamente, segundo o disciplinado no art. 411, além do recurso de ofício a que se refere o art. 574, 11, pode haver o voluntário, e este será o recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, VI. Se o réu for condenado, por um só crime, pelo Tribunal do Júri, a pena igual ou superior a 20 anos, o recurso oponível será o protesto por novo Júri (art. 607). Nos processos da competência originária dos Tribunais, condenado ou absolvido o réu, não há o recurso de apelação.

Excepcionalmente, pode haver o recurso extraordinário ou o especial.

Nesses casos, pensamos, há uma exceção: se o Governador ou Secretário de Estado for condenado por crime contra a segurança nacional, por se tratar de crime político, caberá recurso ordinário para o STF, conforme o art. 102, 11, b, da CE Tal recur-362

so é tão amplo que ultrapassa os acanhados limites do recurso extraordinário e, por isso mesmo, é como se fosse uma apelação especial.

4. Forma de interposição

Como se interpõe a apelação? De duas formas: ou por meio de petição, ou por meio de termo nos autos, assim como ficou esclarecido no capítulo anterior.

Qual o prazo para a sua interposição? Normalmente, o prazo é de 5

dias, tal qual ocorre com o recurso em sentido estrito. Todavia, se o apelante for a vítima, seu representante legal ou qualquer daquelas pessoas enumeradas no art. 3 1, é preciso distinguir: se ela se habilitou no processo como assistente, seu prazo será igual ao das demais partes, isto é, 5 dias, sendo que esse prazo começará a correr a partir da sua intimação, nos termos do art. 391 do CPP, e, obviamente, após operada a preclusão para o Ministério Público; w se a intimaçao ocorrer quando em curso o prazo do Ministério Público, o do assistente fluirá do dia em que terminar o prazo daquele; se a intimação se der após o término do prazo ministerial, a partir da intimação. Não tendo havido a habilitação, aí sim, o

prazo será de 15 dias, consoante a regra contida no parágrafo único do art. 598 do CPP. Há, contudo, alguns acórdãos no sentido de que o prazo de 15 dias é para a vítima, tenha ou não se habilitado como assistente.

No Juizado Especial Criminal, a apelação será interposta no prazo de 10

dias, em petição escrita da qual constarão as razoes e o pedido do recorrente, na dicção do § 1.' do art. 82 da Lei ri. 9.099/95.

Há, aí, três exceções à regra estabelecida no CPP: a) o prazo para interpor apela-

ção é de 10 dias e não 5; b) o apelo deve ser interposto por petição e não, também, por "termo nos autos"; c) as razões do apelo devem ser apresentadas juntamente com a petição de interposição, ao contrário do

que se dá no CPP, em que o prazo para a interposição é um e outro o para a apresentação das razões. Por outro lado, essa apelação é dirigida à Turma de Recursos a que se refere o itic. 1 do art. 98 da CE Onde não houver, o orgão ad quem será o Tribunal de Justiça ou Alçada.

5. Se o Juiz denegar o recurso de apelo, que providência poderá ser tomada?

Interposta a apelação, se o Juiz não a receber, ou recebê-la, e, em seguida, obstar seu seguimento, o apelante poderá fazer uso do recurso 363

1

em sentido estrito para combater a decisão que obstaculizou seu direito de apelar (art. 5 8 1, XV). E, se o Juiz não receber, também, o recurso em sentido estrito, ou, mesmo recebendo, criar obstáculo ao seu seguimento? Restará ao interessado requerer ao escrivão do feito carta testemunhável (arts. 639 e s.).

6. Prazo para as razões e contra-razões

Todavia, recebido o recurso de apelo, determinará o Juiz que se abra vista dos autos do processo ao apelante, por primeiro, e em seguida ao apelado, pelo espaço de 8 dias para cada um, a fim de oferecerem suas razões e contra-razões, respectivamente.

Tratando-se de contravenção, o prazo para oferecimento das razões e contra-razões é de 3 dias.

E se houver assistente de acusação? Evidente que o assistente pode arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público ou contra-ar-1~ L" 1

razoar os interpostos pela defesa. Nesses casos, após o prazo do Minis-11 .

tério Público, abrir-se-lhe-á vista dos autos, pelo prazo de 3 dias, para ofertar razões ou contra-razões.

Note-se que, quando forem dois ou mais os apelantes ou apelados, o prazo sera comum. Assim, se o Promotor apela e o réu também o faz, os autos devem permanecer em cartório, a fim de que os apelantes pos sam consultá-los, extraindo anotações para fazerem as suas razões, ob-i

servando-se o mesmo para as contra-razões.

Se o apelante for a vítima, nos crimes cuja ação penal se tenha 1 ~'

iniciado por meio de queixa, após o prazo de 8 dias para o querelante oferecer suas razões, abre-se vista dos autos ao Ministério Público, pelo espaço de 3 dias, para ofertar também as

suas. Se o apelo foi da defesa, após o prazo de 8 dias para o querelante ofertar suas contra-razões, abrir-se-á também vista dos autos, por 3

dias, ao Ministério Público,

para o mesmo fim.

No Juizado Especial Criminal, as razões do apelo devem ser apresentadas quando da interposição do recurso, à semelhança do que se dá no cível.

7. Podem ser juntados documentos nas razões ou contrarazões?

Observe-se que o apelante pode, também, quando da interposição do recurso de apelo, oferecer de logo suas razões.

Nas razões de apelação ou nas contra-razões, nada obsta, também, que as partes requeiram a juntada de quaisquer documentos. Aliás, no Processo Penal, não há impedimento para que elas, em

qualquer recurso, requeiram a juntada de documentos, instruindo melhor suas razões ou contra-razões. Todavia, se os documentos forem oferecidos nas contrarazões, deverá o Juiz determinar que o apelante se manifeste sobre eles. Caso tenham sido oferecidos pelo apelante, quando os autos forem com vista ao apelado, este terá oportunidade de se manifestar sobre eles.

8. Pode o apelante apresentar suas razões na superior instância?

Nos termos do § 4.' do art. 600 do CPP, poderá o apelante, quando da interposição do apelo (somente do apelo), protestar pela apresentação das suas razões na instância superior. Neste caso, chegando os autos ao Tribunal, será aberta zista destes ao apelante e, depois, ao apelado, para oferecer razões e contra-razões. Embora o § 4.'

conceda tal faculdade ao apelante, é intuitivo que, se este for o Promotor de Justiça, não poderá gozar daquele privilégio. É que os membros do Ministério Público não atuam junto aos Tribunais. Na hipótese raríssima de um Promotor da Capital ser designado para atuar num processo do interior, se ele quiser apelar, seria possível protestar pelas razões na superior instância, mas, mesmo nesse caso, deveria haver a intervenção da Procuradoria, à semelhança do que ocorre em se tratando de habeas corpus impetrado por Promotor de Justiça, pois, segundo o Aviso n. 166/86, da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, o Promotor o impetra, comunicando o fato à Procuradoria, que assumirá o acompanhamento do feito. Mutatis mutandis, o mesmo fenômeno poderá ocorrer na hipótese do § 4.' do art. 600 do CPP, tanto mais quanto ali se fala em ~'apelante", sem nenhuma restrição. E o assistente, quando apelante, também pode? Sem embargo do entendimento contrário do Eg. TJSP (RJTJSP, 102/392), não há nenhum obstáculo. 0 problema seria para a defesa, que teria de locomover-se até a Capital para apresentar suas contra-razões.

Desse entendimento não diverge o Prof. e Procurador de Justiça carioca Sérgio Demoro Hamilton (Breves anotações sobre o art.

600, § 4., do CPP, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 24, 1995). Mas, nesse caso, nada impediria a remessa dos autos à comarca de origem para tal fim, ou, então, o Defensor transportar-se à Capital, do mesmo modo que ele para lá se locomove nos ca-365

:1

1

sos de embargos, recurso especial, recurso extraordinário, recurso ordj_

nário-constitucional. Não obstante, o normal é o protesto pela apresentação das razões partir da Defesa. Cumprir-lhe-á, então, na petição ou no termo (se interposto oralmente perante o escrivão), protestar pela aprei

sentação no Tribunal. Senão, não. Muitas vezes o Advogado reside na Capital e, para ele, seria um transtorno deslocar-se à comarca do interior a fim de analisar os autos e oferecer as razões. Daí a regra do § 4.' do art. 600 do CPP. E, nesse caso, quem oferecerá as contra-razões? Em se tratando de ação privada, o querelado.

E se for ação penal pública?

Apresentadas as razões na Secretaria do Tribunal, devem os autos ser encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça para serem colhidas as contra-razões do Ministério

Público. Até há pouco tempo havia na Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo um Promotor de Justiça de entrância especial designado somente para o exercício dessas

funções. Atualmente, em face de determinação da Chefia do Parquet, chegando os autos à Procuradoria são eles encaminhados à Vara Criminal de origem para a colheita das

contra-razões, nos termos do Ato ri. 91/96 da Procuradoria-Geral de Justiça. No Estado do Rio de Janeiro, até setem-

--- ,I,

bro de 1987, as contra-razões, nessas hipóteses, eram ofertadas pela 1 ~ ~ `Ç .1

própria Procuradoria, o que levou um dos mais eminentes membros do Ministério Público carioca, o Prof. Sérgio Demoro Hamilton, a suscitar conflito de atribuições, vergastando a esdrúxula substituição do órgão ministerial de primeira instância pelo de segunda.

Recebeu ele o apoio ~~. 1.1

11 .- de tlois outros ilustres Procuradores, o Dr. Adolpho Lerner e o Prof.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ambos do Ministério Público. Feliz mente, em 2 de outubro daquele ano, e graças aos esforços daquelas exponenciais figuras do Ministério Público do Estado do Rio de Janei ro, foi editada a Resolução ri. 277, determinando que, na hipótese de as

~I

razoes serem ofertadas na segunda instância, os autos devem retornar à Vara Criminal de origem para a manifestação do respectivo Promotor de Justiça (Breves anotações sobre o

art. 600, § 4.', do CPP, Revista, cit.). Cumpre adiantar que no Rio Grande do Sul, desde a vigência do § 4.' do art. 600, feito o protesto pelo oferecimento das razões na segunda

instância, tão logo fossem estas apresentadas, a Procuradoria diligenciava o retorno dos autos à Vara de origem em busca da manifestação do órgão do Ministério Público.

Note-se que a faculdade de ofertar razões na superior instância não é extensiva ao recurso em sentido estrito, não só porque o § 4.' do 366

art. 600 do CPP cuida, tão-somente, da apelação como, também, em face do que dispõe o art. 589 do mesmo diploma, obrigando o Juiz, antes de remeter os autos à instância superior, a ratificar, ou não, a decisão recorrida. Aliás, o Tribunal paulistajá se manifestou a respeito, perfilhando tal entendimento (cf. RT, 539/329).

E preciso, contudo, que o apelante, na petição, ou no termo de apelação, registre seu desejo de ofertar as razões na superior instância. Não o fazendo, perde a faculdade. Veja-se, a propósito, RT, 542/341.

Chegando os autos ao Tribunal, dever-se-á providenciar a intimação do apelante para ofertar as razões. A falta de intimação induz nulidade (cf.

RTJ, 53/150, 661690 e 67/800).

9. A quem e endereçado o recurso de apelo?

A quem é dirigido o recurso de apelação? É interposto perante o' Juiz a quo e endereçado ao. Tribunal. Que Tribunal? Se a decisão se relacionar com processo da competência recursal do Tribunal de Alçada, a este será dirigido. Se a competência recursal não for do Tribunal de Alçada e o processo for da competência da Justiça Comum Estadual, deverá ser endereçado ao Tribunal de Justiça. Note-se que a competência do Tribunal de Justiça, no âmbito recursal, é determinada por exclusão. Pelo menos no Estado de São Paulo. 0 que não for da atribuição do Tribunal de Alçada, será do Tribunal de Justiça. Em São Paulo são da competência recursal do Alçada as contravenções, os crimes apenados com detenção (exceção feita aos crimes falimentares e os previstos na Lei Antitóxico) e, finalmente, todos os crimes contra o património, menos aquele que tenha por evento a morte. Nos demais casos a competência sera do Tribunal de Justiça. Se se tratar de um daqueles crimes referidos no art. 109 da CF, e o processo e julgamento competirem ao Juiz de Direito, tal como acontece com o crime de tráfico internacional, cujo flagrante ocorreu numa comarca em que não há Juiz Federal, a competência será do TRF que tiver jurisdição sobre o território onde o feito tramitou, posto ser ele o órgão de segundo grau da Justiça Comum Federal.

10. Apelação plena e limitada

Devolve o recurso de apelo ao conhecimento do órgão ad quem toda a matéria apreciada na primeira instância? No Processo Civil, sim.

No campo penal, entretanto, o problema é meio polêmico. Há entendimento em sentido afirmativo. Partindo da idéia de que o Tribunal não pode proceder de ofício, ne procedatjudex ex officio e da regra do tantum devolutum quantum appellatum, deve o apelante circunscrever o objeto da sua apelação. A parte invoca o reexame pelo juízo ad quem e, ao mesmo tempo, delimita-lhe a área. Da mesma

forma que o juízo a quo não pode julgar ultra ou extra petitum, não o pode, também, o juízo ad quem. Daí dizer Florian: a atividade do órgão ad quem depende e está circunscrita ao modo como o recurso tenha sido interposto (cf. Elementos, cit., p. 432). Segundo essa parte da doutrina, em função do princípio do tantum devolutum quantum appellatum inserto no art. 599 do CPP, a apelação pode ser interposta em relação a todo o julgado ou parte dele.

1 "-C,.: ~ Entendemos, contudo, que, em se tratando de apelo do réu, o princípio traçado no art. 599 do CPP tem inteira aplicação. Não assim quando 1

" w, 1.1 1

o apelante for o Ministério Público. Suponha-se que o Juiz condene um reu por um crime e o absolva quanto ao outro, tudo num mesmo processo. Se a defesa quiser apelar, fá-lo-á,

obviamente, em relação à parte da sentença que o condenou. De sorte que se o Tribunal, apreciando o apelo, entender que o Juiz foi benevolente em relação ao outro crime, nada poderá

fazer em relação a esse segundo, não só em virtude do tantum devolutum quantum appellatum, como também em razão do princípio proibitivo da refôrmatio in pejus, prevista no art.

617 do CPP. Seria uma apelação limitada. Se ele houvesse sido condenado pelos

dois crimes e apelasse relativamente a ambos, a apelação seria plena.

Digamos houvesse o Juiz condenado o réu por um crime e o absolvido quando

ao outro. A Defesa não apelou. Fê-lo, contudo, o Ministério Público, no respeitante à parte da

sentença que o absolveu. A rigor,

C~

em face da regra do tantum devolutum quantum appellatum, o Tribunal teria de apreciar, apenas e tão-somente, a apelação dentro nos limites em que foi traçada, isto é, visando ao reexame da sentença na parte abso lutória. Alguns doutrinadores e inumeros julgados entendem assim. Mas, como veremos mais adiante, no penal, quando o Ministério Público apela, o Tribunal tem inteira liberdade de apreciar a sentença, como se fosse uma segunda primeira instância, inclusive a parte que não foi ob jeto do recurso, mesmo porque o Estado, tutelando, como tutela, o di reito de liberdade, tem interesse em que o réu não seja condenado ini quamente, tanto que lhe permite o uso de habeas corpus para anular 368

sentença transitada em julgado e, inclusive, confere-lhe o direito à via revisional. Se tudo isso é possível, não há razão jurídica que impeça o Tribunal de se antecipar e corrigir o erro cometido pelo Juiz. Por isso entendemos que o princípio do tantum devolutum quantum appellatum não tem, no Processo Penal, aquela mesma dimensão que lhe traça o Processo Civil. Por outro lado, se o réu foi absolvido em relação a dois crimes e o Ministério Público apela de ambas as absolvições, diz-se plena a apelação; se o faz em relação apenas a uma das absolvições, a apelação se diz limitada. Neste caso, se o Tribunal entender que a sentença foi inteiramente injusta, poderá, somente, dar provimento ao apelo do Ministério Público, sem contudo poder estender sua decisão à outra absolvição. Aqui, sim, a apelação realmente é limitada... Como aquela extensibilidade prejudicaria o réu, o princípio do favor rei funcionaria como*verdadeiro freio.

11. Prazo para a remessa dos autos a superior instância Interposta a apelação, como vimos, dever-se-á abrir vista dos autos às partes para oferecerem suas razões e contra-razões. A seguir, determinará o Juiz que eles subam ao Tribunal. Na apelação, o Juiz não pode retratar-se, tal como sucede no recurso em sentido estrito.

Somente o Tribunal é que poderá reexaminar a decisão. E se a parte não oferecer

as razoes de apelação, nem protestar pelo seu oferecimento na superior instância? Nesse caso, findo o prazo, com as razões ou sem elas, os autos deverão subir ao Tribunal, nos termos do art. 601. Trata-se de exceção do princípio de que os recursos devem ser motivados.

Malgrado a regra contida no art. 601 do CPP, deve o Juiz ou o Tribunal, voltados para o princípio da ampla defesa, determinar nova intimação do defensor, constituído ou não, ou determinar a intimaçao do réu para constituir outro ou, se dativo, substituí-lo.

Nas comarcas que forem sede do Tribunal ad quem, os autos originais, com a apelação e suas razões e contra-razões, serão entregues na Secretaria dele, dentro em 5 dias. Nas comarcas do interior, o prazo é o mesmo, não para apresentação dos autos à Secretaria, mas para a entrega ao correio.

Como a apelação é processada nos autos originais, ad cautelam, determina o art. 603 que, quando interposta no interior, deverá o escrivão tirar o traslado das principais peças do processo, com observância

do disposto no art. 564, 111. E, embora haja silêncio, deverá ser extraído o traslado, também, da intimação da sentença e da interposição do

1 ~

apelo.

Tal providência é necessária, ante a possibilidade de extravio dos 1

1 1

autos originais.

12. Pressupostos do recurso de apelo

0 recurso de apelação está sujeito, além dos pressupostos objetivos comuns a todo recurso (autorização legal, tempestividade, forma de interposição etc.), a outro que lhe é próprio. A propósito, o art. 594 do CPP: "0 réu não poderá apelar

sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória,

ou condenado por crime de que se livre solto". Assim, se o crime for inafiançável, havendo bons antecedentes e primariedade, pode o réu aguardar, em liberdade, o desate do seu recurso. E

se o crime for afiançável? Seria justa a exigência da fiança neste caso, quando no outro, muito mais grave, tal não se exige? Seria tratar com mais benignidade o autor de crime

inafiançável... Logo, entendemos que, se a infração for afiançável, não se deve exigir a fiança, ou exigi-Ia se o réu não tiver bons antecedentes, ou não for primário, salvo a hipótese do art.

323, 111, do CPP, quando, então, a infração seria inafiançável. Na verdade, se o réu primário e de bons antecedentes que comete um crime inafiançável tem o direito de apelar em liberdade, sem prestar qualquer caução, não teria sentido que não o tivesse aquele que cometeu uma infração afiançável. Mas, se aquele que cometeu um

-1 , ~

crime afiançável não é primário (excluída a hipótese do art. 323, 111, do CPP) ou não tem bons antecedentes, deverá prestar fiança.

Cumpre observar que, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, são eles insuscetíveis de anistia, graça,

indulto, fiança e liberdade provisória (Lei ri. 8.072, de 25-7-1990, art.

2.'). Todavia, havendo sentença condenatória, o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade (art. 2.', § 1% do citado diploma). A doutrina e os Tribunais vêm entendendo que esse benefício de apelar em liberdade só se justifica se o réu estiver em liberdade. Se preso estiver, não.

Nesse particular, a lição do Min. Assis Toledo, quando do julgamento do Habeas

Corpus n. 1.077-MG, publicado na Jurisprudência do Supe-370

rior Tribunal de Justiça, Lex, 28/222. Assim também Evangelista de Jesus (Código de Processo Penal anotado, p. 392).

Evidente, pois, que o art. 35 da Lei Antitóxico, que proíbe ao réu apelar em liberdade, sofreu uma revogação parcial. Houve um abrandamento: agora o Juiz, fundamentadamente, já pode permitir o apelo em liberdade. E aqui há uma coisa curiosa: a Constituição proclama que "à exceção do flagrante, ninguém poderá ser preso senão por ordem escrita e fundamentada do Juiz Já o diploma infraconstitucional dispõe que o réu poderá apelar em liberdade se o Juiz, fundamentadamente, assim o decidir. Quer-nos parecer que o preceito constitucional deve prevalecer.

Se, nesses crimes, de intensa gravidade, pouco importando seja o reu primario ou não, pouco importando tenha, ou não, bons antecedentes, pode o Juiz, em decisão fundamentada, permitir-lhe o apelo em liberdade, ninguém saberá explicar por que razão, nas demais infrações, não possa o reu gozar de idêntico benefício... Tudo faz crer, de conseguinte, em face da regra de que "quem pode o mais, pode o menos", possa o Magistrado estender o mesmo princípio às hipóteses do art. 594 do CPP.

Não obstante essas observações, continuamos entendendo que, mesmo nas hipóteses da Lei ri. 8.072/90, o réu só não fará jus ao apelo em liberdade se o Juiz, em decisão fundamentada, demonstrar a necessidade da prisão.

Nesse sentido várias decisões do STJ. "A simples menção, secamente, ao art. 35 da Lei de Tóxicos, não fundamenta a decisão" (Ementário 14 do STJ, n. 619). "É nula por falta de fundamentação a decisão do Juiz sentenciante que negou o direito ao apelo em liberdade"

(Ementário 14 do STJ, n. 632, DJ, 30-10-1995).

13. Prazo para a apelação

0 prazo para a interposição do recurso de apelação, excetuando-se a hipótese do art. 598, por força da regra contida no seu respectivo parágrafo, começa a fluir a partir da ciência da decisão impugnada. Sendo condenatória a decisão, a

intimação desta se faz segundo a regra contida no art. 392: em geral, ao réu, pessoalmente, ou, em alguns casos, ao defensor constituído e, excepcionalmente, por editais. Neste ultimo caso, o prazo começa a fluir quando expirado o do edital, que

371

~, ~C t > 1

k(- 1

L, fl

~1 -,

(-'1

C'i

oscila entre 60 e 90 dias. Se a pena imposta for igual ou superior a 1

ano, o prazo do edital será de 90 dias; se inferior, de 60, tudo nos termos do art. 392, § L', do CPP. Findo o prazo editalício, começa a fluir o da interposição do apelo. Insta acentuar que, em face do princípio da ampla defesa, o direito pretoriano já assentou que, para a interposição do apelo, não basta seja o réu intimado, ainda que pessoalmente. É preciso que o seja, também, seu defensor, pouco importando se constituído ou dativo. Pouco importa, também, esteja o réu preso ou solto. Após a intimação do réu, deverá proceder-se à do defensor, quando, então, inicia-se a contagem do prazo. Muito a propósito, RTJ, 86/874, 89/43; RT, 555/558, 556/428, 564/358, 568/386, 569/405, 614/384; JTACrimSP, 52/107, 53/65, 54/425, 55/191, 57/36, 58/54, 59/57. E se o defensor for intimado antes e o réu depois? Há entendimento, que nos parece mais correto, no sentido de que, intimado o réu por último, dever-se-á proceder a nova intimação do defensor (RT, 569/305, 576/358, 598/324). Contudo a corrente majoritária é no sentido de que o prazo começa a fluir da última intimação (RT, 585/313, 5871360, 588/429,595/474, 604/ 469, 607/419, 645/326, 646/382).

Se o crime for inafiançável e o réu não for primário, ou, ainda que o seja, não tiver bons antecedentes, segundo a regra contida no art. 594 do CPP, para poder

apelar, deverá apresentar-se à prisão.

Assim, condenado o réu, procurar-se-á intimá-lo pessoalmente. Não sendo encontrado, por edital. Findo o prazo editalício, terá ele 5 dias para interpor o apelo. Nada impede possa o defensor fazê-lo.

Contudo o pedido de reexame fica sobrestado, no aguardo da prisão. E há razão para tal procedimento. Suponha-se, por exemplo, que às 18 horas do último dia do prazo o réu se apresente à prisão.

Estando o Fórum fechado, como poderia a defesa interpor o recurso, se o prazo se expirara precisamente às 18 horas daquele mesmo dia? Assim, de todo conveniente que, findo o prazo do edital de intimação, deva ser interposto o recurso dentro do prazo legal. E, caso o réu não se apresente, o apelo ficará prejudicado.

Diga-se o mesmo se, não obstante a não-primariedade (ressalvada a hipótese prevista no art. 323, 111, do CPP) e a falta de bons antecedentes, a infração for afiançável e a caução não houver sido prestada dentro no qüinqüídio para a interposição do apelo. Em se tratando daqueles crimes a que se refere o art. 2.' da Lei n. 8.072/90

(Lei dos Crimes Hediondos), pouco importa seja o réu primário ou não, tenha ou não

bons antecedentes; para apelar deverá ser recolhido à prisão. Veja-se, entretanto, aquela exceção feita no § 2.' do art- 2.' da citada lei.

Insistimos num ponto: seja qual for a infração inafiançável, o réu fará jus ao apelo em liberdade, a menos que o Juiz, no decreto condenatório, justifique sua prisão, tal qual se exige para se decretar uma prisão preventiva. Mesmo que ele já esteja preso, é de indagar se aquela prisão provisoria continua, ou não, necessária.

Não havendo exigência de recolhimento à prisão, feita a intimaçao por uma das formas previstas no art. 392, e uma vez intimado, também, o seu defensor (constituído ou dativo), poderá este interpor o apelo.

E se for dativo o defensor? Neste caso, não poderá ele, validamente, ser intimado de uma sentença condenatória antes do réu, e, de conseguinte, não poderá fluir, para ele, o prazo recursal.

1

1

Observe-se: mesmo que não haja exigência do recolhimento à prisão, sendo dativo o defensgr, este não pode ser intimado antes do réu. Se o for, ele não poderá apelar. É preciso se proceda, também, à intimação na pessoa do réu por uma daquelas formas previstas no art.

392, mesmo porque o CPP não cuidou da intimação de sentença condenatória na pessoa do dativo. Fê-lo, apenas, em relação ao constituído, e assim mesmo nas hipóteses tratadas nos incs. 11 e 111 do art. 392.

Por outro lado, feita regularmente a intimação, pode o defensor apelar contra a vontade do réu? Pensamos dever o defensor proceder a uma análise do caso, perquirindo a conveniência, ou não, do apelo, ainda que o réu não o queira, pois, no dizer irrepreensível de Figueiredo Dias, a função da defesa ultrapassa o eventual interesse do réu para cumprir uma tarefa que interessa à própria comunidade jurídica: a de que só sejam punidos em processo penal os verdadeiros culpados e, para isso, a de que sejam juridicamente protegidos todos os réus (cf. Direito processual penal, v. 1, p. 471 e 472). No mesmo sentido, G. Leone (cf. Trattato, cit., v. 1, p. 576) e Foschini (cf

. Sistema del diritto processuale penale, v. 1, §§ 120 e 127).

Ainda que o réu esteja em liberdade, a intimação ao defensor dativo deverá ser feita em seguida à daquele, e, haja ou não manifestação do desejo de recorrer, cabe ao defensor, na qualidade de técnico e de órgão autônomo da administração da Justiça, julgar da conveniência ou não do apelo. Cremos, diz Leone, que a inspiração publicística do instituto do defensor, que transcende a visão particular da parte, permite acredi-373

1

1

Z>.

1

iC.,,

t '1~11

1

tar-se que ele dispõe de absoluta liberdade de ação, i cui limiti vanno ricercati esclusivamente nella coscienza e nel senso di responsabilità del difensore non del tutto svincolati, in caso di dolo o anche di colpa, dal sindacato disciplinare (cujos limites devem buscar-se exclusivamente na consciência e no sentido de responsabilidade do defensor, não totalmente desvinculados, em caso de dolo ou mesmo de culpa, da censura disciplinar) - cf. Trattato, cit., v. 1, p.

576.

Tal entendimento não vai ao exagerado extremo de obrigar o defensor a interpor recurso, mesmo porque, nessa matéria, salvante a hipótese do recurso ex officio, o princípio por nós adotado é o da oportunidade ou conveniência. Recorre se quiser. Recurso obrigatório é apenas aquele cabente ao Juiz. 0 recurso é, somente, um ônus. A parte, ou seu Defensor, recorre se quiser. Cremos, com o devido respeito, que o venerando aresto publicado na RTJ, 791413, deixando entrever a' obrigatoriedade da interposição de recurso pelo defensor dativo, e a legislação catarinense, impondo aos defensores dativos o dever de recorrer, violentam o princípio consagrado pelo CPP, no sentido de que os recursos são voluntários, salvo quando devam ser interpostos pelo Juiz (CPP, art. 574).

Nem se pode, data venia, evocar a Súmula 523, ante a falta de recurso de defensor dativo, uma vez que, como bem disse o eminente Dínio de Santis Garcia, "afirmar-se que a falta de interposição de apelo pelo patrono constitui violação do direito de defesa implica em subverter a lei processual, eliminando o princípio da disponibilidade e tornando obrigatórios todos os recursos, mesmo os que a lei define como facultativos", e, após citar inúmeros autores, conclui dizendo que se tem como assente que o defensor não está obrigado a interpor

recursos inúteis, sendo censurável que o faça mesmo quando o objetivo é o retardamento da execução da pena, e, assim, não é possível reduzir a figura do defensor às mesquinhas dimensões de um robot, constrangido a apelar, mesmo quando julgue descabido o recurso (cf. DJE, 23-6-1978, p. 35).

374

às vezes, a não-interposição de recurso revela falta de zelo. Mas não se pode tomar a exceção como regra. A defesa é inviolável, e Bellavista, 1

0 fato de o Defensor não interpor recurso não significa nem duz inexistência de defesa.

Do contrário, seria subestimar as decisões de 1.' grau. Certo que, cuidando do princípio da inviolabilidade da defesa, dizia que ela "si traduce nella necessità della independenza e della autonornia del difensore" (cf. Difesa giudiziaria penale, in Enciclopedia del Diritto, v.

12, p. 459).

Cabe, pois, ao Defensor julgar da conveniência, ou não, do recurso. Se se quiser dizer que o entendimento da obrigatoriedade do recurso pelo defensor é um alargamento do princípio do favor rei, nesse caso, também o defensor constituído será obrigado a interpô-lo, porquanto ambos são réus, tanto o pobre como o rico...

Aliás, o Excelso Pretório, apreciando o recurso extraordinário, cuja denegação foi sustentada pelo eminente Dínio de Santis Garcia, mudou a orientação que traçara (RTJ, 79/413 e 80/97), como se constata pelo venerando aresto publicado na RV, 92/1118 e RT, 545/448.

Convém deixar assinalado que o direito pretoriano tem entendido ser renunciável o direito ao recurso, mesmo porque se trata de simples ônus processual. Assim, se o réu não quiser apelar, já que tomada por termo sua manifestação, 1*evalece sua vontade, ainda que o recurso tenha subido (RT, 597/425). Se o defensor quiser desistir do recurso interposto, poderá fazê-lo, dês que munido de poderes especiais (RT, 424/321, 466/338). Malgrado esse entendimento, é nosso pensamento deva sempre prevalecer a vontade do seu Defensor, uma vez que, se

se subtrair à defesa técnica o direito de apelar, ou de não apelar, por razões que melhor atendam aos interesses do réu, permitindo-se que o próprio réu seja o árbitro dessa situação, não se pode dizer que a sua defesa foi ampla... Ainda que o réu se tenha manifestado expressamente no sentido de não recorrer da sentença condenatória, tem o Defensor Público legitimidade para interpor recurso de apelação, pois cabe a este a avaliação técnica sobre a conveniência de recorrer. Com base nesse entendimento, o STF, por votação unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, deferiu habeas corpus para anular acórdão que entendera inaceitável a apelação criminal interposta pelo Defensor Público, em face da existência de termo de renúncia firmado pelo réu sem a presença do seu Defensor, e determinou o Tribunal de Justiça prosseguisse no julgamento como entender de direito (Informativo SU, n. 105, com os seguintes precedentes: RV, 154/540, 126/610, 156/1074 e 122/326).

Feita a intimação validamente, aí começa o prazo para a interposição do apelo, nos termos do art. 798, § 5.', a, do CPP. Se a intimação se fez por mandado, o prazo flui a partir da data do cumprimento do mandado, e não da sua juntada aos autos. Por outro lado, há entendimento em

i

sentido contrário (RJTJSP, 1241506). Se a intimação se fez por precatória, a partir da sua juntada (RTJ, 59/3660 e RT, 6041367 e 624/287).

14. Extinção anormal da apelação

li L' ~, i

1 W Z1:~

W li il

C'

---1,

0 recurso extingue-se, normalmente, com o provimento ou desprovimento da

instância superior. Apreciada a decisão pelo Tribunal, lavrar-se-á o acórdão, extinguindo-se deste modo o recurso de apelo. Às vezes, contudo, a apelação se extingue de maneira anormal. Assim, se o réu fugir depois de haver interposto o apelo, mesmo que venha a ser recapturado, sua apelação será considerada deserta, e, nesse caso, dela não se tomará conhecimento, nos termos do art. 595 do CPR Salvo a hipótese absurda de ser ele primário e ter boiv, antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória e, mesmo

~lessa forma, ter sido recolhido à cadeia. Nesse caso, se vier a apelar e fugir, não é de ser decretada a deserção do recurso. É que ele tinha o direito de ficar em liberdade, consoante o disposto no art. 594.

Deserção também haverá, ocorrendo a hipótese prevista no art. 806, § 1%

do CPP, se se tratar de ação exclusivamente privada. Deserção, ainda, pela desistência. É o que diz a doutrina majoritária.

Contudo, é de observar que em qualquer circunstância (fuga do apelante ou falta de pagamento do preparo por parte do querelado) o réu não pode deixar de ter o seu apelo apreciado pelo Tribunal, mesmo porque, sendo ampla a defesa, não pode lei subconstitucional criar para o réu obstáculo ao acesso a segunda instância. 0 apelante, menos o Ministério Público, poderá desistir do recurso. Se a desistência ocorrer em processo por crime de ação pública instaurado mediante queixa, nenhum valor terá em face dos termos do art. 29, in fine, do CPR 0

Ministério Público, como vimos, poderá recorrer. Trata-se de mera faculdade. Entretanto, se interpuser o recurso, dele não poderá desistir, nos termos do art. 576. Note-se que a faculdade de recorrer não conflita com o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Já se disse que o Ministério Público não é um autômato fiscal da lei, e os recursos desnecessários teriam apenas o condão de emperrar os nossos Tribunais.

Observe-se que o Ministério Público não poderá apelar de sentença absolutória, proferida em processo por queixa, nos casos de exclusiva ação penal privada. Falta-lhe o interesse, pois o direito de acusar foi transferido ao ofendido, que atua como verdadeiro substituto processual.

15. Em qualquer apelação, o juízo "ad quem" funciona sempre como Judicium rescindens"

Em qualquer apelação, o juízo ad quem funciona sempre como judicium rescindens? A apelação devolve à instancia superior o conhecimento total ou parcial da matéria decidida. Num caso ou

noutro, dentro dos limites da apelação, o Tribunal poderá, apreciando a decisão recorrida, mantê-la ou reformá-la. Todavia, em se tratando de decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, e preciso distinguir.

Inicialmente, é de ponderar que estas são soberanas, isto é, nenhum órgão Jurisdicional, por mais importante que seja, pode sobrepor-se às decisões do Tribunal popular. Sendo soberanas as decisões do Júri, à evidência não pode a instancia superior, apreciando eventual recurso de apelação, rescindir a decisão de 1.a instância, a fim de condenar ou absolver o réu. Quando muito se lhe permite corrigir injustiças ou erros no tocante à aplicação da pena. Assim, ante a per4unta se nas apelações das decisões do Júri ojuízo ad quem funciona sempre cornojudicium rescindens, a resposta há de ser esta: depende. Se o apelo se fundar nas alíneas a ou d do inc. 111 do art. 593

(nulidade posterior à pronúncia ou decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos), o máximo que o Tribunal poderá fazer é rescindir o julgamento e determinar que outro seja levado a efeito, com novos jurados. A instancia superior funciona, nesses casos, como verdadeira giurisdizione regolatrice, constatando ou não a existência de error in procedendo ou error in judicando.

Entretanto, se o apelo se basear nas alíneas b e c do mesmo permissivo legal (for a sentença do Juiz-Presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, ou se houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou de medida de segurança), poderá o Tribunal corrigir o erro ou a injustiça, tal como dispõem os §§ 1.' e 2.'

do art. 593 do CPR É que nessas hipóteses o apelo se dá, única e exclusivamente, contra ato jurisdicional do Presidente do Tribunal do Júri.

Assim, por exemplo, após os jurados reconhecerem que o acusado cometeu o homicídio por motivo fútil, se o Juiz-Presidente, quando da prolação da sentença, além de lhe impor a pena de 14 anos de reclusão, aplicar, também, medida de segurança, em face da insensibilidade moral do réu, tal decisão é contrária à lei expressa, uma vez que a medida de segurança, hoje, é aplicável apenas e tão-somente aos inimputáveis ou semi-responsáveis (art. 26 e seu respectivo parágrafo do CP). Se os

~~ 14111

11 1

1

.1 ~-

.. I I

c:1'~

i "1_

C'~11 ,

jurados reconhecerem que o réu cometeu o crime tipificado no art. 125 do CP, cuja pena mínima é de 3 anos, e o Juiz, após impor-lhe referida pena, concede-lhe o sursis, tal decisão é contrária à lei expressa, uma vez que o sursis pressupõe pena imposta até 2 anos. Se os jurados desacolhem a qualificadora e, mesmo assim, o Juiz-Presidente a evoca para majorar a sanção, essa sentença é contrária à decisão dos jurados. Se os jurados reconhecem o homicídio simples e o Juiz-Presidente evoca a figura do homicídio privilegiado, na sentença, esta afronta a decisão dos jurados. Em todos estes exemplos o apelo pode ser interposto com fundamento na letra b do item 111 do art.

593. Por outro lado, se a pena imposta pelo Juiz-Presidente não for aquela prevista em lei, ou não for aquela que deva ser aplicada em face do veredictum, o apelo será interposto com fundamento na letra c, primeira parte, do item 111

do art. 593. Também poderá ser interposto com base nesse mesmo dispositivo se, ao graduar a pena, o Juiz fizer tabula rasa daquelas regras e principios de que tratam os arts. 59 e s. do CR Por exemplo: impor pena elevada a um réu primário ou pena mínima quando a hipótese reclama certa severidade.

Se o réu for condenado pelo Tribunal do Júri a 14 anos de reclusão, em face de um homicídio qualificado por motivo fútil, interposta apelação pela Defesa, com fulcro na letra c do iric. III do art. 593

do CPP, poderá o Tribunal Superior, na hipótese de entender não ter havido motivo fútil, retificar a pena, tal como permitido no § 2.' do art. 593 do CPP? 0 Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, apreciando a Apelação ri. 43.510-3, da Comarca de Lorena, acolheu o recurso da Defesa que, em suas razões, citou um v. acórdão do Tribunal gaúcho, em que se lia esta argumentação: "Se o motivo fútil é uma qualificadora, e se a qualificadora não é mais que circunstância da pena, o erro de julgamento, a seu respeito, será, então, erro no tocante à aplicação da pena, da qual participa, também, o Conselho de Sentença (CPP, art. 484, IV e parágrafo único). E esse erro pode ser corrigido pelo Tribunal Superior, sem ser preciso que se renove o julgamento (art. 593, § 1% do CPP), em recurso contra erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena (CPP, art. 593, Ill, c)".

Data venia, ousamos divergir. 0 motivo fútil, no crime de homicídio, não é, pura e simplesmente, uma circunstância da pena. Muito embora o seja na maioria dos crimes, em se tratando de horificídio doloso,

ele se converte e se transmuda em elemento constitutivo. Desse modo, sendo ele elementar do crime de homicídio qualificado, passa a compor

• crime. Se fosse mera circunstância da pena, o Juiz da pronuncia não

• invocaria, porquanto a circunstância da pena não pode ser invocada na pronuncia, que é sentença de natureza processual, e sim nas decisões definitivas. Entretanto, se a acusação sustenta a existência do motivo fútil e o Juiz a reconhece, estará obrigado a invocá-la na pronúncia, por força do art. 416 do CPP.

Fosse a qualificadora, como é o motivo fútil no homicídio doloso, simples circunstância da pena, o Ministério Público poderia, em plenário, sustentá-la, embora não articulada no libelo, tal como pode fazê-lo em relação às circunstâncias agravantes, simples accidentalia dos crimes em geral. A vingar esse entendimento, quando o Júri vier a negar uma patente e cristalina qualificadora, poderá o Tribunal Superior, ante eventual apelo da acusação, reconhecê-la, corrigindo, destarte, o erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena...

Poderia também, nessa linha de raciocínio, desclassificar um homicídio privilegiado para homicídio simples, se entendesse desfigurada a causa de especial diminuição...

Por outro lado, há nos julgamentos pelo Tribunal do Júri uma competência funcional por objeto do juízo, competindo aos jurados, apenas e tãosomente, decidir sobre a existência do crime e a responsabilidade do acusado. A aplicação da pena é da competência exclusiva do JuizPresidente, a quem cabe fundamentar a decisão, "salvo quanto às conclusões que resultarem das respostas aos quesitos". Assim, quando o art. 593, 111, c, do CPP alude a "erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena", obviamente permite o apelo para atacar o ato j urisdicional do Juiz Presidente do Tribunal do Júri. Não a decisão dos jurados. Se estes reconheceram a existência de uma elementar (que é aquela circunstância que se agrega à figura típica fundamental, de molde a deslocar o tipo para uma figura especial), não pode o Juiz-Presidente deixar de atender à conclusão dos jurados, sob pena de afrontar a soberania dos veredictos, dogma constitucional.

Ademais, quando os jurados são indagados sobre a existência, ou não, de uma qualificadora, o Juiz-Presidente nada mais faz do que indagar-lhes a respeito do fato principal, tal qual dispõe o art. 484, 1, do CPR "Fato principal, a que alude o dispositivo, é ofato delituoso ou.fato típico, de acordo com o libelo. Ele pode ser simples ou qualfficado, se o

.,11

IGI'

í 1", '1,

„ X p !

fl

%~i

C.,

1 1

agente praticou o crime de homicídio com alguma ou algumas das circunstâncias elementares enumeradas no art. 121, § 1% do CP, v. g., mediante paga ou por outro motivo torpe. Mas a circunstância qualificadora será objeto de quesito em separado, pois naquele que trata do fato principal é como se o homicídio tivesse sido simples, sem circunstância agravadora" (cf. Adriano Marrey, Alberto Silva Franco, Chaves Camargo e Rui Stocco, Júri; teoria e prática, 2. ed., Revista dos Tribunais, p. 141).

No mesmo sentido Whitaker: "... 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 isto mesmo quando as referidas circunstâncias se limitem a agravar a pena pedida e não quando, POR SEREM

ELEMENTARES DE OUTROS DELITOS,

CONVERTAM NESTES 0 FATO TRAZIDO A JURF' (cf. F. Whitaker, 0 Júri, 2. ed., p. 190).

Observe-se que a formulação de quesito sobre qualificadora em separado e posposto aos quesitos defensivos é mera criaçao pretoriana. Nada impede possa o Juiz indagar da qualificadora logo em seguida ao primeiro quesito, como desdobramento deste, tal como permitido pelo inc. 11, última parte, do art. 484 do CPP, por se tratar de fato típico "qualificado". E isto precisamente foi o que deixou bem claro o Prof. Frederico Marques ao chancelar entendimento do Des. Thomaz Carvalhal: "Questão onde é abundante e farta a quantidade de acórdãos sobre ela proferidos tem sido a da posposição ou anteposição dos quesitos de

defesa às circunstâncias qualificadoras do crime. Num acórdão relatado pelo Des. Thomaz Carvalhal, a matéria foi colocada em seus devidos termos: trata-se de questão jormulária que não acarreta nulidade alguma ao julgamento - RT, 217/87"

(cf. 0 Júri no direito brasileiro, 2. ed., Saraiva, p. 259).

Aliás, a unica razão que justifica a indagação sobre a qualificadora após os quesitos defensivos é a rapidez do julgamento. Reconhecida uma causa de absolvição, não se questionará mais sobre eventual qualificadora...

Assim, se a qualificadora integra o tipo, convolando-o de simples em qualificado, a decisão dos jurados sobre a existência de uma qualificadora é decisão sobre o própriofato delituoso e, por isso mesmo, não enseja a aplicação das regras contidas nos §§ 1.' e 2.' do art. 593 do CPP.

380

J1

Insta esclarecer, pois, que os incs. 1 e II do art. 484 do CPP dizem respeito ao fato principal. Havendo qualificadora, dela cuidará a segunda parte do inc. 11. Pouco importa seja tal quesito posposto aos da defesa. 0 inc. IV do art. 484 não diz respeito às qualificadoras, mas, simplesmente, a "causa que determine aumento de pena em quantidade fixa dentro de determinados limites, ou... causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições .....

Ora, a qualificadora não e causa que determina aumento de pena em quantidade fixa dentro de determinados limites. Ela integra o próprio tipo. Quando o homicídio é qualificado, a sanção já é prevista em lei com o limite mínimo e o limite máximo. Entretanto, quando há uma causa que determina aumento de pena em quantidade fixa dentro de determinados limites, cumpre ao Juiz-Presidente, se os jurados a acolherem, fixar, por primeiro a pena base para, depois, fazer incidir o aumento. Assim, por exemplo, nos delitos previstos nos arts. 125 e 126, constitui causa que deterMina aumento de pena o fato de a gestante sofrer lesão corporal grave... Como, também, nas hipóteses do parágrafo único do art. 26, do § 1.' do art. 121, todos do CP, nas hipóteses de concurso formal, crime continuado etc. Desse modo, se o agente, mediante única

ação, comete, por motivo fútil, duplo homicídio, o JuizPresidente, na dosagem da pena, observa, por primeiro, qual a sanção prevista para o homicídio qualificado e, atentando para o disposto no art. 59 do CP, fixa a pena base em 16 anos. Depois, então, vem a causa de aumento de que trata o art. 70 do estatuto penal...

0 STF já se havia pronunciado, também, no mesmo sentido dos Tribunais de São Paulo e do Rio Grande do Sul. Entretanto, na sessão plenária realizada aos 8-3-1989, o Excelso Pretório, apreciando o Habeas Corpus ri. 66.334-6, de São Paulo, assim decidiu: "... Sendo a qualificadora elemento acidental do crime, e não circunstância da pena, o erro em seu julgamento não enseja apelação com fundamento na letra c do inciso 111 do art. 593 do CPP, mas, sim, na letra d desse mesmo dispositivo (quando 'for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos'), e, conseqüentemente, o seu provimento - como ocorreu no caso concreto - acarretará seja o réu submetido a novo julgamento pelo Júri. Habeas Corpus indeferido" (DOU, 19-5-1989, p. 8440).

Se o réu for absolvido pelo Tribunal do Júri e o Ministério Público apelar, com fundamento na letra d do inc. 111 do art. 593, e o Tribunal, dando provimento ao apelo, determinar seja o réu levado a novo julga-381

c I' Il

~ -11

`1:: 1,

Il il ,

mento, e, se nesse novo julgamento, for ele condenado, poderá a defesa apelar com fundamento na letra d? Não. E a razão é clara: se o Tribunal, quando da primeira apelação, entendeu que os jurados, absolvendo o réu, decidiram manifestamente contra as provas dos autos, não teria sentido que, depois de condenado, pudesse admitir que a condenação também o foi. E se, por acaso, no segundo julgamento for ele absolvido de novo? Poderá o Ministério Público apelar com fundamento na letra d outra vez? Há discussão a respeito. E a discussão repousa no significado da expressão mesmo motivo, a que se refere o § 3.' do art. 593. Há quem entenda que a expressão está empregada no sentido de

thema decidendum, e, assim, se absolvido, inicialmente, pela legítima defesa, interposto recurso de apelo com fundamento na letra d, indo a novo Júri e, aí, absolvido, digamos, pelo reconhecimento de estado de necessidade, ainda caberia outro.apelo arrimado na mesma letra d. Tal exegese, sobre ser escoteira, é absurda. 0 sentido da expressão mesmo motivo é mesmo fundamento, isto é, a circunstância de ter sido a decisão proferida manifestamente contra a prova dos autos. Ver RV, 114/408 e RT, 672/3 10.

Desse modo, quando o § 3.' do art. 593 do CPP veda segunda apelação "pelo mesmo motivo", obviamente se refere ao motivo definido no inc. 111, d, do mesmo artigo: "decisão manifestamente

contrária à prova dos autos". Pode-se afirmar, pois, que a expressão mesmo motivo tem o sentido de pressuposto de admissibilidade, isto é, com fundamento na letra d, só uma vez. A propósito, Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, p. 247; Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30/406 e 38/283; RTI, 51/31 e 45/44.

16. A apelação sobe nos próprios autos?

0 recurso de apelação sobe nos próprios autos. Poderá subir por instrumento? Em caso excepcional, sim. A hipótese vem prevista no § 1.'

do art. 601. Nesse caso, deverá o apelante requerer o traslado de todo o processo, e a apelação subirá com os autos trasladados. Observe-se que as despesas do traslado ficam a cargo do apelante, salvo se for pobre ou se se tratar do Ministério Público.

17. Absorção do recurso em sentido estrito

Suponha-se que o Juiz profira sentença condenatória e não conceda o sursis e o réu queira apenas recorrer para consegui-lo. Como proceder?

Deverá recorrer em sentido estrito, com fundamento no art. 5 8 1, XI?

Não.

0 recurso oponível será a apelação. Apelação lirrátada, mas apelação. A propósito, o § 4.' do art. 593: "Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra". Trata-se de aplicação do princípio da consumação.

18. 0 prazo para o assistente apelar

Nos crimes de ação penal pública, o ofendido, se capaz, ou seu representante legal, se incapaz, ou, no caso de morte do ofendido, qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 do CPP, tenha-se, ou não, habilitado como assistente do Ministério Público (CPP, art. 268), poderá apelar das sentenças absolutórias proferidas pelo Juiz singular ou pelo Tribunal do Júri, se não o fizer o órgão do Ministério Público. É bem verdade que o art. 598 do CPP - que trata do assunto - não se refere, exclusivamente, às sentençías absolutórias. Fala, tão-somente, de sentença. Mas, consoante expusemos no capítulo atinente ao "Assistente de acusação", no segundo volume, se a razão de se admitir a figura do assistente repousa no interesse de preservar o seu direito quanto à satisfação do dano ex delicto, parece-nos lógico que, sendo proferida sentença condenatória, seja pelo Juiz singular, seja pelo Tribunal do Júri, aquele direito ficará assegurado, nos termos dos arts. 63 do CPP e 91, I, do CP, não se justificando, pois, possa ele apelar para agravar a situação do réu, mesmo porque o quantum da "indenização" não é fixado em função da quantidade ou natureza da pena. Malgrado isso, há numerosos julgados em sentido contrário (cf. RV, 69/367; Recurso Criminal n. 86.047, DJU, 30-9-1977, p.

6685; Recurso Criminal n. 92.648, DJU, 13-3-198 1, p. 1732; RTI, 49/104, 51/629, 69/367; RT, 462/42 1, 488/392, 500/314, 503/307, 542/420, 621/415, 647/331; JTACrimSP, 44/306; RV, 49/109, 51/629, 69/367, 101/1116, 127/940). Por último, a mais recente decisão do STJ (RT, 681/406). Mas, que interesse poderia ter o assistente no apelo da sentença condenatória? Onde seu legítimo interesse? Que interesse poderia ter a vítima em apelar de sentença condenatória? Nenhum. E nenhum, pelo simples fato de ser ela

"portatrice dell'interesse privatistico alla restituzione e al risarcimento del danno e, solo aquesto fine, dell'interesse processuale all'accertamento del fatto, all'affermazione della responsabilità dell'imputato e

al riconoscimento della illecítà del suo comportamento" (cf. Tullio Grimaldi,

i

i

nel processo penale, Jovene, 1965, p. 7). No mesmo sentido, Giovanni Leone: "Non può, del pari, ritenersi che la parte civile sia ammessa a coadiuvare il pubblico ministero, giacchè, a norma della legislazione vigente, la parte civile è legittimata a far valere solo la pretesa di risarcimento o di restituzione ed è, pertanto, estrànea all'esercizio del diritto punitivo statale"

(Trattato di diritto processuale penale, 196 1, v. 1, p. 486). Vejam-se, ainda, Ranieri, Manuale di diritto processuale penale, Padova, 1956, p.

136; Levi, La parte civile nel processo penale italiano, 2. ed., Padova, 1936, p. 3.

Por outro lado, dispunha o art. 195 do Codice di Procedura Penale, e, ao que consta, nenhuma alteração, no particular, foi introduzida pelo vigente Código: "La parte civile, se trattasi di sentenza impugnabile dal pubblico ministero, può proporre l'impugnazione contro le disposizioni della sentenza che concernono i suoi interessi civili, quando vi è stata condanna

dell'imputato".

No direito francês, o problema é o mesmo. Daí dizer Brière de U Isle: ILI', ',

La partie civile (equivale ao nosso assistente), ne peut faire appel que

1 :>, 1, . dans la mesure de ses intérêts civils

" (Procédure,

cit., p. 362).

0 art. 69, n. 2, c, do atual CPP português proclama competir aos

% 1

-

assistentes interpor recurso das decisoes que os afetem, mesmo que o Ministério Público não o tenha feito...

I. ,'li ~

~ -11 1

1 .

Não obstante, há decisões conferindo ao assistente o direito de apelar para agravar a situação do réu, conforme acabamos de ver. Em compensação há decisões contrárias a esse entendimento (cf.

RV, 56/877, RT, 518/389, 4621381, 520/436, 546/379, JTACrimSP, 491233, 501308).

Alega-se que o assistente tem legítimo interesse, porquanto colabora com o Estado na aplicação da lei penal. Mas, se assim fosse, por que razão, ante a inércia do Ministério Público, não pode o assistente interpor os recursos no caso de pronúncia, de sursis, de indeferimento de requerimento para a decretação da prisão preventiva, de concessão de fiança, de decisão julgando procedente exceções, que concede habeas corpus? Por que razão a Súmula 208 impede o assistente de interpor recurso extraordinário de decisão concessiva de habeas corpus? Por que razão a Súmula 210 só permite o recurso extraordinário do assistente naquelas hipóteses previstas nos arts. 584,

§ 1.% e 598 do CPP? É certo que a vítima pode ingressar com a ação civil de satisfação do dano, nos termos do art. 64 do CPP, e nada impede, nesse caso, sua habilitação como assistente. Tal circunstância, pensamos, não desnatura

à

nosso entendimento, mesmo porque, na esfera penal, talvez lhe seja mais fácil lograr uma condenação, o que o beneficiaria, como se infere do art.

91, 1, do CR Por outro lado, há entendimento de que proposta a actio civilis, deve o Juiz do Cível sobrestar seu andamento até o julgamento definitivo na esfera penal, precisamente para evitar decisões

contrastantes. Outro argumento é no sentido de que, mesmo que a vítima renuncie, expressamente, à satisfação do dano, poderá habilitar-se como assistente. Quer-nos parecer que, nesse caso, faltar-lhe-á interesse para habilitar-se como assistente.

De uma forma ou de outra, qual o prazo para o ofendido ou qualquer das pessoas referidas nos arts. 268 e 598 do CPP interpor recurso de apelo?

Sempre sustentamos ser preciso distinguir: se o ofendido ou qualquer daquelas pessoas referidas no art. 268 do CPPjá havia-se habilitado no processo como assistente, o prazo para apelar é de cinco dias, mesmo porque nenhuma razão justificaria pudesse o seu apelo ser interposto em prazo mais dilatado do qut aquele fixado para as demais partes. Se não estava habilitado, então o prazo é aquele referido no parágrafo único do art. 598 do CPP: 15 (quinze) dias. Aliás, o SU entendia, também, assim, como se constata pelos venerandos arestos publicados na RV, 681604, 731321 e 86n8.

Posteriormente a Excelsa Corte, no Recurso Criminal ri. 90.579 (DJU, 19-11-1979, p. 8619), salientou que o art. 598 do CPP não estabelece nenhuma distinção entre ofendido habilitado como assistente e não habilitado, e, de conseguinte, o prazo seria de 15 dias, num e noutro caso. A partir de 1982, o Excelso Pretório volveu à sua antiga posição, como se percebe por este julgado:

"Habeas Corpus ri. 59.668-1-RJ. Relator Min. Moreira Alves.

Ementa: Assistente de acusação. Prazo para apelar. 0 STF, ao julgar, por seu Plenário, o HC 50.417, fixou o entendimento de que, se o ofendido já estiver habilitado no processo, deverá ser intimado da sentença, para só então fluir o prazo da apelação. Nesse caso, o prazo para apelar é de 5 (cinco) dias, pois não se aplica à hipótese o parágrafo único do art. 598 do CPP, até porque não há razão alguma para o assistente da acusação ter o triplo do prazo do Ministério Público" (grifos nossos). "Na espécie sob julgamento, o assistente da acusaçao só tomou conhecimento da sentença após haver ela transitado 385

em julgado para o Ministério Público, motivo por que, a partir desse conhecimento, começou a fluir para aquele o prazo de cinco dias para apelar, prazo esse, porém, que se exauriu antes de a apelação haver sido interposta. Habeas corpus deferido para o restabelecimento da sentença absolutória que transitara em julgado" (cf. DJU, 4-6-1982, p.

5460).

E hoje é este o entendimento prevalente.

Por outro lado, surge a questão: seja de cinco dias para o habilitado, ou de quinze para o não habilitado, a partir de quando começa a fluir o prazo? Pela leitura do parágrafo único do art. 598 do CPP, a partir da data em que terminar o do Ministério Público. 0 Excelso Pretório já entendeu que, não fazendo o parágrafo único do art. 598 do CPP nenhuma distinção entre o ofendido habilitado e o não habilitado como assistente, o prazo deve correr da data em que se escoar o prazo do Ministério Público (cf. RV, 56/629). A tal ponto chegou a Augusta Corte que elevou seu entendimento à posição de preceito sumular. Na verdade, dispunha a Súmula 448: "0 prazo para o assistente recorrer supletivamente começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público".

Entretanto, quando o Plenário do Excelso Pretório apreciou o Habeas Corpus ri. 50.147, aos 29-11-1972, deferiu questão de ordem, visando à revisão da Súmula 448 (cf. RV, 68/604). E, em face da citada revisão, o prazo para o assistente habilitado não correrá enquanto não for feita sua intimação (cf. RTJ, 86/78).

Em seguida a esse julgado, ainda houve divergência (RTJ, 93/421). Após, parece que ficou pacífico o entendimento de que a vítima, se se habilitou como assistente, dispõe de 5 dias para apelar.

Quanto ao início do prazo, temos: a partir do trânsito em julgado para o Ministério Público, se a intimação ocorreu antes, ou a partir da intimação, se esta ocorrer depois. Nesse sentido: RV, 105/90, 125/1284; RT, 557/352, 595/392, 630/392.

< -:.11

iL I.~ ', 1:1,.,

's 0

E" o

JI ~

19. Prazo para o Ministério Público apelar

Seja para apelar, seja para interpor recurso em sentido estrito, o prazo do Ministério Público é de cinco dias. A partir de quando? Da data em que ele apõe seu ciente ou daquela constante da certidão do escrivão? A Excelsa Corte vem decidindo ora num, ora noutro sentido, como se constata nas RTJ, 54/148, 75/440 e 89/310. Até há pouco tempo estava prevalecendo o entendimento de que o prazo 1 511

para recurso do Ministério Público flui a partir da data da certidão do escrivão, e não da data do ciente aposto pelo órgão do Ministério Público (RTJ, 89/310).

Entretanto, no Habeas Corpus n. 59.684-3-SP (DJU, 4-6-1982, p_ 5460), de que foi relator o eminente Min. Cordeiro Guerra, por voto unanime, a Egrégia 2.' Turma da Augusta Corte decidiu:

"0 prazo para recurso do Ministério Público começa a fluir da data em que referido órgão teve ciência da decisão recorrida. Não se contesta que o Escrivão possa certificar, nos autos, a intimação do órgão do Ministério Público, e que dela decorra o prazo recursal. Porém, para tanto, é necessário que o Escrivão certifique a intimação específica e nominal do órgão do Ministério Público, e, também, que este tenha se recusado a apor o ciente. Caso contrário, não prevalece a certidão generica e inespecífica, contra o 'ciente' do Ministério Públi4

co. Não é lícito ao Ministério Público restringir, em razoes de apelação, o recurso amplo interposto (art. 576 do CPP) .....

Já está estabelecido que a intimação se dá na data em que o Promotor recebe os autos para o conhecimento da sentença. Dessa forma, a não ser diante de prova firme em contrário, ostenta plena valia a certidão do funcionário com fé pública

que atesta haver realizado o ato (RT, 607/442, e RV, 116/333). Em outro julgado, de que foi relator o eminente Min. Francisco Rezek, ficou assentado:

'Vonsidera-se intimado o Promotor no momento em que recebe do escrivão, para ciencia, a decisão do seu interesse, e não no instante em que se dispõe à leitura do texto e aposição do ciente" (RTJ, 117/871).

Magnífica a decisão do STJ: "Havendo divergência de datas entre a certidão do Cartório, referente à intimação da sentença ao Promotor, e a data do 'ciente' aposta pelo representante do Ministério Público, prevalece esta última. Em matéria de recurso, na dúvida, decide-se em favor da sua admissibilidade, em conseqüência do princípio da pluralidade dos graus de jurisdição" (Ementário 14 do STJ, n.

638, DJ, 11-3-1996).

20. Apelação sumária e ordinária

Que se entende por apelação sumária e por apelação ordinária? A denominação é de Frederico Marques. Explica-se: quando o recurso de 387

11

,,,, 1

L « 1 :

.C 00

%»~ i

IL li, ,

. Z:

,.i .

apelo sobe ao Tribunal, o seu procedimento, na superior instância, varia de conformidade com a infração. Se se tratar de contravenção ou crime apenado

com detenção, do Tribunal os autos vão ao Procurador da Justiça para, no prazo de 5 dias, proferir seu parecer. Em seguida, vão ao relator que, dentro em 5 dias, deverá pedir designação de data para o julgamento, prosseguindo-se nos termos do parágrafo único do art. 610. Como o procedimento, nesses casos, é singelo, fala-se em apelação sumária. Mas, se o crime for apenado com reclusão, o Procurador terá 10 dias para o parecer. Retornando os autos ao Tribunal, passarão eles, por igual prazo, pelo Relator e, em seguida, pelo Revisor, que, após examinar o processo, pedirá dia para julgamento. Fala-se, desse modo, em apelação ordinária. Na apelação sumária, as partes poderão, após a exposição do feito pelo Relator, fazer sustentação oral, durante 10 minutos. Se a apelação for ordinária, o prazo será de 15 minutos.

21. Efeitos do recurso de apelação

Quais os efeitos do recurso de apelo, se a sentença for condenatória? Em primeiro lugar, devemos destacar o devolutivo, dentro nas limitações ditadas pelo princípio do tantum devolutum quantum appellatum. Em segundo, o suspensivo. Quer dizer, então, que, interposta apelação de uma sentença condenatória, fica em suspenso a executoriedade da decisão impugnada? É a regra que se vê no art.

597. Todavia, em face das exceções que este dispositivo enumera e em virtude da alteração sofrida pelo art. 594, por força da Lei n. 5.941, de 22-11-1973, podemos concluir que a apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo nas seguintes hipóteses: a) se a infração permitir ao réu livrar-se solto (CPP, art. 321); b) se a infração for inafiançável e o réu primario e de bons antecedentes (CPP, art. 594); c) com melhor razão, se a infração for afiançável (nesse caso a fiança não será prestada -CPP, art. 596); d) se o réu não for primário (ressalvada a hipótese do art. 323, 111, do CPP), nem tiver bons antecedentes, se a infração for afiançável, uma vez prestada a caução, seu apelo terá, também, efeito suspensivo; e) nos crimes referidos na Lei n. 8.072190, primário ou não, com ou sem bons antecedentes, se o Juiz, em decisão fundamentada, permitir o apelo em liberdade, obviamente o recurso terá efeito suspensivo.

Nos demais casos, não terá efeito suspensivo. Aliás, melhor seria indagar quando é que o recurso de apelo não tem efeito suspensivo. Ele 388

não o tem nas seguintes hipóteses: a) se a infração for inafiançável e o réu não

for primário, ou, ainda que o seja, não tiver bons antecedentes; b) se a infração for afiançável e o réu não tiver bons antecedentes, ou não for primário (ressalvada a hipótese do art. 323, 111, do CPP), e não prestar fiança; c) nos crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, ressalvada a hipótese prevista no § 2.' do art. 2.' da Lei n. 8.072/90; d) nos crimes praticados em organização criminosa é vedado o apelo em liberdade, ex vi do art. 9.' da Lei n. 9.034, de 3-5-1995.

E se o crime for inafiançável, o réu estiver em liberdade, não sendo ele primário, ou, ainda que o seja, não tiver bons antecedentes, como proceder? Se estava preso, obviamente que por força de uma medida cautelar. Mas, se estava em liberdade, malgrado a regra do art.

594 do CPP, entendemos que o princípio de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5.', LVII, da CF) constituijam argumento a mais a permitir o apelo em liberdade, reservando-se a prisão provisória às hipóteses de real necessidade. Seu recolhimento à prisão repousaria na circunstância de ser o réu reincidente ou não ter bons antecedentes?

Obviamente não. Se o fosse a própria lei teria criado, em face da reincidência ou maus antecedentes, um obstáculo intransponível para a concessão da liberdade provisória, nos casos de prisão em flagrante. Entretanto, o parágrafo único do art. 3 10 do CPP não faz tais restrições. Se fizesse, o Juiz deveria decretar a prisão preventiva em relação aos reincidentes ou de maus antecedentes que cometessem crimes inafiançáveis. Seria pela razão de ter havido uma sentença condenatória?

Também não; do contrário só os sábios das

Sagradas Escrituras explicariam por que o condenado a 15 anos, primário e de excelentes antecedentes, poderá apelar em liberdade, e o reincidente condenado a 2 anos não possa fazê-lo. Não seria uma presunção legal de fuga? Não é possível. No exemplo dado, haveria maior presunção para o condenado a 15 anos... Não seria em virtude de uma presunção de periculosidade? Não existe, entre nós, presunção de periculosidade para os reincidentes; apenas em relação aos inimputáveis. Ademais, vigorando entre nós, em nível constitucional, a presunção de inocência do acusado ainda não

definitivamente condenado, contra ele não se pode admitir qualquer presunção que supere aquela presunção de inocência, para usarmos de uma expressão de Ada P. Grinover (cf. 0 processo em sua unidade, Saraiva, 1978, p. 109). Não se pode, pois, 389

1

presumir que o presumidamente inocente vá fugir... não se pode presumir que o presumidamente inocente seja perigoso. Tais presunções praticamente anulam o princípio constitucional da presunção de inocência E assim sendo presunções odiosas que superam a da inocência,

.

1

9

elas afrontam a Lei Maior.

< j LI'.

Z 1,

i (1 -"1 .

i ~L i .

14 .~ . ,

C 2 :

Y.

Não se deve deslembrar que toda e qualquer prisão provisória só se justifica se ditada por real necessidade. Senão, não. Aliás, quando do envio à Câmara dos Deputados do Projeto de Lei que se converteu na Lei n. 6.416, de 24-5-1977, o Sr. Ministro da Justiça, na exposição de motivos, frisou:

"... 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". E mais adiante: "Quanto à prisão provisória... foi ela reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública".

Que interesse teria a Justiça em prender provisoriamente aquele que ainda não foi definitivamente condenado? Que risco correria a segurança social?

De que forma a ordem pública seria perturbada?

Na Quinta Jornada Latino-Americana de Direito Processual Penal, em Bogotá-Cartagena, de 20 a 27 de junho de 1970, foram aprovadas algumas

"bases fundamentales para Ia legislación procesal penal de Espafla y Latinoamérica". Dentre elas a de n. 3:

"Puesto que el imputado 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 carácter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estrictamente necesario".

0 CPP alemão (StPO), no § 449, dispõe:

"Vollstreckbarkeit Strafurteile sind nicht volistreckbar, bevor sie rechtskrãftig geworden sin". (As sentenças penais não são executáveis enquanto não transitarem em julgado.)

E comentando tal disposigáci, Julio B. J. Maier observa: "En materia penal la condena, para ser ejecutable, debe haber quedado firme (§ 449), 390

lo que implica rechazar toda ejecución o título ejecutivo provisional"

(cf. La ordenanza procesal penal, Buenos Aires, v. 2, p. 375).

E na pagina seguinte acentua: "Y en materia penal Ia base es Ia firmeza de la decisión con la cual ella adquiere calidad de cosa juzgada (material), tal como lo postula la ley alemana, rechazando la ejecución provisional y toda interpretación que desvirtúe la aseveración de que condena o pena existen sólo después de una sentencia firme".

Agora, em face do princípio segundo o qual o imputado não pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, mais se evidencia o direito de apelar em liberdade. Não só de apelar, mas, inclusive, de interpor recurso extraordinário ou recurso especial, com efeito suspensivo, pois a interposição desses recursos pressupoe a não-existência de trânsito em julgado.

Cumpre assinalar que, em Porto Alegre, o eminente Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Dr. Ranolfo Vieira, no V Encontro de Tribunais de AlçadA tendo em vista o novo texto constitucional , sustentou, com brilho, a tese de que "não mais serão efeitos da sentença penal condenatória recorrível ser o reu preso nem seu nome ser lançado no rol dos culpados". E o eminente Prof.

Paulo Cláudio Tovo acrescentou: "Com muito mais razão, ainda, automaticamente derrogado, também, o parágrafo primeiro do art. 408 do aludido estatuto legal, que previa os mesmos efeitos para a simples decisão de pronúncia. Norma evidentemente draconiana, pois a pronúncia não é sentença definitiva nem com força de definitiva. Não julga o mérito da causa, nem põe fim ao processo. Apenas considera viável a acusação" (cf. Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1989, p. 24).

A Colenda 4.' Câmara do Eg. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo tranqüilamente reconhece que não se pode deduzir presunção contra o réu que supere a presunção de inocência, dogma

constitucional, e, por isso mesmo, entende que o art. 594 do CPP foi revogado pela Constituição.

E novas decisões vão despontando, no sentido de permitir o apelo em liberdade. A propósito, as proferidas pelo TRF da 1.a Região (DJU, 27-11-1989, Seç. 11, p. 15127, e DJU, 21-5-1990, p. 10292); RT, 645/ 325 (TJMS); e JTACrim, 100192.

Mesmo nos denominados "crimes hediondos", sem embargo do contido no § 2.'

do art. 2." da Lei n. 8.072, de 25-7-1990, pode o réu 391

i

li, 1

1 1

L '11 h -

.C.

1 Ill .,

~ -11 ..

.0., .,

apelar em liberdade, uma vez que as presunções de periculosidade e de fuga que aquela disposição legal deixa transparecer não se podem sobrepor à presunção de inocência. Ademais, nunca vimos um crime de ação privada que fosse hediondo. Mas, como aqui tudo acontece, aí está: uma garota de 13 anos, rica, entregou-se ao namorado. Houve estupro. 0 crime é de alçada privada, posto não ter havido violência. E, não obstante de ação privada, trata-se de "crime hediondo"... nos precisos termos do art. 1.' da Lei n. 8.072/90. Se no quartel um soldado estupra uma funcionária, o crime não é hediondo, posto não estar qualificado como tal no CPM... Mas, se o fizer em dia de folga, fora do quartel, será...

0 Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, em vários dos seus julgados, de que é exemplo o publicado na RT, 6471291, tem repelido o entendimento de que o art. 594 do CPP tenha sido revogado pelo art.

5.', LVII, da Constituição Federal. Alega-se que não se pode concluir daquele princípio constitucional estar proibida a prisão provisória.

Evidente que tal conclusão seria grosseira. 0 princípio segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória não impede a decretação da prisão preventiva.

Esta se baseia em dado concreto: o réu está perturbando a ordem pública, ou a

ordem econômica ou a instrução criminal, ou, por último, o réu está querendo subtrair-se a eventual aplicação da lei penal. Na hipótese do art. 594 do CPP ou do art. 35 da Lei Antitóxico, não há nenhum dado concreto. Há, tão-somente, uma odiosa e injustificável presunção. Presunção de que o réu é perigoso, ou presunção de que ele vai subtrair-se a eventual aplicação da lei penal. E tal presunção conflita, gritantemente, com o princípio da inocência. Ainda que se diga que durante a tramitação do processo não há culpado nem inocente, mas, tão-só, um acusado, e que, à sentença final, e só a ela, compete dizer se o acusado é inocente ou culpado, não se poderá, sem absurdidade, admitir a prisão do acusado não-definitivamente condenado para poder apelar. Se ele não pode ser considerado culpado, porque ainda não definitivamente condenado, por que prendê-lo? Que razões justificariam a prisão? Apenas uma: a presunção de fuga... a presunção de perigosidade. Mas, se ele não é culpado nem inocente, será justo deduzir contra ele uma presunção que o prejudique?

Observe-se que, de acordo com o nosso sistema legislativo, a única prisão provisória que se justifica é a "prisão preventiva", porque 392

1 i!

necessaria quando satisfeitos seus pressupostos legais. Na hipótese de flagrante, o preso só não fará jus à liberdade provisória "quando presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva". Nem mesmo a fiança poderá ser concedida (art. 324, IV, do CPP).

E a prisão preventiva caberá em três hipóteses: a) se o indiciado ou réu estiver perturbando a ordem pública ou a ordem econômica; b) se ele estiver "influindo danosamente na instrução criminal"; c) para assegurar a aplicação da lei penal. Neste último caso, Romeu Pires de Campos Barros, falando por todos, observa, com a firmeza do doutrinador e a serenidade de um magistrado: "assim, o perigo de fuga do indiciado ou acusado justifica a imposição da cautela, evitando que se torne ilusória a condenação proferida no processo principal. 0

perigo de fuga revela-se quando o indiciado prepara-se para deixar o seu domicílio, desfazendo-se dos bens imóveis, demonstrando o desejo de empreender viagem ou revela a outrem esse seu propósito" (cf. 0

processo penal cautelar, Forense, 198~, p. 201).

Assim, a prisão do pronunciado, para aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 408 e parágrafos do CPP); a prisão para o réu poder apelar (art. 594 do CPP); a prisão para o réu poder apelar no caso daqueles crimes de que trata o art. 2.' da Lei n. 8.072/90, não passam de providências injustas, prepotentes, arbitrárias, e que afrontam o princípio constitucional de que "ninguém poderá ser considerado culpado, senão depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória".

Essas prisões são injustas simplesmente porque embasadas em meras presunçoes. E o que é mais grave e odioso: não se trata de uma presunção deduzida pelo Juiz sentenciante, mas de uma

presunção imposta pelo legislador ao Juiz...

A prisão decorrente de sentença penal condenatória era considerada como

"provisória execução da pena". Hoje, contudo, não é mais possível considerá-la como tal. Na verdade, é de se perguntar: por que deve ser executada, provisoriamente, a pena de três anos imposta ao condenado por infração do art. 12 da Lei Antitóxico, e não o ser a pena de quinze anos imposta ao homicida primário e de bons antecedentes? Por que deve ser executada, provisoriamente, a pena de três anos imposta a um reincidente, e não o ser a pena de cinco, oito, dez, quinze ou vinte anos imposta a um homicida primário?

393

11

1

É~

.1 --- .

<

w

Il ', _, I.

IL ji

i .,

Além dessas indagações, que ficam sem resposta, há mais a considerar. 0

art 393, 1, do CPP diz ser efeito da sentença penal condenatória recorrível "ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançaveis enquanto não prestar fiança". Tal dispositivo deve ser interpretado em combinação com o art.

669, 1, do mesmo estatuto. Verbis:

"Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo:

1 - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança".

Conclui-se, pois, malgrado aquelas incongruências, haver o legislador considerado a prisão, na hipótese do art. 594 do CPP, como verdadeira

"provisória execução da pena".

A propósito, Frederico Marques: " ... a sentença penal condenatória recorrível produz, desde logo, efeitos executórios, consoante a própria linguagem da lei, no citado art. 669, 1, do Cód. de Proc.

Penal" (cf. Elementos, Forense, 1962, v. 3, p. 76, n. 626).

Torriaglii, após falar da prisão como efeito da condenação, esclarece:

"Confirmando o disposto no art. 393, o art. 669, 1, dispõe: 'Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo: 1) quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança...` (cÊ

Curso, 5. ed., Saraiva, v. 1, p. 188).

Assim tambémAfrânio SilvaJardim (cf. Direito processual penal, Forense, 1990,

p. 411).

Pois bem. A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11-7-1984) dispõe no art. 105: "Transitando em julgado a sentença que aplicar a 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".

Assim, revogada ficou a regra contida no art. 669, 1, do CPP, que admitia uma provisoria execução da pena...

E não é pelo fato de a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível haver perdido o caráter de "provisória execução da pena" que a Justiça deva justificá-la, sob outro fundamento...

E é exatamente o que se vem fazendo. Antônio Magalhães Gomes Filho, em notável trabalho, criticando o ponto de vista de Frederico 394

1 1

Marques e Afrânio Silva Jardim, diz: "Não podemos concordar com essas colocações, especialmente à vista do princípio da presunção de inocencia, tal como está previsto no texto constitucional de 1988"

(cf. Presunção de inocência e prisão cautelar, Saraiva, 1991, p. 60).

0 prévio recolhimento do réu a prisão, como condição para o exercício do direito de apelar, nos termos do art. 594 do CPP, do art. 35 da Lei Antitóxico e do § 2.' do art. 2.' da Lei n. 8.072/90, só pode decorrer de uma absurda e injustificável presunção legal de fuga ou de periculosidade. Mas, se durante toda a instrução, que às vezes se arrasta por um, dois, três ou cinco anos, o reu permaneceu em liberdade, por que não poderia ficar um pouco mais, no aguardo do trânsito em julgado?

Se a prisão de que trata o art. 594 do CPP não e provisoria execução da pena, poderá ser encarada como cautelar? Não existe cautelaridade sem o periculum in mora. Seria este o receio de

frustração da aplicação da lei penal? Note-se que, para a decretação da prisão preventiva visando a asseguraçao da aplicação da lei penal, toda a doutrina

sempre entendeu haver necessidade de prova no sentido de estar o réu "se preparando para deixar o seu domicílio, desfazendo-se dos bens imoveis, demonstrando o desejo de empreender viagem ou revela a outrem esse propósito" (Romeu Pires de Campos Barros, Processo penal cautelar, Forense, 1982, p. 201).

No caso da prisão como condição para o apelo, não se exige nenhuma prova... Presume-se que o réu vai fugir... 0 eminente Des. Dante Busana feriu de perto a questão: " ... a consagração do princípio da inocência na Carta Magna não suprimiu nenhuma das modalidades de prisão provisória contempladas na lei ordinária... norma programática e de interpretação, capaz de neutralizar presunçoes contrárias ao acusado e impor ao intérprete a fiel observância dos principios dofavor libertatis e do in dubio pro reo, este o sentido do inciso LVII do art. 5.1 da Constituição de 1988" (apud Antônio Magalhães Gomes Filho, Presunção de inocência, cit., p. 34). De conseguinte, o princípio da presunção de inocencia impede se arguam presunções contrárias ao réu... Sendo assim, sem prova concreta, devidamente apreciada pelo Juiz, não se concebe a famigerada presunção legal de fuga...

Por isso, em face dos princípios do "devido processo legal" e da presunção de inocência, "não é legítima a prisão anterior à condenaçao transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetiva apreciação judicial,

395

1 ~ 1,

e ~

que deve vir expressa em decisão motivada" (Antônio Magalhães Gomes Filho, Presunção de inocência, cit., p. 86).

», .1 ~.

<

13ìo, 1

.CM

1 h - -

E , ~.

si .

, C51.

Tudo leva a crer, em face do contido nos arts. 594 do CPP, 35 da Lei Antitóxico e 1% § 1% da Lei dos Crimes Hediondos, que o prévio recolhimento do réu à prisão para poder apelar decorre de uma absurda e injusta presunção legal de fuga ou de periculosidade. Mas, como ja salientado, se não se pode presumir sua inocência, também não se pode presumir-lhe a fuga ou periculosidade...

0 encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (salvante a hipótese de real necessidade, como se dá no decreto da prisão preventiva) é medida abusiva que constitui potencial ataque "sobre os direitos de todos os cidadãos, porque cada um de nós está unicamente protegido na medida em que os demais o estejam"

(cf. James L. Oakes, The proper role of the federal courts in enforcing the Bill of Rights, N. Y University Law Review, v.

54, n. 5, p. 294, apud J. B. J. Maier, La ordenanza, cit., p. 84). E

acrescenta: "Isto faz com que nos pratos da balança onde se medem a segurança por um lado, e a liberdade individual do outro, devemos colocar, também, junto a esta, a sobrevivência como nação livre" (cf.

Warren, The Bill of Rights and the Military, N. E

University Lam Review, ri. 8, p. 761).

Por outro lado, o Brasil vem de atravessar um dos seus períodos mais críticos, e, ao que parece, a nação inteira já se acostumou com aqueles comportamentos políticos que, de certa forma, abriram fissuras no nosso mundo jurídico-político, e, agora, quando surge um texto da envergadura de uma Constituição liberal

enfatizando os direitos e garantias fundamentais do homem, sente-se uma certa dificuldade em fazer penetrar naquelas fendas esse gesto de ternura, de amor, de humanidade, de compreensão, de respeito mesmo à dignidade humana. Por que prender antes do trânsito em julgado?

0 mesmo fenômeno está ocorrendo com a Lei dos Juizados Especiais Criminais. Acostumados uma vida inteira com o formalismo dos procedimentos contravencionais e dos crimes apenados com detenção, muitos Juízes e membros do Ministério Público não se deram conta de que a transação e a suspensão do processo representam uma verdadeira revolução no nosso obsoleto processo penal.

Saudosistas, são contrários a tudo quanto possa inovar, ainda que para melhor...

Velez Mariconde, com aquela segurança própria da boa doutrina, observa:

"La detención provisional puede ser autorizada siempre que 396

se compruebe la necesidad, efectiva y actual de evitar el peligro de un

'daño jurídico', ya sea porque el imputado, en el primer momento de la investigación, pueda realizar maniobras capaces de ocultar la verdad (v. gr. acordarse con sus cómplices o sobornar a los testigos, u ocultar los rastros del delito), ya sea porque pueda eludir con su fuga la acción de la justicia (evitar el juicio o la ejecución penal) ya sea porque exista el grave peligro, derivado de sus antecedentes, de que prosiga su actividad delictiva, es decir de que continúe violando el orden jurídico" (cf. ob. cit., v. 1, p. 41).

Assim também Jorge de Figueiredo Dias: "... As medidas coactivas só devem ser utilizadas quando absolutamente necessárias (princípio da necessidade)" (cf. Direito processual penal, Coimbra, 1974, v. 1, p. 436).

E tratando do problema ligado à liberdade do indivíduo, observa o ilustre professor lusitano: "Diz-me como tratas o argüido (réu), dirà te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu - eis o slogan que poderá caracterizar impressivamente a relevância do problema de que agora curamos" (cf. Direito processual penal, cit., p.

428).

Evangelista de Jesus, cuidando do assunto no seu Código de Processo Penal anotado, 1989, p. 638, reconhece que a medida de ordem constitucional visa a impedir que "antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado sejam determinadas contra o acusado medidas de coerção pessoal de sua liberdade que não se revistam de natureza cautelar e do requisito da necessidade. Não atinge, pois, as medidas cautelares que o legislador ordinário ou o Juiz entende

'necessárias' para a aplicação da lei penal .....

Evidentemente. 0 princípio segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado antes de transitar em julgado a sentença condenatória, obviamente não impede as medidas cautelares, isto é, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Nestes dois últimos casos e no primeiro, se houver necessidade. E

haverá necessidade se presente uma das circunstancias que autorizam a prisão preventiva. Fora dessas circunstâncias, a prisão perde o caráter de necessidade e se torna medida odiosa e afrontosa mesmo da Lei Maior.

Se o legislador ordinário considerou necessária a prisão do pronunciado reincidente ou do condenado reincidente, a fim de que este 397

possa apelar e aquele possa aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri, não se deve deslembrar que tais regras são fruto de períodos dramáticos que atravessamos... Mas, agora, é a

Constituição que proclama não poder ninguém ser considerado culpado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória. E um argumento a mais a nosso favor. 0 réu pode

ser preso antes, cautelarmente, dês que se demonstre real necessidade.

Alega-se que essa presunção de inocência existe entre nós desde que o Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1

em 1948, na ONU, e, não obstante isso, jamais se acoimou de incons-1

titucional a regra do art. 594 do CPR Na verdade, não se podia acoimáIa de inconstitucional, uma vez que não afrontava a Lei Maior. Poderse-ia dizer que o princípio da presunção de

inocência integrava o nosso ordenamento jurídico... Mas... não tinha nenhuma aplicação. Tanto é verdade que hoje se diz que o princípio tem como conseqüência não se permitir que o

réu tenha o seu nome lançado no rol dos culpados antes do trânsito em julgado. Nesse sentido, aliás, o Provimento n. 39/88 da Corregedoria do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do

Sul. No Estado de São Paulo a medida é um pouco anterior: data de 1981, com o Provimento n. 11/81 da Corregedoria do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

1~

Ora, se o princípio vigorava desde 1948, por que razão somente agora e que se tomaram tais providências?

Na verdade, o certo é isto: ainda não nos libertamos inteiramente - Z---

daquele nosso passado. Ainda estamos presos a certas idéias, a certos preconceitos... Aos poucos os ideais libertários vão fechando e tapando aquelas fissuras... Já começamos com a

revogação do art. 393, 11, do CPP..

Logo logo a consciência jurídica de todos despertará e passará a reconhecer não fazer sentido prender-se uma pessoa, provisoriamente, sem a presença de qualquer uma daquelas circunstâncias que autorizam a prisão preventiva.

Por que prender o reincidente para poder apelar? E se a sentença for, realmente, injusta? Tudo isso faz lembrar um jogo de pôquer, em que o parceiro, com receio de ser blefado, paga para ver... É triste! Por que proibi-lo de recorrer em liberdade? Receio de fuga? Para fugir não precisa apelar... Não pode o réu fugir antes? Então, para ele saber se

tem ou não tem razão, se a sentença foi justa ou injusta, tem de pagar para ver..

Em termos de jogo, vá lá. Em termos de liberdade, não. 0 preço é muito alto. Não tem sentido a lei - e logo a lei - exigir a prisão do cidadão para, somente depois da prisão, poder o Tribunal dizer se ele deve, ou não, ser preso.

No que respeita ao crime de tráfico de entorpecentes, nada mais draconiano que o art. 35 da Lei Antitóxico. Essa disposição legal, até o advento da Lei dos Crimes Hediondos, proibia ao condenado o direito de apelar em liberdade. É bem verdade que a proibição perdura, se bem que um pouco mitigada pelo § 2.' do art. 2.' da Lei n. 8.072/90. A pena, para tal infração, oscila entre 3 e 15 anos. Hoje ela é cumprida, integralmente, em regime fechado. Anteriormente, não. Pois bem, mesmo quando o réu primário era condenado a 3 anos, não obstante fizesse jus à prisão- albergue, raras eram as decisoes que concediam esse "benefício". Mas onde estava na 14i a proibição? A prisão-albergue é modalidade de pena, instituída com a reforma penal de 1984.

Dês que primário, se a pena não ultrapassasse 4 anos, a ela fazia e faz jus o condenado... Contudo, a corrente jurisprudencial majoritária não permitia o albergamento para o traficante. A lei não fazia nenhuma restrição.

Não obstante fizesse jus à pri são- albergue, a grande maioria era contrária e não lhe permitia apelar em liberdade. Não se deve perder de vista que a Lei n. 6.368 é de 1976 e a Lei n. 7.210 é de 1984. Aquela epoca não havia o albergue como modalidade de prisão. Mesmo fazendo jus ao albergue, a partir de 1984, não se lhe concedia o direito de apelar em liberdade.

Se fazia jus a prisào-albergue, por que charadística razão não podia apelar em liberdade? Só um partis pris radicalizante impedia o apelo em liberdade. A observação é feita apenas para demonstrar que, mesmo havendo uma lei que autorizava o cumprimento da pena em albergue, mesmo assim, não se permitia o apelo em liberdade.

Depois disso, não é de se estranhar a existência de obstáculo para se apelar em liberdade...

Hoje, em face da Lei n. 8.072/90, autorizando o Juiz, em decisão fundamentada, a permitir o apelo em liberdade, é de se perguntar: se em crimes tão graves pode o Juiz permitir, fundamentadamente, o apelo em liberdade, por que razão não o pode na hipótese do art. 594 do CPP?

399

1

il !

1

i,., 1_,

Il

%L',

ì~ L i, -

Aliás, o Excelso Pretório, no Habeas Corpus n. 67.750-9, julgado aos 28-11-1989, referindo-se ao art. 5.', LVII, da CF, frisou: "Esse princípio tutelar da liberdade individual repudia presunções contrárias ao imputado, que não deverá sofrer punições antecipadas e nem ser reduzido em sua pessoal dimensão jurídica ao status poenalis de condenado".

Qual a razão, pois, da proibição de apelar em liberdade? Por que então a Súmula 9 do Colendo STJ não vê contradição entre o princípio de que trata o art. 5.', LVII, da CF e o art. 594 do CPP?

Contradição, realmente, não há. Mas, e aqui a indagação: por que não pode apelar em liberdade? Se a prisão, nesse caso, não é provisória execução da pena, não só em face da revogação do art. 669, 1, do CPP, como também em face do princípio da presunção de inocêricia "que repudia presunções contrárias ao réu", a que título essa prisão? Haveria nela algum sinal de cautelaridade? Qual seria a cautela?

Presunção de fuga? Presunção de periculosidade? Não se olvide a lição do STF:

o princípio da presunção de inocência repudia presunções contrárias ao réu... Claro que não existe contradição entre a presunção de inocência e o art. 594. 0 que existe é a contradição entre os arts. 594 do CPP e 5.', LXI, da CF, ao proclamar que ninguém será prèso senão em flagrante delito ou por ordem escrita efundamentada do Juiz.... e os Juízes, de modo geral, não justificam a decretação da prisão; limitam-se ao clássico: "0 crime é inafiançável. e o réu não tem bons antecedentes. Expeça-se mandado de prisão .....

Se a prisão é cautelar, é preciso que se mostre o periculum in mora sem qualquer referência a presunções...

Insta acentuar que o recurso de apelo, em se tratando de sentença penal condenatória, tinha, entre nós, tanto no Império como na República, efeito suspensivo. A propósito, Duarte Nazaré: "...

segundo a tradição do nosso Direito Processual Criminal, o efeito suspensivo da apelação vigora para as decisões condenatórias, e o não suspensivo, como regra para as absolutórias" (Elementos de processo criminal, 1849, p. 233). Galdino Siqueira observava: "Dois são os efeitos da apelação: devolutivo e suspensivo. A respeito é preciso ter em vista as seguintes condições: 1.a) A apelação de sentença condenatória terá sempre efeito suspensivo para não se dar a execuçao a pena antes de ser confirmada pela instância superior, exceto: a) se o réu preferir desde logo o cumprimento da pena; b) quando a pena for pecuniária; c) em processo policial se o apelante for vagabundo, não tendo prestado fiança" (Curso de processo criminal, 2.

ed., p. 365).

400

Evidente, pois, o retrocesso do nosso CPP. Na Argentina há, também, em nível constitucional, o princípio da presunção de inocência, e por isso, quando a Corte Suprema de la Nación tomou

conhecimento de que o art. 26 da Constitución de Santiago del Estero vedava a liberdade no caso de abigeato, declarou sua inconstitucionalidade, "porrepugnante a la Constitución NacionaV (Julio Maier, Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal,

LEA, 1981, p. 32). Mutatis mutandis...

Mais ainda: nos crimes contra o sistema financeiro, a Lei ri. 7.492, de 16-6-1986, dispõe no seu art. 3 1: "Nos crimes previstos nesta lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva".

Tal significa que, se não houver situação que autorize a prisão preventiva, poderá ele apelar em liberdade, ainda que reincidente.

"Se inexistirem motivos para a preventiva, havendo, inclusive, os pacientes comparecido, sem qualquer resistência a todos os atos do processo, a sentença condenatória, sem razões novas, não pode condicionar a interposição do recurso ao recolhimento à prisão.

Ordem concedida" (Ac. un. do TRF, 1.a Região, HC 92.01.12927-0-MA, DJU, L'-7-1992, p. 19793).

Esse o exato e irrepreensível entendimento.

Aí sim, a lei se consona com o princípio da inocência.

Daí a sábia ligáo de Julio Maier: "La reglamentación de las medidas de coerción, su forma y su procedencia es entonces algo ineludible para el legislador procesal penal, y más aún, de acuerdo a lo explicado con anterioridad en relación al principio de inocencia, su disciplina non puede ir más allá de la mera tutela de los fines que el proceso penal persigue, es decir, regularla como simples medios cautelares, en la medida de la más estricta necesidad y no como forma de antecipar la pena a una persona que aún no ha sido declarada culpable"

(Cuestionesfundamentales sobre la libertad del imputado, cit., p. 28). A Convengáo dos Direitos Humanos realizada eni Sáo José da Costa Rica, conhecida como 'Tacto de Sáo José", art. V, 11, h, reza que dentre as garantias mínimas concedidas ao acusado está o direito de recorrer das decisúes ao Juiz oti Tribunal Superior. Em 1992 o Brasil elaborou a carta de adesáo a esse pacto, 401

L,

1

e, desde então, por força do art. 5.', § 1% da CF, o duplo grau de jurisdição transformou-se em expressa garantia constitucional.

E se a sentença for absolutória? Hoje, como não se pode aplicar medida de segurança provisoriamente, a regra aplicável é, apenas, a do art. 596, caput, do CPR Absolvido o réu, será ele posto imediatamente em liberdade (a não ser que esteja preso também por outro motivo), pouco importando provenha a decisão do Juiz singular.

22. A apelação do assistente tem efeito suspensivo?

Tratando-se de apelação do assistente, o recurso não terá efeito suspensivo, mesmo naquelas hipóteses em que o Código lho atribui. Vejase, a propósito, o art. 598, parte final, do CPP.

c *.,:,(,

23. A "refórmatio in pejus"

Se houver recurso apenas do réu, poderá o Tribunal, reconhecen do-lhe a responsabilidade e, ainda, a circunstância de que o juízo a quo

"C.# foi benigno na dosagem da pena, aumentá-la? Se o juízo de 1.' grau

, %1~

deixou de apreciar, na sentença condenatória, outro crime imputado ao

réu, poderá o Tribunal, ausente recurso da acusação, dele conhecer?

À

evidência, não. 0 art. 617 do CPP dispõe que a pena não pode ser agra

vada, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Tal regra consagra, às expressas, a proibição da reformatio in pejus.

Qual seria o fundamento jurídico dessa proibição? Não haveria uma inconciliabilidade lógica entre ela e o efeito devolutivo do recurso? Há quem veja nessa proibição urafavor libertatis. Para outros, ela N ..

representa uma decorrência do sistema acusatório, cujo princípio máximo vem expresso na fórmula latina nemojudex sine actore, ou neprocedat judex ex officio.

Se apenas o réu recorre, deve o juízo ad quem, no julgamento, ater-se ao que lhe foi pedido. Caso contrário, estaria proferindo uma decisão ultra ou extra petitum, ultrajando, assim, o sistema acusatório. Daí a regra proibitiva da reformatio in pejus.

Lembre-se, mais uma vez, que a pedra de toque do sistema acusatório está, unicamente, na separação das funções acusatória e julgadora. 0

Juiz não pode proceder de ofício. Nemo judex sine actore: o Orgão Jurisdicional não pode exercer sua atividade sem ser provocado.

Sendo assim, parece claro que, interposta a apelação apenas pelo réu, não pode o juízo ad quem agravar-lhe a pena. Caso contrário, estaria ele exercendo atividade jurisdicional sem provocação.

Contudo, observa Florian que o Processo Penal romano, malgrado tipicamente acusatório, desconhecia a proibição da reformatio in pejus (cf. Elementos, cit., p. 432, ri. I, e p. 437, nota 1). Por isso mesmo Delitala afirmou ser ela uma espécie de favor libertatis, aceito nas modernas legislações como reação humanitária contra os sistemas judiciais do passado, sem uma tradição histórica (cf. Diritto processuale penale, Giuffrè, 1976, p. 95-179). In verbis: "In sostanza il divieto della reformatio in pejus non rappresenta altro che una massima di politica criminale, una specie de favor libertatis che si affermò trionfalmente nelle moderne legislazioni crin-iinali sotto la spinta della reazione umanitaria contro i sistemi giudiziarief del passato" (cf. p. 177).

Mas raciocinemos: o efeito devolutIvo da apelação, em face mesmo daquele princípio consubstanciado na paremia nemojudex sine actore, não permite ao

órgão ad quem apreciar o thema

decidendum com a mesma liberdade de que dispôs o juízo a quo. A regra do tantum devolutum quantum appellatum, consectário lógico do princípio nemo judex sine actore, cria, no juízo ad quem,

obstáculo intransponível à sua pretensa liberdade de reexaminar a causa como se fora o órgão de 1.' grau.

Por outro lado, se apenas o réu interpoe o recurso de apelação, é óbvio que o juízo ad quem, além de dever respeitar a regra do tantum devolutum quantum appellatum, não pode agravar-lhe a

situação processual. E não pode simplesmente em virtude do principio nemo judex sine actore. Se não há alguém postulando a exasperação da pena -

pelo contrário até -, como poderia o juízo ad quem fazê-lo? Assim, a proibição da reformatio in pejus é conseqüência lógica do sistema acusatório. Não a infirma a alegação de Florian, no sentido de que o direito romano, não obstante acusatório, a desconhecia. Afinal de contas, o sistema acusatório sofreu um grande desenvolvimento. A sua epoca, em Roma, excepcionalmente se permitia ao órgão público o jus accusationis (cf. Miguel Ibaflez y García-Velasco, Curso de derecho procesal penal, Madrid, 1969, p. 10).

Era o cidadão, ut civis, quem a ele procedia. Hoje, não só entre nós, como nas grandes legislações, de

403

111

que são exemplos a alemã, a francesa e a italiana, malgrado acusatório

ou misto o processo, a acusação está afeta ao Ministério Público.

Alega-se que a proibição da reformatio in pejus não tem uma tradição histórica. Que se entende por tradição histórica? A adoção do i

princípio entre os romanos? Observe-se que o sistema inquisitivo -

antagônico ao acusatório - imperou na Europa continental durante vários

séculos, e somente no último quartel do século XVIII é que começou a

eclipsar-se, ressurgindo, em seu lugar, o processo acusatório e o misto.

Por essas razões, o princípio que proíbe a reformatio in pejus não tem

um passado mais remoto

Ademais, foi a partir de Oskar von Büllow, em 1868, que se ini-1

ciou, propriamente, a fase científica do Direito Processual Civil, e, em i

1892, Augusto von Kries estendeu-a ao Processo Penal (Die Processvoraussetzungen des Strafprozesses). Cf. Alcalà-Zamora, Derecho, X :: , (1, 1

cit., t. 1, p. 45.

Por outro lado, cumpre adiantar que a proibição da reformatio in

;1' 1, "

pejus, na França, data de 12-11-1806, em face de um Aviso do ConseL -

lho de Estado, et auquel on reconnaîtforce législative (cf. A.

Vitu,

Procédure, cit., 1957, p. 396). Aquele "avis du Conseil d'État" afirma que "l'appel du condamné ne peut jamais avoir pour effet d'aggraver sa (

position". Além disso, já no século XVIII, no seu último quartel, a li

'1 1~ _.

teratura jurídica falava que "non poteramus vero sententiam in deterius

~ _. -1

mutare"

(cf. Leyser, apud G. Delitala, Diritto,

cit., p. 164).

(---1,1

No processo de tipo inquisitivo, quando se admitia recurso, o ór-gão ad quem ficava com inteira liberdade de apreciar o thema decidendum.

Por isso se dizia que o órgão ad quem era, verdadeiramente, uma se gunda 1.' instância. No sistema acusatório, não. Mesmo no sistema mi sto, a liberdade de reexame subordina-se aos mesmos princípios que disci plinani o sistema acusatório, e, por isso, tanto num quanto noutro, está ela angustiada pelas regras que decorrem do princípio nemojudex sine actore. Uma delas, cristalizada na fórmula latina tantum devolutum quantum appellatum, segundo a qual o poder de reexame do juízo ad quem fica restringido à parte da sentença que se impugna. A outra, coro lário lógico do princípio de que não há Juiz sem autor, consubstancia se na regra do ne eatjudex ultra petitum partium, que impede a reformatio in pejus, quando apenas o réu tenha recorrido.

Na verdade, se apenas o réu interpõe o recurso de apelação, como poderia o órgão ad quem, sem violentar o princípio nemo judex sine 404

actore, agravar-lhe a pena? Se o fizesse, estaria o Tribunal decidindo ultrapetitum. Disse-o muito bem Lanza: "Se, sull'appello dell'imputato, venisse a stabilirsi una condanna maggiore, la sentenza sarebbe inficiata dal vizio di,ultra petita" (cf. Sistema di diritto processuale penale italiano, Roma, Athenaeum, 1922, v. 1, p. 297).

Sendo assim, seria uma excrescência o disposto no art. 617 do CPP, ou, então, estaria, no Código, ex abundantia? Não. A regra era e é indispensável, porquanto, na sua ausência, os usufrutuários de dúvidas poderiam entender estivesse o juízo ad quem impossibilitado de diminuir a pena, ou absolver o réu, quando houvesse recurso do Ministério Público visando-lhe à exasperação.

Existindo a regra, tal como existe, conclui-se que o legislador não proibiu a reformatio in melius.

Quando da elaboração do Codice di Procedura Penale, no final da década de 20, houve muita grita quanto à proibição da reformatio in pejus, quando a apelação p?oviesse apenas do réu. A crítica de Delitala, no seu clássico trabalho Il divieto della "reformatio in pejus", publicado em 1927, tornou-se famosa.

Não obstante a veemência do libelo, o legislador peninsular manteve a proibição no § 3.' do art. 515:

"Quando appellante è il solo imputato, il giudice non può infliggere una pena più grave per specie o quantità, nè revocare benefici, salvo la facoltà, entro i limiti indicati nella prima parte di questo articolo, di dare al reato una diversa definizione anche più grave, purchè non venga superata la competenza del giudice di primo grado".

Pelo dispositivo supra, conclui-se que na Itália, malgrado toda aquela grita contra a proibição da reformatio in pejus, o legislador de 30 não permitiu que o Tribunal, ante exclusivo apelo do réu, pudesse agravarlhe a pena. Podia, contudo, dar ao fato definição jurídica diversa, ainda que implicasse pena mais grave, sem no entanto majorá-la.

Insta observar, como veremos adiante, que o § 3.' desse dispositivo, permitindo o apelo incidental apenas para o Ministério Público, praticamente anulou o princípio proibitivo da reformatio in pejus.

0 legislador brasileiro, no particular, inspirou-se no italiano, não adotando o apelo incidental, e prescreveu no art. 617 do CPP: 405

"0 Tribunal, Câmara ou Turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença".

Ora, o art. 383 ali indicado cuida, exatamente, da possibilidade de o Juiz dar ao fato definição jurídica diversa, ainda que a pena seja mais grave. Não se trata de nova definição jurídica, objeto do art. 384, mas de simples emendatio libelli.

Desse modo, havendo, entre nós, apelo exclusivo da Defesa, não pode o Tribunal

exasperar-lhe a pena, malgrado possa dar ao fato definição jurídica diversa. Mesmo que assim proceda, a pena poderá ser diminuída ou mantida. Nunca exasperada.

No CPP alemão, antes da reforma de 1965, a regra era a mesma: havendo exclusivo apelo do réu, o Tribunal não podia, em nenhum caso, agravar-lhe a pena, não obstante pudesse dar ao fato

definição jurídica

diversa.

Parte da doutrina alemã entendia que o Tribunal não podia nem agravar a pena, quando o recurso proviesse apenas da Defesa, nem dar ao fato definição jurídica diversa.

Outra parte, respeitável, por sinal, era de entendimento que, não se agravando a pena, era indiferente pudesse o órgão ad quem dar, ou não, ao fato definição jurídica diversa. Fazendo-o, haveria, tão-somente, um juristicher Nachteil (prejuízo jurídico), em contraposição ao tatsachlicher Nachteil (prejuízo de fato).

Pensamos à maneira de Manzini: tal providência punha o réu "in una condizione di inferiorità sociale che rappresenta una positiva degradazione civica" (cf. Trattato di diritto penale, UTET, 1921, v. 3, p. 410). Mesmo porque, como diria mais tarde Delitala,

"quanto piú grave è la condonna, tanto maggiore è l'effetto degradante della sentenza" (cf. Diritto, cit., 1976, p. 24).

Com a reforma ocorrida na Strafprozessordnung, em 1965, foi mantida a proibição da reformatio in pejus e, por outro lado, aboliu-se a possibilidade de o órgão ad quem dar ao fato definição jurídica diversa. Pelo menos é o que se entrevê da nova redação dada ao §

331 da StPO. In verbis: "Das Urteil darf in Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat nicht zum Nachteil des Angeklagten

geändert werden, wenn lediglich der Angeklagte... Berufung eingelegt hat"

(A senten~a näo pode ser

2 t'i

406

i

modificada em prejuízo do acusado, na especie e alcance das conseqüências jurídicas do ato, quando simplesmente ele... interpôs a apelação).

Vitu, analisando o problema na legislação francesa, esclarece que, se o apelante for apenas o réu, o órgão ad quem não pode agravar-lhe a pena,

"ou modifier en un sens plus sévère la qualification d'abord retenue" (cf. Procédure, cit., 1957, p. 396).

Em virtude de o nosso CPP permitir, no art. 617, a possibilidade de, ante apelo exclusivo do réu, poder o órgão ad quem dar ao fato definição jurídica diversa, embora não possa exasperar a pena, estamos que a regra contida no art. 383 do CPP não deverá ser aplicada se houver para o apelante um prejuízo jurídico, em face daquelas razões tão bem lembradas por Manzini e Delitala, mesmo

porque o princípio que proíbe a reformatio in pejus deve ser entendido como proibição de a instância superior decidir contrariamente aos interesses do acusado, quando apenas este haja recorrido (,pontra: Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, n. 1. 102; e Bento de Faria, Código de Processo Penal, v. 2, p. 207).

Muito menos poderá o Tribunal dar ao fato nova definição jurídica. Além de o art. 617 do CPP haver excluído, implicitamente, tal possibilidade, a Súmula 453 realça a proibição.

E se o Juiz, quando da condenação, não fizer a menor referência a qualquer daqueles efeitos específicos tratados nos incs. 1, 11 e IIII do art. 92 do CP, havendo exclusivo apelo do réu, poderá o Tribunal reconhecer aquele efeito? Evidente que o Juiz, nos termos do parágrafo único do art. 92 do CP, deverá declará-los motivadamente. Eles não têm aplicaçao automática. Desse modo, ante exclusivo apelo do réu, não poderá o Tribunal reconhecer tais efeitos. Do

contrário haveria ofensa a regra que proíbe a reformatio in pejus. Dir-se-á que aqueles efeitos não são penas, e o art. 617 impede o agravamento da pena. Não são penas por expressa disposição legal. Na prática, entretanto, exercem papel mais grave que a própria pena.

Ademais, devemos entender o princípio que ibe a re proi formatio in pejus, como já afirmamos, como proibição de a instância superior decidir contrariamente aos interesses do acusado, quando apenas este haja recorrido.

A vingar entendimento diverso, ficariam os réus temerosos de fazer uso da apelação, nada obstante o trânsito em julgado para a acusaÇão, com receio de a 2.' instância lhes agravar a situação

processual.

407

111

Essa intimidação funcionaria como um freio, impedindo a interposiçao

de apelo pela Defesa.

Reformatio in pejus indireta. Fala-se em reformatio in pejus indireta quando o Tribunal, após decretar a nulidade da sentença ou do processo, atendendo ao apelo exclusivo da

Defesa, ao proferir a nova decisão o Juiz imponha pena mais grave.

Haveria uma reformatio in pejus

i

indireta. Na verdade, se a sentença ou o processo foi anulado em decorrência do apelo do réu, não teria sentido pudesse aquela anulação, por ele pedida, acarretar-lhe prejuízo. 0 direito pretoriano, com os olhos voltados para o parágrafo único do art. 626, deu à proibição da reformatio

in pejus um sentido mais abrangente.

E pode o Tribunal reconhecer a nulidade? Desde que não haja prejuizo para o réu, nada impede, pouco importando tenha sido ela argüida ou não pela Defesa. A propósito, RT,

6121337, 6151268, 649/357. Há entendimento de que, nesse caso, absolve-se o réu (RTJ, 80/42). Muito a propósito a Súmula 160 do STF: "É nula a decisão do Tribunal que

~ r í : 1

acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, reso-

1. 1---

salvados os casos de recurso de ofício".

.CIO 1

De fato, se a decisão transitou em julgado para a Acusação, não

havendo possibilidade de agravamento da pena, não teria sentido, dian te de uma decisão do Tribunal anulando o feito, pudesse o Juiz, na nova i~ sentença, piorar-lhe a situação. Do contrário os réus ficariam receosos de apelar e essa intimidação funcionaria como um freio a angustiar a interposição de recursos. Mesmo que, em face da nulidade decretada pelo Tribunal, entenda o Juiz, à vista do art. 383, dever dar ao fato

~, 5 a pena. E a razão é simples: se o próprio Tribunal não tem essa facul- qualificação jurídica diversa, nada poderá impedi-lo, conquanto não majore

dade, como se infere do art. 617, muito menos a instância inferior.

No direito pretoriano esse entendimento é pacífico. A propósito, RTJ, 60/348, 68/626, 74/654, 79/820, 88/1018, 95/1081; RT, 548/418, 609/295, 653/339, 654/386.

E, proferida nova sentença, havendo, já agora, recurso da Acusação, não poderá também o Tribunal piorar-lhe a situação. Aqui o princípio do favor libertatis sufocaria a pretendida exasperação.

0 mesmo raciocínio é válido para a hipótese de a nulidade contaminar todo o processo, a partir da peça acusatória. Dir-se-á: nulla et nonfacta paria sunt. 0 aforismo é verdadeiro, mas, para o caso, não é

válido. Se o acesso ao órgão ad quem deveu-se ao ato de iniciativa da Defesa, não seria justo ficasse esta prejudicada, em virtude de exclusivo recurso seu. Veja-se, muito a propósito, Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, n. 1.102, infine.

Aliás, o STF já se pronunciou a respeito:

"Reformatio in pejus. Anulado o processo em apelação interposta pela Defesa, não pode o réu ter agravada, pela nova sentença, a pena que lhe havia sido imposta pela decisão anulada" (Recurso de Habeas Corpus n. 55.042, 2. Turma, de 4 3-1977, DJU, 6-5-1977, p. 28904).

No mesmo sentido: Recurso de Habeas Corpus n. 53.933, 1.a Turma, em 16-2-1975.

Vejam-se, ainda, os venerandos arestos na RTJ, 741654, 88/1018, 95/1081.

No mesmo sentido, RT, 548/418.

4

Contudo, se a nulidade ocorrer em decorrência de incompetência absoluta, a decisão funcionará como ato inexistente e, então, o Juiz competente terá inteira liberdade na dosimetria da pena, mesmo porque a primeira decisão foi proferida por um órgão desvestido do poder de julgar. Se assim é na incompetência ratione materiae, com muito mais razão na ratione personae (RTJ, 88/1018 e 100/927; RT, 558/414).

E se se tratar de decisão proferida pelo Tribunal do Júri? A nosso juízo, em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu. Por exemplo: acolher qualificadora, antes não reconhecida; condenar por homicídio simples, quando no anterior julgamento foi reconhecido o privilegiado.

Contudo, se no novo Júri o Conselho de Sentença mantiver o entendimento anterior, não poderá o Juiz-Presidente agravar a pena. Aí, sim, se ele pudesse fazê-lo, haveria uma reformatio in pejus indireta. Se no julgamento anterior o Júri admitiu, apenas, o homicídio simples, sem qualquer agravante, e o Juiz lhe impôs a pena de 6 anos, no segundo julgamento, sendo a decisão absolutamente idêntica, nada justifica possa o Presidente do Tribunal do Júri agravar-lhe a pena sob a alegação de que o Júri é soberano. Soberana é a decisão dos jurados, e não a pena aplicada pelo Juiz-Presidente.

0 Excelso Pretório também é de entendimento que, em se tratando de julgamento pelo Tribunal do Júri, anulado o primeiro julgamento, 409

il!

I i~

1

111 ~^»,

di

. C .: (1

h -1 -~

C -1 % ', ,

0 apelo adesivo, ou incidental, cria, obviamente, um obstáculo intransponível à proibição da refôrmatio in pejus, permitindo à 2.'

instância apreciar, sem maiores freios, a decisão impugnada.

Se, havendo recurso exclusivo do Ministério Público - o que veremos mais adiante -, pode o Tribunal agravar a pena, diminuí-la ou absolver o réu e, por outro lado, havendo recurso exclusivo da Defesa, não pode a situação processual dele ser exasperada, qual a vantagem do

mediante recurso do próprio réu, nada impede possa haver o agravamento da pena. A propósito:

"Habeas Corpus. Refôrmatio in pejus indireta.

A refôrmatio in pejus indireta não tem aplicação para limitar a soberania do Tribunal do Júri decorrente de preceito constitucional. Não pode, pois, a lei ordinária impor-lhe limitações que lhe retirem a liberdade de julgar a procedência ou improcedência da acusação, bem como a ocorrência, ou não, de circunstâncias que aumentem ou diminuam a responsabilidade do réu, em virtude de anulação de veredicto anterior por decisão da Justiça togada. Isso implica dizer que tem o novo Júri, nos limites da pronúncia e do libelo, a liberdade de responder diferentemente do anterior aos quesitos que lhe são apresentados" (Recurso de Habeas Corpus n. 66.274-9-RJ, 1.' Turma, Rel.

Min. Moreira Alves, un., DJU, 26-8-1988, p. 21035).

0 apelo incidental. Não conhecemos a figura do apelo incidental, ou apelo adesivo, no campo processual penal. Não o conhecem, também, as legislações inglesa, alemã e espanhola. Na França, contudo, é ele permitido para qualquer das partes. A propósito, o art.

500 do Code de Procédure Pénale:

"En cas d'appel d'une des parties pendant les délais cidessus, les autres parties ont un délai supplémentaire de cinq jours pour interjeter appel".

apelo incidental para a Defesa?

Não passou ele de manobra legislativa para violentar um direito de há muito reconhecido ao réu, qual o de não poder a instância superior, ante exclusivo apelo seu, agravar-lhe a pena. A manobra do legislador

c,

410

francês foi ardilosa, porquanto, estendendo o direito ao apelo incidental a qualquer das partes, deu a impressão de que se tratava de providência que não violentava o principio da igualdade entre elas.

Vitu, após falar sobre as críticas feitas à proibição da refôrmatio in pejus, acrescenta:

"Mais, dans la pratique, les conséquences de l'interdiction sont ecartées lorsque les autres parties au procès pénal font à leur tour appel, restituant à l'appel son effet général.

Uappel incident, créé par la loi 22 avr. 1925, remédie précisément aux appels interjetés in extremis, qui rendaient impossible l'appel des autres parties et empêchaient d'écarter l'interdiction de la reformatio in pejus" (cf. Procédure, cit., p. 397, infine).

E tanto é verdade nossp ponto de vista que o Prof. Brière de L'Isle, cuidando da proibição da refôrmatio in pejus, depois de dizer que a Corte não pode agravar a situação processual do réu, quando somente este tenha interposto o apelo, observa em nota de rodapé:

', ... Hypothèse peu fréquente, car le parquet ne manque pas de faire appel incident si le condamné use du recours, ce qui élimine les inconvénientes de l'interdiction de la réformation in pejus" (cf.

Procédure pénale, Paris, Ed. A. Colin, 1972, t. 2, p. 270).

Desse modo, o apelo incidental, disfarçado de providência liberal, não esconde sua origem espúria: a intenção de, veladamente, revogar ou neutralizar a proibição da refôrmatio in pejus.

Na Itália, a proibição da refôrmatio in pejus vinha consagrada na primeira parte do § 3.' do art. 515 do Codice di Procedura Penale.

Entretanto a parte final do referido parágrafo cuidava do apelo incidental apenas para o Ministério Público. In verbis:

"Quando l'appello è stato proposto dal solo imputato, il pubblico ministero presso il giudice d'appello, entro otto giorni da quello in cui riceve la comunicazione prescritta nell'articolo 517, può presentare dichiarazione d'appello incidentale nella cancelleria del giudice predetto. Con la dichiarazione devono

411

11

essere presentati i motivi a pena di decadenza. L'appello incidentale del pubblico ministero produce gli effetti preveduti dal primo capoverso e mantiene efficacia nonostante la successiva rinuncia dell'imputato alla propria impugnazione. L'appello incidentale del pubblico ministero non produce effetto in confronto del coimputato non appellante che non ha partecipato al giudizio di appello".

Contudo tal apelo incidental foi declarado inconstitucional pela Corte Costituzionale, por meio da sentença 10- 17, de novembro de 197 1, n. 177

(cf. Giust. Pen., 1126, 1972; Riv. Pen., 211225, 1971; Arch. Pen., 2/317, 1972, nota Sturla).

L

LI , ,

._, Z~. ~

C N1 ~- ,

i ~

E não poderia ser de outra forma. Por que o apelo incidental? Apenas para burlar, tecnicamente, a regra proibitiva da reformatio inpejus. Como o legislador, em face dos princípios nemo judex sine actore e ne eat judex ultra petitum partis, dogmas do sistema acusatório, não a podia abolir, criou a esdrúxula figura do appello incidentale, em boa hora reconhecido inconstitucional.

Ademais, o fantasma do apelo incidental atemorizava a defesa, e, pois, a ampla defesa conferida aos réus seria frustrada por um artifício legislativo. Mesmo que a lei processual penal italiana de 1930

conferisse tal direito a ambas as partes - como a francesa -, não perderia a medida o caráter de subterfúgio para prejudicar o réu, uma vez que, de há muito, está assente na doutrina e jurisprudência que, se apenas houver recurso do Ministério Público, poderá o órgão ad quem agravar a pena, minora-Ia ou proferir decisão absolutória. Assim, de que valeria o apelo incidental do réu? Seria apenas uma figura jurídica criada para lhe dar conotação de legalidade, não se lhe podendo opor a eiva de contrariar o princípio da igualdade das partes...

Já o exclusivo apelo incidental do Ministério Público afrontaria o principio constitucional da ampla defesa, pois o serôdio recurso da acusação outra finalidade não teria senão a de impedir a aplicação da

ibe a re

regra que prol

:formatio in pejus.

0 atual Codice di Procedura Penale, aprovado em setembro de 1988, dispõe no § 3.' do art. 597:

"Quando appellante è il solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nouva o più grave, prosciogliere

l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata nè revocare benefici, salva la facoltà, entro i limiti indicati nel comma 1, di dare al fato una definizione giuridica più grave, purchè non venga superata la competenza del giudice di primo grado".

Todavia, o art. 595, estendendo o apelo incidental a ambas as partes, assim como se dá na legislação francesa, praticamente tornou sem efeito a proibição. A propósito:

"595. Appello incidentale. l. La parte che non ha proposto impugnazione può proporre appello incidentale entro quindici giorni da quello in cui ha ricevuto la comunicazione o la notificazione previste dall'articolo 584".

Esse último dispositivo citado dispõe que, ao ser recebido o apelo, a parte ex adversa será dev~damente notificada. Desse modo, se o MP

interpôs recurso de apelo, quando o imputado for notificado a apresentar suas contra-razões, a partir daí começará a fluir seu prazo de 15 dias para ingressar, querendo, com o apelo incidental.

Tal apelo incidental não passa de uma infame hipocrisia do princípio da igualdade das partes, uma vez que, podendo o Ministério Público interpor o apelo incidental, o princípio proibitivo da reformatio in pejus fica neutralizado, sem qualquer efeito. Por outro lado, dito apelo incidental também constitui arma conferida ao Ministério Público para, em determinadas circunstâncias, compelir o réu a desistir do seu apelo... Na verdade, o § 4.' do art. 597 dispóe que 'Wappello incidentale perde efficacia in caso de inammissibilità dell'appello principale o di rinuncia allo stesso"...

0 princípio proibitivo da reformatio in pejus não é aplicável, apenas, quando se tratar de apelação, não obstante o art. 617 do CPP dizer: ...

quando somente o réu houver apelado".

Note-se que o citado preceito está no Capítulo V, Título 11, do Livro 111, que cuida "Do processo e do julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações". Logo, seu campo de atuação não se restringe às apelações; aos

recursos em sentido estrito, também. Certo que, nesses casos, pouca aplicação teria o princípio. Válida, contudo, sua incidência. Suponha-se que o Juiz arbitre a fiança em x.

Malgrado inexpressiva, aquém do que normalmente deveria ser fixada, o réu in-
413

terpõe recurso em sentido estrito (CPP, art. 5 8 1, V), com o objetivo de diminuir-lhe o quantum. Evidente que, se a 2. instância entender que o juízo a quo foi benigno demais, não poderá majorá-la: nemojudex síne actore...

1,3_ -

.CÒ 1 1

c [~

Diga-se o mesmo em se tratando de carta testemunhável, quando o órgão ad quem apreciar a questão ventilada no recurso denegado (CPP, art. 644).

Enfim: a regra é extensiva a todo e qualquer recurso.

E no caso de protesto por novo Júri? Condenado o réu, por um so crime, a pena igual ou superior a 20 anos, pelo Tribunal popular, poderá ele protestar por novo Júri, na forma e prazo estabelecidos para a apelação. Satisfeitos os pressupostos legais - forma de interposição (petição ou termo nos autos), tempestividade, ter-lhe sido imposta pena igual ou superior a 20 anos, por um só crime (ainda que em decorrência de concurso formal), e não ter, no mesmo processo, feito uso do protesto (cabível uma única vez) -, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri, sem maiores formalidades, determinará seja o réu submetido a novo julgamento na próxima reunião periódica.

Trata-se de recurso exclusivo do réu, destinado a proporcionar-lhe um novo julgamento. Aliás, o simples fato de ser exclusivo da Defesa já demonstra, à saciedade, tratar-se de um verdadeirofavor rei.

Qual a origem do protesto? Por que se criou tal figura? Por que foi ele mantido nos Códigos Estaduais e no atual diploma?

0 protesto, com as características que lhe imprimiu o legislador imperial, não encontra similar em qualquer outra legislação. Na Inglaterra vigorava, e ainda vigora, um instituto semelhante ao nosso protesto. Semelhante, não igual. É o writ of "venire facias de novo".

0 protesto foi criado pelo Código de Processo Criminal do Império - art.

308 - para a hipótese de o réu ser condenado à pena de morte, degredo ou desterro, no mínimo por 5 anos, galés, ou prisão por 3 ou mais anos.

Em 1841, a Lei de 3 de dezembro, no seu art. 79, e o art. 462 do Regulamento de 31-1-1842 restringiram-no as hipóteses de pena de morte ou galés perpétuas.

Vê-se, pela sua origem, que o protesto apresentava um profundo caráter revisional. Por outro lado, as razões que se invocavam a favor do protesto demonstravam que o legislador, por meio dele, pretendeu dar uma nova oportunidade ao réu. Pimenta Bueno registrou aqueles

i

argumentos: "... mesmo não havendo intenção parcial do júri, pode a eloqüência do acusador, impressões desfavoráveis ao réu, o horror do crime por si só, uma convicção momentânea, um erro funesto, seduzir ou desvairar o espírito dos jurados; e que penas tão graves como a de morte, ou privação perpétua e tão dolorosa da liberdade não devem ter execuçao sem uma revisão, embora as fórmulas tenham sido guardadas, e que essa revisão não pode ser outra senão a de um novo júri" (cf. Processo, cit., 1922, p. 249).

E arremata Borges da Rosa: "Do que vem de ser dito por Pimenta Bueno, conclui-se, em face do art. 607 do CPP, que este Código adotou o protesto por novo júri, para o caso de condenaçao a pena severamente grave, tal seja a de reclusão por tempo igual ou superior a 20 anos" (cf. Processo, cit., 1942, v. 4, p. 44).

Com o advento da República, os Estados conservaram o protesto nas suas leis processuais, com maior ou menor amplitude, sendo que os autores não pouparam crít4cas aos estatutos que o permitiam quando a pena imposta fosse de 6 anos

(cf. Espínola Filho, Código, cit., v. 6, p. 218, n. 1.260).

Por que as críticas? Simplesmente porque o protesto era e é uma medida excepcional - admitida nos casos sumamente graves. Esta a razão, também, que levou o legislador imperial a modificar o art.

308 do Código de Processo Criminal de 1832, restringindo o protesto às hipóteses de pena de morte e galés perpétuas.

0 Código de 1941 seguiu a tradição - gravidade da pena - e manteve o protesto para a exclusiva hipótese de ser o réu condenado, por um só crime, a pena igual ou superior a 20 anos.

Como se percebe, foi criado como providência altamente benéfica para o réu. Verdadeirofavor libertatis.

Sendo assim, pode parecer estranho que exaspere o Tribunal do Júri, no segundo julgamento ensejado pelo protesto, a pena imposta anteriormente.

A doutrina, com exceção de Magarinos Torres (cf. 0 processo penal dojúri, p. 538), Hermínio Marques Porto (cf. Júri, 2. ed., 1980, p. 304) e James Tubenchlak (Tribunal do Júri, Forense, 1988, p. 146), ou não cuida do assunto (Bento de Faria, Magalhães Noronha, Walter P. Acosta dentre outros), ou, então, admite a exasperação (Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, p. 1124; Espínola Filho, Código, cit., v. 6, n. 1. 262;

i

Florêncio de Abreu, Comenuírios, cit., v. 5, n. 167; E Whitaker, Júri, p.

239, n. 265; Mirabete, Processo penal, Atlas, 199 1, p. 63 1). Os três primeiros entendem que no segundo julgamento ensejado pelo protesto não se admite um agravamento da pena. Não se deve deslembrar que o Júri é soberano e uma lei infraconstitucional não pode restringir tal soberania. Se, entretanto, no segundo julgamento em decorrência do protesto, os jurados não hajam alterado a qualificação jurídico-penal do fato, cremos que a pena não pode ser exasperada. Assim, se, no primeiro julgamento, os jurados entenderam ter havido um

homicídio qualificado e o Juiz-Presidente fixou a pena em 21 anos, parece claro que, se, no segundo, os jurados mantiverem a mesma qualificação, o Juiz-Presidente não poderá majorar a

<

1,": 1,

L - -

im i ~

' 1 ~ A--- -

~_-1

pena. Aqui, sim, se fosse possível, haveria uma refôrmatio in pejus, porquanto não foram os jurados que quiseram o aumento da pena. 0 aumento foi imposto pelo

JuizPresidente...

Por que exigir o mínimo de 20 anos? Por que somente o réu pode protestar?

Tudo indica, pois, que o protesto constitui uma oportunidade, em homenagem ao direito de liberdade, para, em novo julgamento, sem prejuízo de posterior recurso de apelação, poder a Defesa convencer os jurados do desacerto do primeiro julgamento. Trata-se, enfim, de uma nova oportunidade concedida, como "um favor dispensado à liberdade", como bem se expressa Bento de Faria (cf.

Código, cit., v. 2, p. 167).

Tal não quer dizer devam os novos jurados ficar impossibilitados de acolher agravantes e qualificadoras, acaso repelidas no primeiro julgamento. Tal não quer dizer deva o Juiz-Presidente ficar impedido de graduar a pena, dentro dos limites legais. É possível que, no segundo julgamento, a pena possa ser agravada. Não se trata de refôrmatio in pejus. 0 protesto não foi instituído para que o Tribunal leigo, num segundo julgamento, pudesse ratificar a pena,

diminuí-Ia ou absolver o réu. Foi criado, isto sim, para lhe conferir, em face de pena tão severa, o direito a nova defesa, tendo, já agora, a oportunidade de desfazer a imagem distorcida que os anteriores jurados tiveram a respeito dos fatos, das provas e da sua própria personalidade.

Por que deveriam os novos jurados, nesse julgamento permitido pelo protesto, ser mais complacentes? Por que deveria o Presidente do Tribunal do Júri ser menos severo? Não há uma razão lógica que autorize um entendimento diverso. Observe-se que, concluído o julgamento, nada impede que qualquer 416

das partes interponha recurso de apelação, dês que a hipótese se subsuma na moldura de uma das alíneas do inc. III do art. 593 do CPR

0 principio que proíbe a reformatio in pejus pressupõe trânsito em julgado da sentença para a acusação, ou impossibilidade legal para esta pleitear reexame da decisão, assim como ocorre nos embargos infringentes. No caso do protesto, não há falar em trânsito em julgado para a acusação. Note-se: quando do primeiro julgamento, não poderia o Ministério Público, por meio de recurso de apelação, postular a exasperação da pena? Claro que sim. Entretanto, mesmo que ele a tanto se dispusesse, a interposição do protesto criaria um obstáculo intransponível à pretensão do órgão oficial da acusação.

E, se a instância superior pode, em face de uma apelação, aumentar ou diminuir a pena (CPP, art. 593, § 2.'), por que não o pode quando a reprimenda é aplicada em grau de protesto? Nada impede, mesmo porque a decisão é apelável.

Se, entretanto, o prottsto fosse admissível após o trânsito em julgado para a acusação, o problema seria diferente. Mas não é. Pelo contrário.

Ele pressupõe uma decisão do Tribunal do Júri intrânsita emjulgado. E mais: interposto o protesto, eventual apelação apresentada pelo Ministério Público cai no vazio, fica prejudicada...

Repita-se: o protesto representa uma nova oportunidade conferida ao reu condenado pelo Tribunal popular, por um só crime, a pena igual ou superior a 20 anos, de ver reapreciado o fato. E um favor libertatis. Ele invalida o julgamento que o ensejou. É por esta razão que o Ministério Público não o pode interpor.

Mais ainda: se o réu for condenado, por um só crime, a pena igual ou superior a 20 anos, ainda que interponha recurso de apelo, este será recebido como protesto... a menos que embasado no art. 593, 111, a, do CPP, e a nulidade seja induvidosa.

Malgrado seja o protesto um favor rei, nada impede que, no segundo julgamento por ele motivado, possa o Tribunal leigo exasperarlhe a pena.

Não há falar em refôrmatio in pejus, uma vez que, proferida a nova decisão, bem poderá a Defesa, a nível de apelação, pleitear novo julgamento ou corrigenda da sanção.

E, se o órgão ad quem reconhecer-lhe, por exemplo, severidade ou injustiça, poderá ajustá-la aos limites legais, sem qualquer lesão à soberania dos veredictos, porquanto a pena é fixada pelo Presidente do Tribunal popular, atento às diretrizes do art. 59 do CP, cabendo, ape-417

1

11

~ i

!1

,~i

nas, ao Conselho de Sentença dizer se houve, ou não, o fato, se o réu é, ou não, culpado, se há, ou não, causas que lhe justifiquem aumento.

Assim, a elevação da pena no segundo julgamento ensejado pelo protesto não violenta o princípio que proíbe a refiornwtio in pejus.

Ademais, a citada máxima é aplicável às hipóteses em que, inerte a Acusação, somente a Defesa recorre. In casu, não há propriamente inércia da Acusação. Esta, simplesmente, não pode interpor o protesto ou qualquer recurso. Somente a Defesa. Mas, proferindo o julgamento ensejado pelo protesto, reabrem-se, a ambas as partes, as vias do apelo. Dir-se-á que nos embargos infringentes a Acusação também não o pode, e, não obstante, a majoração da pena não é

permitida.

.1 .-1 1

1 il - .

CA...

.0

.C CC

U..

Z,

Atente-se, contudo, para a circunstância de que, proferida a decisão nos embargos, não mais poderá o réu fazer uso de qualquer outro recurso, a não ser, excepcionalmente, o extraordinário para o STF, ou o 44recurso especial" para o STJ, que, diga-se de passagem, não são meios hábeis para se combater decisões injustas...

Assim, a exasperação a nível de embargos infringentes implicaria verdadeira refôrmatio in pejus, pois seria rematada injustiça conferisse a lei um exclusivo recurso à Defesa, para favorecê-la, e viesse a ser prejudicada, sem oportunidade de postular a corrigenda da severidade.

Hermínio Marques Porto, tendo em vista o posicionamento do STF de não permitir que na nova sentença, decorrente da anulação de sentença condenatória anterior, se aplique pena mais grave do que a fixada pela sentença anulada (RTJ, 741654), entende, com amparo no art.

3.' do CPP, que, uma vez interposto o protesto, não poderá o tribunal leigo exasperar a pena, à semelhança do que ocorre com a apelação (art. 617) e a revisão (CPP, art. 626, parágrafo único).

Reconhece, contudo, que toda a doutrina lhe é adversa (cf. Júri, cit., p.

308-9).

Com a devida vênia, inaplicável, na espécie, a interpretação extensiva, uma vez que as hipóteses guardam entre si dessernelhanças gritantes. A revisão só pode ser interposta pela defesa, e, por isto, impossível o agravamento. Idem se se tratar de apelo exclusivo do réu. No protesto é diferente. Após o segundo julgamento ensejado pelo protesto, poderá a instância superior aumentar ou diminuir a pena, tudo na hipótese prevista no § 2.' do art. 593 do CPP. Natural, pois, haja, naquelas duas primeiras hipóteses, impossibilidade de exacerbação da pena na nova sentença a ser prolatada. No protesto, não.

Embora a Acusação

418

não possa interpor recurso de apelo, nada impede que o faça, após o julgamento ensejado pelo recurso privativo. Assim, quando a Defesa protesta por novo Júri, nem por isso ficam preclusas as vias impugnativas,

quer para a Acusação, quer para o próprio réu, após o julgamento levado a cabo em face do protesto.

Se, feito o protesto e realizado o julgamento, houvesse impossibilidade de qualquer outro recurso, ai sim não teríamos o menor receio de gasalhar o entendimento no sentido de que a pena anterior não poderia

ser exasperada. Se o fosse, haveria flagrante transgressão ao princípio ibe a re

que prol

:formatio in pejus.

Aliás, o Excelso Pretório chega a sustentar que, em se tratando de decisão do Tribunal do Júri, interposto recurso apenas pela Defesa, anulada a decisão, o Tribunal popular não fica a ela adstrito (RTJ, 109/119-20). Contudo, pensamos, é preciso distinguir. Se o réu no primeiro julgamento foi condenado a 12 anos, por homicídio qualificado, no segundo não poderá receber reprirkenda maior. Aí não haveria ofensa à soberania do Tribunal popular. Não foram os jurados que impuseram a primeira pena. Mas, condenado no primeiro por homicídio simples a 8 anos, nada impede que no segundo o seja a 12

anos, por se entender tratar-se de homicídio qualificado.

24. "Reformatio in melius"

Se, em face dos princípios nemo judex sine actore e ne eat judex ultra petita partium, se dessume que o órgão ad quem não pode piorar a situação do réu, quando apenas este interpuser recurso de apelação, logicarnente, pelos mesmos motivos, é de se concluir que, havendo exclusivo recurso do Ministério Público, visando ao agravamento da pena, não poderia, também, o Tribunal diminuí-Ia e, muito menos, proferir decisão absolutória.

Não obstante o rigor lógico do raciocínio, o art. 617 do CPP toma claro que o apelo do Ministério Público devolve, integralmente, ao j uízo ad quem o conhecimento do thema decidendum. É que, naquele dispositivo, não há nenhuma proibição à refôrmatio in melius.

Por outro lado, André Vitu, após discorrer sobre a impossibilidade de o órgão ad quem agravar a pena, quando a apelação for interposta apenas pelo réu, professa: "Quant au Ministère Public, représentant de la société, il échappe à la règle de l'interdiction qu'on vient d'indiquer.

419

1

1,1~

I« i W, ~.

.1

o

.C11:

w.»~ o

0-1 ,

U1~ .

Son appel a toujours un effet absolu, permettant à la juridiction d'appel de maintenir, d'adoucir ou d'aggraver les peines déjà prononcées" (cf.

Procédure, cit., p. 397). No mesmo sentido, G. Brière de Ulsle e P. Cogniart: "... Aussi, quelles que soient les réquisitions du Ministère

Public, la Court peut, sur son appel, confirmer le jugement, le réformer, dans le sens de l'indulgence comme dans celui de la sévérité..." (cf.

Procédure, cit., v. 2, p. 270).

Vannini, ante a alegação de que, havendo exclusivo recurso do Ministério Público, não pode o juízo ad quem minorar a situação do réu, afirma com aquela segurança incomparável: "Ció é inesatto, perchè contrasta con la possibilità previste dall'art. 152 e perchè, mentre è espressamente fissato il divieto della 'riforina in peggio', non è espressamente fissato il divieto della 'riforma in inegliò (cf. Manuale, Giuffrè, 1948, p. 252).

No mesmo sentido, as lições de Frederico Marques (cf. Elementos, cit., v. 4, p. 277), Magalhães Noronha (cf. Curso, cit., 1976, p.

355), Sady Gusinão (cf. Código, cit., 1942, p. 196), entre outros.

Carnelutti, analisando os limites da eficácia devolutiva, professa:

"Se a impugnação é proposta pelo Ministério Público, não existem limites ao poder do juízo ad quem" (cf. Lecciones, cit., v. 4, p. 257).

Assim, também, Robert Vouin e Jacques Léauté: "D'autre part, seul l'appel du Ministère Public peut permettre aux juges d'appel d'abaisser, confirmer ou augmenter librement la peine prononcée en première instance" (cf. Droit pénal et procédure pénale, Thémis, 1959, p.

3 3 3).

E, sem embargo da restrição feita por Frederico Marques (cf. Elementos, cit., v. 4, n. 1.103), vamos mais longe. Entendemos que, interposta apelação, apenas

pelo Ministério Público, não pode o Tribunal ficar adstrito à regra do tantum devolutum quantum appellatum.

Se o Ministério Público apela para agravar a pena, nada obsta possa o órgão ad quem agravá-la, mantê-la, diminuí-Ia ou, então, absolver o réu.

Se este foi condenado pelo órgão de 1.' grau por uma infração e absolvido quanto a outra, num simultaneus processus, havendo apenas recurso do Ministério Público objetivando convolar a absolvição em condenação, nada impede possa o Tribunal,

entendendo que a condenação foi iníqua, proferir decisão absolutória, malgrado a regra do tantum devolutum quantum appellatum. Idem no caso de co-réus. Se um foi

condenado e o outro absolvido, havendo recurso parcial do Ministério público, pode o Tribunal negar provimento ao apelo e, ao mesmo tempo, estender a eficácia da decisão ao co-réu, tudo nos termos do art. 580 do CPR

Explica-se tal particularidade. E que o Estado, por intermédio do seu orgão oficial acusatório, que é o Ministério Público, não teria, como não tem, nenhum interesse na manutenção de uma sentença iníqua, mesmo porque, corno bem o disse Delitala, "... l'esercizio dell'accusa spettante al pubblico ministero, meglio che l'attuazione di un vero e proprio diritto soggettivo, rappresenta l'esercizio di una funzione di giustizia; che il pubblico ministero è quindi tenuto ad agire positivamente anche a vantaggio dell'imputato; che, in altre parole, è un organo per sua natura, imparziale" (cf. Diritto, cit., p. 16).

Esta, também, a razão que levou Robert Vouin e Jacques Léauté à afirmação de que o Tribunal tem inteira liberdade de apreciar o recurso do Ministério Pùblico. Mverbis: "S'il en est ainsi, c'est parce que le ministère public ne représente pas exclusivement l'accusation, mais aussi l'intérêt supérieur de la justice" (cf. Droit, cit., p. 333).

Esse interesse do Ministério Público na reta aplicação da lei levou Trébutien a

afirmar: "Leffet dévolutif de l'appel du ministère public est aussi complet que possible et il soumet au tribunal d'appel l'action publique à nouveau, de telle sorte que ce tribunal peut l'apprécier comme s'il n'y avait pas de premier jugement" (cf. Cours élémentaire de droit criminel, Paris, 1854, v. 2, p. 509).

No mesmo sentido, Faustin Hélie (cf. Traité, Paris, 1878, v. 8, p.

87).

Entendem os doutrinadores pátrios - e, ao que parece, sem discrepancia -

poder o Tribunal, ante apelo exclusivo do Ministério Público, visando à exasperação da pena, agravá-la, abrandá-la, mantê-la ou, até mesmo, absolver o réu, em face até do papel que o Ministério Público representa nas instituições políticas.

Não se deve deslembrar que o Tribunal pode, ex officio, conceder habeas corpus...

Ademais, se o princípio consubstanciado na paremia tantum devolutum quantum appellatum impedisse a rçformatio in melius, obviamente, havendo exclusivo recurso da defesa, o mesmo princípio funcionaria como um freio a angustiar a possibilidade de a instância 421

1

11

1

.o

1r 1,` ,

i. .. .

i _

%%C .

0(W i

% -l .0

IL i

.,:r ".

5 e" - 1

ZI .1

superior decidir contrariamente aos interesses do réu. Assim sendo, a expressa proibição da refôrmatio in pejus no corpo do art. 617 do CPP

seria uma excrescência... Como na lei não há palavras inúteis, a expressa referência àquela proibição ultrajaria o princípio proibitivo de inserção de palavras inúteis no texto legal...

Desse modo, se Tício foi condenado a 1 ano por determinada infração, e condenado a 3 meses quanto a outra, num simultaneus processus, havendo apenas apelo do Ministério Público para agravar a pena quanto à segunda, nada impede possa o Tribunal: a) manter a sentença; b) agravar ou abrandar a pena quanto à segunda infração; c) manter a pena quanto à segunda infração e abrandar a da primeira; d) manter a condenação, quanto à segunda, e absolver quanto à primeira; e) absolver de ambas.

Oportuna a liçâo de Brière de U Isle: "U appel émannant du ministère public est sans effet sur l'action civile. En revanche, il remet en question, d'une façon absolue, l'action publique qui ne peut être soumise à aucune restriction, car l'intérêt général est alors enjeu" (cf.

Procédure, cit., p. 270).

Por outro lado, se bem atentarmos para o nosso CPP, veremos que diversos dispositivos, como observou o saudoso Prof. Romeu Pires de Campos Barros, consagram a prevalência dos interesses do

acusado, a começar pelas normas impondo a defesa como injunção legal (arts.

261 a 266), a absolvição por insuficiência de prova (art. 386, VI), a vedação da refôrmatio in pejus (art. 617), a existência de recursos privativos da defesa (arts. 609, parágrafo único, e 607) e, finalmente, a regra contida no art. 615, § 1.', todos do CPP (cf. 0

princípio dofavor rei, Jurispenal, 18/9).

Aqui, sim, trata-se de um verdadeiro favor rei.

E repetimos: se o Tribunal pode conceder habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2.', do CPP, por que razão estaria impossibilitado de, ante uma apelação exclusiva da acusação, abrandar mais ainda a situação do réu?

Estamos atravessando uma fase em que tem sido uma constante a crítica severa quanto ao enlerdamento dos processos, tendo os próprios Magistrados, em diversos pronunciamentos, reconhecido o emperramento da Justiça, atribuindo-o, contudo, à avalancha de processos e ao obsoletismo do Direito formal. Embora seja isso uma verdade, indagase: que mal haveria em o Tribunal, ante exclusivo apelo da acusação, pleiteando um agravamento da situação do réu, abrandá-la ou, até mesmo, proferir decisão absolutória? Que mal haveria em conceder no juízo

de apelo, se pode fazê-lo no juízo revisional? Não estaria havendo uma contribuição para a agilização da Justiça?

E se se tratar de ação penal privada e houver apelo do querelante para agravar a pena? Pensamos que tudo quanto dissemos a respeito do efeito devolutivo absoluto das apelações interpostas pelo Ministério Público tem, aqui, inteira aplicação, uma vez que o querelante não passa de simples substituto processual, e, nesse caso, não é lícito conferir-se ao substituto o que não se confere ao substituído.

Observe-se, por último, que, no pólo contrário ao da Defesa, está o Estado qua Administração, e este, à evidência, não tem nenhum interesse na manutenção de uma sentença iníqua.

Já registramos a lição do saudoso mestre Romeu Pires de Campos Barros e, com

a devida vênia, permitimo-nos acrescentar: o que se dessume do nosso sistema processual penal, inclusive dos textos constitucionais, e a consagraçao , em termos que não admitem controvérsia, do princí pio do favor rei. Além daÇuelas normas já indicadas, vejam-se, ainda, as contidas no art. 580 do CPP e, por derradeiro,

analise-se a Súmula 160, em que se proscreve, em recurso da acusação, o conhecimento de nulidade, contra o réu, a menos que alegada.

Por essas razões, pouco importa provenha, ou não, o recurso de apelo do Ministério Público ou do particular. É sempre lícito ao juízo ad quem agravar a situação do réu ou mitigá-la, suavizá-la. 0 que não se permite, o que é defeso, repita-se, é a refôrmatio inpejus, e não a reformatio in melius.

E possível que no Direito formal constituendo se estabeleça princípio concedendo expressamente aos Tribunais poderes para abrandar, manter, agravar a pena, ou absolver, sempre que houver recurso do Ministério Público.

Cumpre adiantar que já existem alguns julgados nesse sentido (cf. RT, 514/357, 568/272, 528/326, 4901327, 526/394, 556/348, 561/359 e 355, 5721358 e 562/357).

25. "Reformatio in pejus" indireta Quando o réu, mercê de exclusivo recurso seu, consegue anular a sentença ou todo o processo, na outra decisão a ser proferida não poderá o Juiz aplicar-lhe pena maior que a imposta anteriormente.

Se o fizer, diz-se, haverá uma refôrmatio in pejus indireta. Trata-se de criação pretoriana, embasada no parágrafo único do art. 626 do CPP.

11

1 ,

1 * ', ~

' ;~-~ , jgi 1 -'1' ~

capítulo 62

.1 .-1 2

<

GI 1 ',

. : r o

1

~í

-ZZ' ,

1 1, o li b ~ ~---~',

Do Protesto por Novo JUri

SUMÁRIO: 1. Noções. 2. 0 protesto é recurso exclusivo da defesa. 3.

quando cabe o protesto. 4. Se a pena for aumentada em grau de recurso, caberá o protesto? 5. Poderá a defesa protestar e apelar? 6. Quantas vezes poderá o réu protestar por novo

Júri? 7. Realizado o segundo julgamento, poderá o Tribuna] do Júri impor pena superior àquela imposta no primeiro? 8. Razão histórica do protesto.

9. Se o Juiz não receber o protesto, que providência poderá ser tomada?

10. Poderá o jurado que

participou do julgamento anterior fazer parte do Conselho de Sentença no segundo julgamento? 11. Não-realização do Júri.

1. Noções

Consoante a definição de Ramalho, o protesto por novo Júri é a provocação feita da sentença de um Júri para o outro, a fim de julgar a causa de novo (cf. Joaquim

Inácio Ramalho, Elementos de processo criminal, 1856, p. 136).

Surgiu, entre nós, com o Código de Processo Criminal de 1832.

Posteriormente, e isto em 1841, as alterações introduzidas na legislação processual afetaram o protesto por novo Júri, restringindo-o aos crimes apenados com penas de morte ou galés perpétuas. Hoje tal recurso continua para casos de suma gravidade, isto é, condenação pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 20 anos.

425

III

1

Il -- ~

<IO C Il

.C .0 1.

%C ..

W

o ~ .0 :3

C.. A

IN.,m .

W, '1

m , ,1 -

0 protesto é criação indígena? Tal como estruturado no nosso CPP, sim. Na Inglaterra vigorava, e ainda vigora, um instituto semelhante ao nosso protesto. Semelhante, não igual. É o writ of "venire facias de novo". A parte solicita ao Tribunal Superior ordene ao Magistrado seja convocado o Júri para novo

julgamento (venire facias de novo). Se o órgão ad quem entender que o erro, no primeiro julgamento, foi manifesto, concederá a ordem (writ). Se não, não. Entre nós não há essa intervenção do órgão superior. A Defesa se dirige, por petição ou termo nos autos, ao Juiz-Presidente, solicitando-lhe novo julgamento. 0 órgão superior somente intervirá se o Juiz-Presidente denegar o pedido e o interessado recorrer. Ademais, no Direito pátrio, haja, ou não, erro manifesto, cabe o protesto, dês que satisfeitos seus pressupostos, isto é, pena imposta igual ou superior a 20 anos por um só crime, interposição pela primeira vez e dentro no prazo legal (cf. Pimenta Bueno, Processo, cit., p. 249; Hélio B. Tornaghi, Curso, cit., v. 2, p. 342).

2. 0 protesto é recurso exclusivo da defesa

0 protesto por novo Júri é recurso exclusivo da Defesa. Tal qual na apelação, pode ser interposto por petição OU por termo nos autos, dentro do prazo de cinco dias. 0 recurso é dirigido ao Presidente do Tribunal do Júri, e não haverá necessidade de razões. Acolhendo o protesto, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri determinará seja o processo incluído na pauta de julgamento para a sessão periódica seguinte, dês que: a) a pena imposta, por um só crime, seja igual ou superior a 20 anos; b) seja interposto no prazo legal; c) tenha sido interposto pela primeira vez.

3. Quando cabe o protesto

0 protesto será oponível se a pena imposta, por um só crime ou por um só dos crimes, for igual ou superior a 20 anos. Assim, para efeito do protesto, não se somam as penas. Entende Frederico Marques, e a nosso ver com acerto, que, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, a pena imposta ensejará o protesto se satisfeito o pressuposto objetivo: pena igual ou superior a 20 anos; quanto ao crime continuado, por ser considerado, por uma fictio juris, um crime só; e, quanto ao concurso formal, em face da sua unidade delitual, conside-426

t

rada pelo art. 77, 11, do CPP. Sady Gusmão, citado por Walter P. Acosta, entende cabível o protesto se a pena resultar de concurso formal (0

processo penal, p. 363).

4. Se a pena for aumentada em grau de recurso, caberá o protesto?

Se, porventura, o réu for condenado a pena inferior a 20 anos e, em virtude de eventual apelação do Ministério Público, com fundamento no art. 593, 111, c, do CPP, o Tribunal de Justiça, corrigindo-a, tal como lhe permite o art. 593, § 1% do mesmo estatuto, aumentá-la, de molde a atingir os 20 anos, cremos ser incabível o protesto, nos precisos termos do § 1.' do art. 607 do CPP. In verbis: "Não se admitirá protesto por novo júri, quando a pena for imposta em grau de apelação (art. 606)".

Frederico Marques é du entendimento que, in casu, é perfeitamente oponível o protesto (cf. Elementos, cit., v. 4, p. 302). E a razão desse seu pensar repousa na circunstância de que o art. 607, § L', do CPP só o impedia quando a pena fosse imposta pelo Tribunal de Justiça.

Na verdade, antes da Lei n. 263, de 23-2-1948, que alterou disposições do CPP para melhor adaptá-las à Constituição de 1946, o art. 606 do mesmo Código permitia ao Tribunal de Justiça, quando a apelação se fundasse em injustiça da decisão, por ter sido esta proferida manifestamente contrária à prova dos autos, condenar ou absolver, mesmo porque não havia a soberania dos veredictos. Com o advento da Carta de 1946, dando nova roupagem ao Júri e, inclusive, consagrando a soberania dos julgados populares, houve necessidade de ser o Código de Processo, no particular, alterado. Por essa razão, a Lei n. 263, de 23-21948, regulamentando o Júri, revogou o art. 606.

Assim, para ele, uma vez que o Tribunal de Justiça não mais pôde aplicar a pena, inútil se tomou o § 1.0 do art. 607.

Data venia, pensamos de modo diferente.

Realmente, o § 1.' do art. 607 faz, inclusive, referência expressa ao art. 606, e este dizia: "Se a apelação se fundar no n. III, letra d, do art. 593 e o Tribunal se convencer de que a decisão dos jurados não encontra apoio algum nas provas existentes nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena legal, ou absolver o réu conforme o caso".

Entretanto esse mesmo art. 606 tinha um parágrafo único, teor era este:

.C.*

%* C,

!1

IL L ~ I

m- o

01

) .1 A

"Interposta a apelação com fundamento no n. 111, letra c, do art. 593, o Tribunal, dando-lhe provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança".

Evidente que o § 1.' do art. 607, ao se referir ao art. 606, incluía, logicamente, seu respectivo parágrafo único. Temos então que o § 1.' do art. 607 se referia tanto ao art. 606 como ao seu parágrafo único. Ora, o art. 606 foi revogado. Seu parágrafo único continuou, embora deslocado, para constituir o atual § 2.' do art. 593, que diz:

"Interposta a apelação com fundamento no n. III, letra c, deste artigo, o Tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança".

Assim, se o parágrafo único do art. 606 não foi revogado, apenas sofreu um deslocamento, em virtude de técnica legislativa, persiste a proibição do § 1.0 do art. 607: não será cabível o protesto se a pena for imposta em grau de apelação.

Note-se, além disso, que o legislador, no § 1.' do art. 607, fez apenas referência ao art. 606 (e não ao seu respectivo parágrafo único), por entender, com razão, aliás, que a hipótese ali tratada seria também compreendida na proibição, dada a semelhança de situações.

Pode muito bem o Promotor Público apelar com fundamento no art. 593, 111, c, e o Tribunal, retificando a pena, majorá-la de maneira a atingir ou ultrapassar a de 20 anos, e, assim, como a pena, in casu, foi imposta pelo Tribunal de Justiça, persiste a proibição do § 1.0

do art. 607.

Ademais, como diz Florêncio de Abreu, permitir o protesto das decisões proferidas pelos Juízes togados seria desnaturá-lo, desvirtuando seus fundamentos. 0 protesto é, em última análise, o apelo da decisão do povo para o próprio povo.

Sem embargo disso, no Habeas Corpus n. 48.924, a 1.a Turma do STF

entendeu inaplicável o § 1.0 do art. 607 (cf. Heleno Cláudio Fragoso, Jurisprudência, v. 2, p. 387). Assim, também, Hermínio Marques Porto, Júri, cit., 2. ed., p. 305, nota 424.

De acordo com o nosso entendimento, RT, 630/381; Justitia, 142/ 170; Tornaghi (Curso de processo penal, Saraiva, 1989, v. 2, p. 347).

No mesmo sentido, isto é, não admitindo o protesto quando a pena for imposta em grau de apelação, o art. 811 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Mais recentemente o STJ decidiu no sentido de que o § 1.' do art. 607 não serve de empecilho ao protesto por novo Júri (RSTJ, 71/237). Nesse sentido, também, Ada, Scarance e Gomes Filho (Recursos, cit., p. 246).

Alega-se, a favor da tese da admissibilidade do protesto por novo Júri, quando a pena for imposta em grau de apelação, o fato de que o § 1.' do art 607 tinha aplicação quando vigorava o art. 606, porquanto o órgão de segunda instância podia proferir decreto condenatório ainda que absolvido o réu, uma vez que, quando da elaboração do CPP, não havia a soberania dos veredictos. Era, diz-se, uma nova decisão. 0 argumento não convence. Do contrário, quando vigia o art.

606, se a pena fosse aumentada, em razão Pa apelação, tal como previsto no § 1.'

do mesmo art. 606, caberia o protesto... E

doutrina e jurisprudência não entendiam assim.

5. Poderá a defesa protestar e apelar?

Se o réu for condenado por dois crimes, um dos quais ensejando o protesto que ele interpôs, poderá também interpor o recurso de apelação quanto ao outro crime. Tal apelação deverá ser interposta no prazo legal (5 dias), por termo nos autos ou por petição. Interposto o protesto e interposta a apelação, esta ficará em suspenso até a nova decisão provocada por aquele.

Alguns entendem que deverá ficar suspensa, depois de oferecidas as razoes e contra-razões. Outros, que a suspensão se verificará antes do oferecimento das razões e contra-razões.

Defende a primeira tese Camara Leal (Comentários ao Código de Processo Penal, v. 4, p. 110). Defendem a segunda Espínola Filho e Florêncio de Abreu (cf. Espínola, Código, cit., v. 6, p. 232).

Quer-nos parecer que a razão está com o segundo entendimento. Interposta a apelação quanto ao outro crime, ficará ela em suspenso. Depois do novo julgamento relativo ao crime que o protesto

ensejou, se o réu for absolvido, então a defesa fará as suas razões na apelação in-

1

1

terposta anteriormente, a Promotoria apresentará suas contra-razões, e o processo subirá. Se for condenado, a defesa poderá apelar no que respeita a esse novo julgamento (pois não cabe mais protesto) e, em vez de arrazoar as duas apelações, combaterá em um único arrazoado as duas decisões, discordando do primeiro julgamento (quanto ao crime que não ensejou o protesto) e do segundo julgamento (quanto ao crime que o ensejou).

Tudo se torna mais fácil, mais compreensível.

E se no segundo julgamento, motivado pelo protesto, for o réu i absolvido e transitar a decisão em julgado? Nesta hipótese subirá ao Tribunal apenas o recurso de apelação

referente ao crime que não ensejou o protesto. E se entender o Tribunal ter havido um error in procedendo ou in judicando? Determinará seja o réu levado a novo Júri, apenas, é

i

lógico, quanto à infração objeto da apelação, respeitando, assim, a soberania dos veredictos. A hipótese pode parecer um pouco estranha: reunir-se o Tribunal do Júri para julgar

apenas uma lesão corporal. Mas pense-se neste caso: A comete um homicídio, e B, uma lesão corporal. As infrações são conexas e, de conseguinte, deverão ser apreciadas num

simultaneus processus pelo Tribunal popular. A está foragido, e B, pre-

'1 ..

so. Não será este julgado por primeiro? Não se reuniria o Júri, neste caso, apenas para apreciar a lesão corporal?

6. Quantas vezes poderá o réu protestar por novo júri?

1

E o protesto cabível apenas uma vez. E se for o réu levado a julga

1

W., . j

mento em virtude de segundo protesto? Este estará nulo e prevalecerá 1

CE, . válida a decisão recorrida.

E se for o protesto interposto e aceito fora dos casos permitidos em lei, ou, até

mesmo, extemporaneamente? Nulo será o segundo julgamento. Vejase, a propósito, F. Whitaker

(Offiri, cit., n. 265, p. 239).

Indaga-se: se for o réu condenado pelo Júri, por um só crime, a i

pena de 20 ou mais anos de reclusão e, em vez de protestar por novo Júri, interpuser recurso de apelação? Nada obsta que o Juiz ou o Tribu nal o receba como se protesto fosse, mesmo porque se trata de um di reito inalienável, como se costuma dizer, nem mesmo se permitindo ao defensor dele desistir, a menos haja expressa manifestação da vontade do réu.

11

430

7. Realizado o segundo julgamento, poderá o Tribunal do Júri impor pena superior àquela imposta no primeiro?

Levado o réu a novo julgamento (quando serájulgado apenas quanto ao crime objeto do protesto), poderá ser aplicada pena superior àquela imposta no primeiro? Nada obsta. Nova oportunidade foi

dada ao povo para julgar o réu. Ademais, se, após o primeiro julgamento, pode o Promotor apelar para a retificação da pena, e o Tribunal, nos termos do § 2.' do art. 593 do CPP, pode aumentá-la, que diferença faz ser a pena aumentada pelo Tribunal ad quem ou pelo Tribunal do Júri? Realmente. Se o réu for condenado a 18 anos e o Promotor entender que o crime foi bárbaro, revoltou toda a cidade pelo fato de ter sido cometido com requintes de perversidade, não poderá o Tribunal de Justiça retificar a pena imposta, aumentando-a? Também o poderá o Júri, no segundo julgamento determinado pelo protesto. Não há que se falar, aí, em refôrmatio in pejus, porquinto as partes, após esse segundo julgamento, podem interpor apelo à instância superior, e esta, então, poderá, inclusive, diminuir a pena se entender ter sido ela severa.

8. Razão histórica do protesto

Justifica-se o protesto nos dias atuais? Pensamos que sim. Já esposamos ponto

de vista diferente e, nesta oportunidade, procuramos reformulá-lo.

0 protesto surgiu entre nós, com características próprias, em 1832.

Disciplinava-o o art. 308 do diploma processual penal do Império, permitindo-o ao condenado à morte, degredo ou desterro por 5 ou mais anos, galés ou prisão por 3 anos ou mais.

Em 1841 houve alteração no Código de Processo Criminal, afetando, inclusive, o instituto do protesto por novo Júri, restringindo-o às hipóteses em que o réu fosse condenado às penas de morte ou galés perpétuas.

Nesses casos, como o Júri era soberano, uma vez condenado o réu, a instância superior (a Relação) não podia funcionar cornojudicium rescisorium, de molde a cassar a pena imposta. Admitia-se apelação das decisões do Júri: 1.') quando não eram guardadas as fórmulas substanciais do processo; 2.') quando o Juiz-Presidente não julgava em conformidade com a decisão do Júri; 3.') quando o Juiz-Presidente não

impunha a pena declarada na lei. Acanhada, pois, a apelação das decisões do Tribunal popular.

Certo que, quando a decisão era "contrária à evidência resultante dos debates, depoimentos, ou outras provas perante ele agitadas, o JuizPresidente tinha o poder de escrever no processo os fundamentos da sua convicção contrária, para que a Relação, à vista deles, decidisse se a causa deveria, ou não, ser levada a novo júri" (cf.

Pimenta Bueno, Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, 1922, p. 246 e s.).

Mas, como dizia o Marquês de São Vicente, "este recurso deve proceder da só convicção do Juiz de Direito; nem o acusador nem o réu podem solicitá-

lo" (cf. Apontamentos, cit., p. 247).

Se a pena imposta fosse de morte ou galés, a Lei de 3-12-1841, no seu art. 79,

tomava obrigatório o recurso, mesmo que o Juiz se conformasse com a decisão. Certo que a Relação não podia apreciar o mérito; examinava, contudo, se haviam sido guardadas as solenidades e fórmulas substanciais da lei.

1

.1 », - i

.C

,.e..

~__ -1

M.. ~ JI C) -0, 1

M - -1 -,

0- -

I c). JI

Por isso, benéfico era o protesto, porquanto nova oportunidade se dava ao acusado, que, num segundo julgamento por ele permitido, podia, inclusive, sem ferir a evidência das provas, lograr absolvição ou, então, um abrandamento da pena.

Com a República, surgiu o pluralismo processual. Os EstadosMembros passaram a ter seus próprios Códigos de Processo Penal, e, mantida que foi a instituição do Júri pela Constituição de 1891, entenderam os legisladores estaduais que o protesto por novo Júri devia subsistir como medida tutelar das garantias individuais. E assim o fizeram. Um dos pressupostos para a sua admissibilidade - a pena elevada -é que variava de Estado para Estado, sendo que o do Paraná

"chegou ao extremo de facultá-lo das condenações iguais ou superiores a 10 anos, ou a 6, quando o veredictum não reunisse dois terços dos votos'I (cf. Espínola Filho, Código, cit., v. 6, p. 218).

Em janeiro de 1938, sob a égide da Constituição de 1937, que, por sinal, não

previra a instituição do Júri, surgiu o Decreto-lei ri. 167, dandolhe nova roupagem, e, no seu art. 97, acolheu o protesto, desde que a condenação igualasse ou excedesse a 24 anos.

Unificada a legislação processual penal, veio, em janeiro de 1942, o CPP, trazendo profundas inovações na regulamentação da instituição, embora a base fosse ainda o Decreto-lei ri. 167. E, nessa remodelação,

il

não só foi mantido o protesto por novo Júri, desde que a pena não fosse imposta em grau de apelação, como, inclusive, "se aboliu" a soberania dos veredictos, tal qual o fizera o decreto-lei já referido.

Aí, então, é que surgiu a grita de alguns doutrinadores (Espínola Filho, Código, cit., v. 6, p. 218, e Borges da Rosa, Processo, cit., 1942, v. 4, p. 44) contra a permanência do protesto por novo Júri, sob o fundamento de que perdera ele sua razão de ser, num regime em que se permitia ao Tribunal ad quem rever e corrigir, em grau de recurso, as sentenças do Júri.

A Constituição de 1946, no seu art. 141, § 28, reformulou a instituição, atribuindo-lhe, como um dos seus caracteres, a soberania dos veredicta.

Como não se tratava de norma self-executing, em fevereiro de 1948 foi promulgada a Lei ri. 263, alterando o estatuto processual penal, na parte atinente ao Tribunal leigo, adaptando-o às exigências constitucionais e, obviamente, tornando realidade a soberania das decisoes do Tribunal popular. .

Tivemos, então, três fases: a que reconhecia a soberania das decisoes do Júri (anterior ao Dec.-lei ri. 167), a da sua abolição (de 1938 até o advento da Carta de 1946) e a da sua vivificação (de 1946 para cá).

Dizem alguns que, havendo soberania das decisões do Júri, o protesto se justifica; senão, não. Em princípio, é verdade. Preciso é, contudo, haja total supressão da soberania, e isto nunca houve entre nós...

No regime anterior, quando se afirmava abolida a soberania, condenado o réu,

fosse a que pena fosse, sagrado era o seu direito de apelar.

E, dentre os pressupostos de admissibilidade da apelação, destacava-se o previsto na letra b do inc. 111 do art. 593 do CPP (hoje profundamente alterado pela Lei ri. 263, de 1948), que dizia:

"Caberá apelação das decisões do Tribunal do Júri e fundada nos seguintes motivos:

b) injustiça da decisão dos jurados, Por não encontrar apoio algum"

(grifo nosso) "nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário".

Assim, podia ocorrer a hipótese de, no primeiro julgamento, não ter sido produzida, sequer em plenário, alguma prova que desse arrimo 433

1

1

1

c. 1, - I.

Cce:

IL:')

IN, 01

ci.)

à tese da defesa. Condenado a 20 anos e não ocorrendo error in procedendo, de nada valeria eventual apelação. Entretanto admitia-se o protesto. Nesse caso, interposto o recurso específico, seria o réu levado a novo julgamento, quando, então, poderia a defesa conseguir alguma prova que desse suporte à sua tese. Já agora absolvido, não poderia a acusação interpor apelação com fundamento na letra b -

porque a decisão dos jurados encontrara algum lastro probatório - e, não

havendo nulidade posterior à pronúncia, nenhuma outra providência poderia ser tomada contra o réu. Não mantinha, assim, o Tribunal popular discreta soberania?

Consagrada a soberania das decisões plenárias do Júri, as mesmas razões, ou outras mais fortes, protegem e escoram o protesto. Condenado a 20 ou mais anos, pode a defesa, no segundo julgamento originário do protesto, fazer cair, por exemplo, uma qualificadora, conseguir uma causa de especial diminuição da pena, ou, até mesmo, lograr um decreto absolutório. E, desde que a decisão não seja manifestamente contrária às provas dos autos, de nada valerá o apelo da acusação, sob o fundamento de vitium in judicando (CPP, art. 593, 111, d, introduzido pela Lei n. 263, de fevereiro de 1948).

9. Se o Juiz não receber o protesto, que providência poderá ser tomada?

E se o Juiz não receber o protesto? Nesse caso, cumpre à defesa, no prazo das 48 horas que se seguirem ao despacho denegatório, requerer carta testemunhável, nos termos dos arts. 639 e s. do CPP. Essa a opinião dominante. Frederico Marques, contudo, faz uma objeção: se o protesto é recurso do Juiz a quo para o Juiz a quo, não teria sentido a carta testemunhável, que, por definição, é recurso que obriga a subida de outro recurso. Assim, na hipótese de denegação, cabe habeas corpus (cf. Elementos, cit., v. 4, p. 312).

Espínola Filho (cf. Código, cit., v. 6, p. 478) e Walter P. Acosta (Oprocesso, cit., 5. ed., p. 381) são de entendiniento que, in casu, a denegação do protesto ensej a a carta testemunhável.

Não obstante sua autoridade, pensamos que o recurso é a carta testemunhável, mesmo porque o art. 639 não faz nenhuma restrição. Veja-se RTJ, 1201180. Admitindo a carta testemunhável como recurso hábil para combater a decisão que não receber o protesto por novo Júri,

aí está o art. 814 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Observe-se que ao tempo do Império, como não havia carta testemunhável em

matéria penal (Pimenta Bueno, Código, cit., p. 254), a denegação do protesto ensejava habeas corpus. Como aquele recurso entrou na esfera criminal com o Código de Processo Penal de 1942, 1

1

havia o vezo de se impetrar habeas corpus, a mingua de outro meio impugnativo. Talvez esta a razão de se falar no remédio heróico.

10. Poderá o jurado que participou do julgamento anterior fazer parte do Conselho de Sentença no segundo julgamento?

No novo Júri, em decorrência do protesto (ou mesmo em decorrência de apelação), não poderá dele fazer parte jurado que haja participado do julgamento ante&ior. Nesse sentido, bastante claro o art.

607, § 3.', do CPR Mesmo que o novo Júri seja em conseqüência de anulação do primeiro, em decorrência de eventual recurso, é de ser aplicada, por analogia, a mesma regra do § 3.' do art. 607 - ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. Consultem-se, a respeito, Camara Leal, Comentários, cit., v. 4, p. 108 e 109; Espínola Filho, Código, cit., v. 6, p. 223; Magarinos Torres, Processo penal do júri, p. 5 37; F. Whitaker, 0 júri, cit., p. 236, n. 260.

Cremos devesse o legislador, à maneira do que ocorria no Império, não permitir que, no segundo julgamento provocado pelo protesto, fosse o Tribunal presidido pelo mesmo Juiz de Direito. A responsabilidade maior na aplicação da pena cabe ao Presidente do Tribunal. Num homicídio qualificado, por exemplo, o Presidente tanto poderá fixar a penabase em 12, 18, 20 ou 25 anos. Ademais, todos sabemos que o Presidente do Tribunal do Júri, dependendo da maior ou menor compreensão dos jurados, exerce, veladamente, mas exerce, uma certa influência nos julgamentos. Assim, na maneira como explica os quesitos, no tom de voz que empresta ao expor as conseqüências que poderão advir de uma resposta negativa ou positiva a esta ou àquela indagação, nos exemplos que fornece, à guisa de explanação sobre o questionário, de homicídio qualificado ou privilegiado, muitas vezes aproximando os exemplos do caso subjudice, tudo isso permite ao Presidente exercer notável influência na decisão do Tribunal popular.

Por essas razões, é de se esperar que, de jure constituendo, no segundo julgamento levado a cabo em face do protesto, deva a presidência ser deslocada para outro Magistrado, tal como,

sabiamente, determinava o Regulamento da Lei de 3-12-1841.

1

Aliás, apesar da regra claríssima do § 3.' do art. 607 do CPP, temos a Súmula 206: "É nulo o julgamento ulterior pelo Júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo".

11. Não-realização do Júri

E se, malgrado o recebimento do protesto, o novo julgamento não se realizar dentro em um ano? Sabe-se que, interposto e recebido o protesto, o julgamento que o ensejou torna-se

ineficaz, não produz nenhum efeito. Em suma: é como se o réu não houvesse sido julgado, uma vez que o protesto invalidou o julgamento. Assim, recebido o protesto, deve o Juiz incluir o

processo na pauta para a próxima reunião do

c. - .

Júri. Não o fazendo, sem culpa do réu ou da defesa, nada obsta possa ser requerido o desaforamento, aplicando-se, por analogia, a regra con-

.C

tida no parágrafo único do art. 424 do CPP. Este prevê a possibilidade

de haver desaforamento se o julgamento não se realizar no período de um ano, contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa.

Ora, se houve o protesto, desde que recebido, não se justifica possa o processo, sem culpa da defesa, permanecer paralisado durante um ano. Duas opções se entreabrem: a) o réu,

se estiver preso, pode impetrar ordem de habeas corpus, porque inegável o constrangimento ilegal, em face do prolongamento da prisão resultante da pronúncia; b) pode re-o-

querer desaforamento. De fato. Se o protesto invalidou o julgamento, e se o legislador possibilita o desaforamento quando o julgamento não se realizar no período de um ano, contado do

recebimento do libelo, é intuitivo que no caso enfocado as situaçoes se equivalem. Pode-se até afirmar: o réu foi pronunciado, a acusação ofertou o libelo, o Juiz o recebeu e... o réu ainda

não foi julgado, não obstante o decurso de mais de um ano. Dir-se-á: ele já foi julgado. Sim. Mas, como o protesto invalidou o julgamento, não se poderá dizer tenha sido ele julgado. Na

verdade, não o foi. Cabível, pois, o pedido de desaforamento.

436

~1ì

caffitulo 63

pj,4r,-., , ,

Dos Embargos Infringentes

e de Nulidade

4

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Os embargos infringentes e os de nulidade. 3. Prazo para a sua interposição e o respectivo procedimento. 4. Os embargos infringentes e de nulidade são oponíveis contra toda decisão de 2.'

instância? 5. Os

embargos na Suprema Corte. 6. A particularidade que apresentam os embargos infringentes na Justiça Militar. 7. Para o réu opor embargos infringentes e de nulidade deverá recolherse à prisão? 8. Embargos no STJ.

1. Considerações preliminares

Frederico Marques observa, com justa razão, que a palavra embargos tem, no Direito pátrio, sentido proteiforme (cf. Elementos, cit., v. 4, p.

306, nota 1). A mesma observação é feita por Pontes de Miranda: a palavra embargos tem tal variedade de significações que, às vezes, a faz equívoca (cf. Comentários, cit., v. 11, p. 219).

Empregada no singular (embargo), é sinônima de arresto, medida precautória consistente na retenção de bens do devedor, a fim de assegurar eventual execução. Mesmo no plural seu sentido é variado.

A palavra provém de embargar, que significa reprimir, tolher, dificultar, impedir. E como no Direito lusitano (e tal recurso é de origem 437

portuguesa) a parte podia investir, às vezes, contra a sentença, exigindo a retratação do órgão que a prolatou, por inobservância ou violação da lei, nada mais expressivo que a palavra embargos para traduzir o meio de que se valia o litigante para impedir a execução de uma sentença.

A dificuldade no apelar, em parte devido à deficiência e aos rigores do direito relativo aos recursos, nos velhos sistemas jurídicos, sugeriu o pedido de reconsideração das sentenças, ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modificá-las em algum ponto, ou alguns pontos indicados, em virtude de razão suficiente (embargos modificativos), ou para revogá-las, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos) - cf. Pontes de Miranda, Comenuírios, cit., v. 11, p.

222.

proferiram a decisão que se procura infringir ou anular, evidente perdurar seu caráter de retratação.

2. Os embargos infringentes e os de nulidade Os embargos infringentes e os de nulidade são opondíveis contra a

decisão não unânime de 2.' instância e desfavorável ao réu.

Não basta,

pois, a falta de unanimidade. E preciso, também, que a divergência do

voto vencido seja favorável ao réu. Desse modo, apreciando uma ape

lação ou recurso em sentido estrito, se a Câmara ou Turma, por maio

ria, decidir contra o réu, e o voto dissidente lhe for favorável, cabíveis

serão os embargos.

Se a divergência for contra, tomam-se eles incabíveis.

Assim, se,

por exemplo, a maioria da Turma ou Câmara der provimento ao apelo

Desses embargos, a legislação penal brasileira conhecia apenas os para condenar o réu a 2 anos de reclusão e o voto dissidente for no declaratórios. Os ofensivos e modificativos, posteriormente denomina sentido de ser a pena exasperada, evidente que a defesa não poderá

dos infringentes e de nulidade, foram conhecidos em alguns Códigos opor embargos.

4

dos Estados, mas, quando da unificação do direito processual, o CPP

~'. 1 0,

i

Trata-se de recurso exclusivo do réu e que existe para tutelar mais

não os contemplou no elenco dos recursos. ainda o direito de defesa. Por isso mesmo, como já se afirmou, não Embora conhecidos, no Processo Civil, somente em 1952, pela conflita tal particularidade com os princípios do contraditório e da igual

Lei n. 1.720-B, de 3 de novembro daquele ano, que deu nova redação dade das partes, "uma vez que estes existem como garantias do direito

M *) ao art. 609 do estatuto processual penal, acrescentando-lhe, inclusive, individual".

um parágrafo, é que os embargos infringentes ou de nulidade foram E acrescentamos: eles representam uma decorrência do principio

.1

'LIA adotados na legislação processual penal. A propósito, o parágrafo úni- do favor rei.

co do art. 609:

Sem embargo, melhor seria fosse esse

recurso extensivo, também,

à acusação.

"Quando não for unânime a decisão de segunda instân-Se o

voto vencido divergir apenas parcialmente, eventuais embar cia, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e gos restringir- se-ão àquela discordância parcial. Desse modo, se os

de nulidade, que poderão ser opostos dentro de dez dias, a integrantes da Câmara ou Turma derem provimento ao apelo para apli contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613. Se o car a pena sem sursis, e o voto vencido achar que se devia concedê-lo, desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria eventuais embargos propugnarão apenas pela sua concessão.

objeto de divergência".

Quando a decisão de 2.' instância,

desfavorável ao réu, não for

unânime, e versar a divergência sobre matéria estritamente processual,

Embora o órgão competente para apreciá-los não seja exatamente c

az de tornar inválido o processo, os embargos são denominados "de o mesmo que prolatou a decisão embargada, não perde tal recurso seu nulidade", porquanto não lhe visam à modificação, mas a anulação do característico, que é a retratação. Veremos mais adiante que a decisão

feito, possibilitando sua renovação.

J

embargada será apreciada por um órgão composto de vários Juízes, Se o Tribunal, por exemplo, rechaçar a preliminar de nulidade por incluindo-se nesse número os mesmos que prolataram o acórdão incompetência de juízo, e o voto vencido vier a acolhê-la, a defesa poderá

embargado. Assim, se desse órgão fazem parte os mesmos Juízes que opor embargos de nulidade, que se restringirão a esta.

438

439

1

1

A, ~

~1

J1

3. Prazo para a sua interposição e o respectivo procedimento Os embargos infringentes ou os de nulidade, dirigidos ao Relator do acórdão embargado, devem dar entrada no protocolo da Secretaria, no prazo de 10 dias, a contar da publicação

do acórdão.

0 embargante deverá, junto com a petição de interposição do recurso, apresentar as suas razões, fortalecendo-as com os argumentos expendidos no voto dissidente.

Pouca coisa diz o CPP sobre o procedimento dos embargos. 0 parágrafo único do art. 609 faz remissão ao art. 613, donde se concluir que os Tribunais, nos seus Regimentos

Internos, devem complementar as regras contidas no citado dispositivo, preenchendo-lhe as lacunas. 0 Relator e o Revisor disporão de prazo igual e sucessivo para se manifestarem.

Esse prazo não pode ser inferior a 10 dias para cada um. Igual prazo é concedido ao Procurador-Geral da Justiça para opinar a respei-

"c"

to. Se houver sustentação oral, o prazo é de 15 minutos. Essas as regras contidas no art. 613.

No Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, apresentado o recurso, será encaminhado ao Relator do acórdão embargado, que

.C.0

%1 ('"

decidirá sobre sua admissibilidade. Se, porventura, for denegado, poderá a parte opor agravo regimental. Admitido, os autos permanecem na Secretaria, pelo espaço de 3 dias, aguardando o preparo (pagamento prévio das despesas processuais, se for o caso). Tal preparo é cabível, em

C%. 1 princípio, nas ações exclusivamente privadas e, assim mesmo, se não ocorrer

,. > a hipótese do art. 32 do CPR A propósito destas custas, a Lei paulista ri.

4.952, de 27-12-1985, praticamente aboliu a taxa judiciária nas causas criminais de qualquer espécie. Veja-se, no particular, o verbete Despesas judiciais no § 6.0 do Capítulo 8.' do 1.' volume desta obra.

Se for o caso, abrir-se-á vista dos autos ao querelante ou ao assistente de acusação, pelo espaço de 10 dias, para impugnação. Em seguida, por igual prazo, os autos serão

encaminhados à Procuradoria da Justiça, para opinar. Após, serão distribuídos a um Relator sorteado, dentre os Juízes que integrarão o órgão julgador, não podendo ser nenhum dos

Juízes que tomaram parte no julgamento. Concede-se, ainda, no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, o prazo sucessivo de 10 dias ao Relator e ao Revisor, para estudo dos autos.

No Estado de São Paulo, quando o acórdão provier da Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, os embargos serão julgados pela pró-

pria Câmara. Anteriormente, como cada Câmara do Alçada era constituída de 4 membros (e a turma julgadora formada de 3 Juízes), os embargos eram julgados pelo Grupo de Câmaras a que

pertencesse aquela que proferiu o julgamento, mesmo porque não havia número suficiente de Juízes, na Câmara, para apreciar os embargos. Hoje, como o número foi aumentado para 5, o julgamento dos embargos fica afeto à própria Câmara.

Se a decisão provier de uma das Câmaras do Tribunal de Justiça, o orgão competente para julgá-los, por força do Assento ri. 307/92 do órgão Especial do Tribunal de Justiça, é a própria Câmara que proferiu a decisão embargada, sendo Relator e Revisor os Juízes que dela não participaram. Observe-se que,

atualmente, cada Câmara do TJ paulista é constituída de 5 Desembargadores, sendo que apenas 3 participam do julgamento, consoante o art. 21, 1, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No Tribunal Regional Federal da 3.' Região (São Paulo), os embargos infringentes oposto~ às decisões das Turmas são julgados pela 1.a Seção, constituída de suas duas Turmas, sendo que cada uma é formada

a

de 4 Juízes (cf. art. 12, 1, do Regimento Interno do TRF da 3. Região).

Assim, os embargos infringentes ou de nulidade, à maneira do que ocorre com os declaratórios - embora com menor intensidade -, têm, indisfarçadarnente, um colorido de retratação.

Poder-se-ia dizer tratar-se de um recurso inútil, ante a possibilidade de perdurar a divergência. Buzaid já afirmara que um recurso deve ser criado ou mantido na medida em que ele aperfeiçoa a decisão, sem retardar a administração da justiça. Os embargos pressupõem um julgado, proferido em grau de apelação (ou de recurso em sentido estrito - adaptamos nós a lição ao processo penal), por Juízes, a quem não se pode negar notável saber jurídico, vasta experiência e reputação ilibada (cf. Estudos de direito, 197 1, p. 111).

E se, no julgamento dos embargos, perdurasse o voto vencido?

Admitir-se-iam novos? Obviamente não; do contrário, os litígios se eternizariam.

A despeito disso, o nosso Código mantém os embargos infringentes ou de nulidade, procurando, assim, na medida do possível, o aperfeiçoamento das decisões.

Homens de reputação ilibada que são, podem os Juízes, em vez de insistir no seu voto, reconhecer a força dos argumentos aduzidos pelo embargante.

E, nesse recuo, não haverá nenhum aviltamento.

João

441

M~

. » - i

- ~1 1, - -,

i A"

1b . .

11-1

C. ,

- . il

1

Monteiro, citando Savigny, já afirmava que é de se louvar o Juiz que, provocado a novo exame da causa, aprofundava o estudo do assunto, encarando-o sob todas as faces, porquanto o Juiz tanto mais honra a toga quanto maior jurisconsulto mostra ser, e nenhumjurisconsulto jamais se sentiu amesquinhado com discutir ... Não se humilha o Juiz que emenda o próprio erro... E que se humilhe ... a humildade não avilta. Já o disse F. Fulvio: "L'umiltà è una virtù che fa grandi i piccoli e grandissimi i grandi..." (cf. Processo, cit., p. 707).

4. Os embargos infringentes e de nulidade são oponíveis contra toda decisão de 2." instância?

Os embargos infringentes são oponíveis contra toda decisão não unânime do Tribunal? Observe-se que o Capítulo V do Título Il do Livro 111 do CPP, onde está incrustado o recurso em apreço, tem a seguinte redação: "Do processo e do julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações, nos Tribunais de Apelação". Conclui-se, pois, que os embargos só podem ser interponíveis, satisfeitos aqueles pressupostos (decisão não unânime e desfavorável ao réu), contra as decisões de 2. instância que apreciarem os recursos em sentido estrito ou as apelações. Nessa ordem de idéia, em face do que dispõe o art. 644 do CPP,

sera possivel, também, na carta testemunhável, quando esta estiver suficientemente instruída e o Tribunal apreciar o mérito. Mas, nesse caso, o Tribunal estará apreciando, a rigor, o recurso em sentido estrito ou a apelação que não subiu em virtude de denegação.

Espínola Filho preferiu analisar, apenas, o texto do art. 609, em vez de fazê-lo, também, quanto ao capítulo, para concluir que o citado preceito, falando em decisão não unânime de 2. instância, estendeu o julgamento dos embargos contra todo julgamento criminal de 2 a instância (cf. Código, cit., v. 6, p. 289).

Fredçrico Marques cita dois arestos, um do Tribunal de Justiça e outro da Suprema Corte, dizendo não serem oponíveis embargos infringentes da decisão sobre desaforamento e revisão criminal, porquanto nem o desaforamento nem a revisão são recursos (cf. Elementos, cit., v. 4, p. 309). Vejam-se, ainda, RTJ, 461616 e RT, 440/372 e 5341346.

Quisesse o legislador estendê-los a toda e qualquer decisão de 2.

instância, não os teria posto no capítulo pertinente ao procedimento do 442

recurso em sentido estrito e da apelação na 2.' instância. Esta posição topográfica é por demais significativa.

Embora o art. 609 fale apenas em Tribunais de Apelação (antiga denominação dos Tribunais de Justiça), os embargos infringentes, quando satisfeitos seus pressupostos, podem ser oponíveis contra as decisões não só dos Tribunais de Justiça, como também das proferidas pelo Tribunal de Alçada e Tribunais Regionais Federais.

Respeitante ao STF, os embargos infringentes ali existentes pressupõem outras decisões. Notese que os embargos infringentes, tal como disposto no CPP, pressupõem decisões não unânimes, desfavoráveis aos reus, quando do julgamento da apelação e do recurso em sentido estrito. A Suprema Corte não julga apelação nem recurso em sentido estrito. Logo, não se admitiriam, ali, os embargos infringentes.

Contudo, a EC n. 7, de 13-4-1977, conferiu ao STF poderes para, no seu Regimento Interno, estabelecer o processo e o julgamento de sua competência

originária ou recursal. e da argüição de relevância daquestão federal. Em face desses poderes, o STF criou embargos infringentes para outras hipóteses, que serão vistas a seguir.

Já no STJ, como também não há apelação criminal ou recurso em sentido estrito a ele dirigidos, não há, conseqüentemente, embargos infringentes. Só em matéria cível.

A doutrina, exceção feita a Espínola Filho (Código, cit.) e João Martins de Oliveira (Revisão, cit., p. 217), repudia os embargos infringentes em sede revisional (Walter P. Acosta, Oprocessopenal, cit., p. 365; Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, p. 309; Mirabete, Processo, cit., p. 640; Vicente Greco, Manual, cit., p. 334; Magalhães Noronha, Curso, cit., p. 504; Ada, Scarance e Gomes Filho, Recursos, cit., p. 331).

0 Tribunal de Justiça do Paraná entende viável o recurso de embargos infringentes contra decisão majoritária que inacolhe a revisão criminal, louvando-se, para tanto, no Regimento Interno do STF, que o admite, e em Espínola Filho e João Martins de Oliveira (citados) (RT, 718/452). Observe-se, contudo, que os embargos infringentes na Excelsa Corte podem ocorrer, apenas, na ação penal originária ou quando a condenação provier de decisão proferida em recurso extraordinário, em que não se apreciam as quaestiones facti.

5. Os embargos na Suprema Corte

No STF há, apenas, duas modalidades de embargos: infringentes e declaratórios. Estes são oponíveis quando houver no acórdão obscuri-443

i, l'.-.

.C OC

ì) L.

11A

-- . P

~1 o-

C51.)

dade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas. 0 prazo para a sua interposição é de 5 dias. Não há distribuição nem preparo. A petição é dirigida ao Relator do acórdão embargado. Sem qualquer outra formalidade, ele o submeterá a julgamento na primeira sessão da Turma ou Plenário, conforme o caso. Na hipótese de os embargos serem recebidos, a Turma ou Plenário, na nova decisão, limitar-se-á a corrigir a inexatidão ou a sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou contradição, salvo se algum outro aspecto da causa tiver de ser apreciado como conseqüência necessária. Interpostos os embargos declaratórios, fica suspenso o prazo para a interposição de outro recurso, salvo quando meramente protelatórios, assim declarados expressamente. Neste caso, também, o embargante será condenado a pagar ao embargado multa não excedente de 1% sobre o valor da causa.

E, se o embargante desejava interpor outro recurso, como se contará o prazo? Note-se que tal prazo fica suspenso na data da interposição dos embargos declaratórios. Pois bem: publicada a decisão proferida nos embargos declaratórios, o restante do prazo que estava suspenso começará a correr no primeiro dia útil. Evidente: a partir dessa publicação.

Esses embargos infringentes guardam certa semelhança com aqueles de que trata o parágrafo único do art. 609 do CPP, uma vez que ambos pressupõem decisão não unânime e desfavorável ao

acusado.

No STF, os embargos infringentes devem ser opostos no prazo de 15 dias, perante a Secretaria, e serão juntados aos autos, independentemente de despacho. Em seguida, feita a distribuição, serão os autos conclusos ao Relator, para serem admitidos ou não. Se a decisão embargada for de uma Turma, far-se-á a distribuição dos embargos dentre os Ministros da outra; se do Plenário, serão excluídos da distribuição o Relator e o Revisor, nos termos do art. 76 do Regimento Interno do STE Já nos embargos declaratórios, o Relator será o do processo principal.

Também com intenso colorido de retratação, os embargos infringentes na Suprema Corte. Em matéria criminal, o STF, conforme vimos, em face dos

poderes que lhe foram conferidos pela EC n. 7, de 13-4-1977, criou embargos infringentes oponíveis contra as decisões não unânimes do Plenário ou da Turma: a) que julgar procedente a ação penal (competência originária); b) que julgar improcedente a revisão criminal;

c) que, em recurso criminal ordinário (é o caso dos crimes políticos), for desfavorável ao acusado.

444

Admitidos os embargos, pelo Relator, em despacho irretratável, e efetuado o preparo no prazo de 10 dias, contados da publicação, no órgão oficial, do despacho de admissão (Reg. Int. do STF, arts.

59, 11, e 335, § 3.'), a Secretaria abrirá vista dos autos ao embargado, por 10 dias, para a impugnação. A seguir, com ou sem impugnação, os autos vão à sessão de julgamento. Aí pode haver sustentação oral, falando cada uma das partes pelo prazo de 15 minutos, menos se se tratar de embargos declaratórios (Reg. Int. do STF, arts. 131, § 1% e 132).

Insta acentuar que, se os embargos infringentes deverem ser opostos à decisão do Plenário, isso dependerá da existência, no mínimo, de 3

votos divergentes.

E se o Relator não os admitir? Oponível será o agravo regimental, nos termos do art. 317 da Lei Interna do STF. 0 prazo para sua interposição é de 5 dias. A petição do agravo, sob pena de rejeição liminar, conterá as razões do pedido de reforma da decisão agravada. Ele não terá efeito suspensivo. Será protocol~do e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se, também, o seu voto.

Quando o recurso extraordinario versava, também, sobre o direito federal, havia, naquela Augusta Corte, os embargos de divergência, opostos à decisão de Turma que, em recurso extraordinanio ou em agravo de instrumento, divergisse de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal.

Nesta hipótese, o recurso, como bem se percebe, tinha a roupagem do recurso de

revista, que havia no CPC ab-rogado, porquanto visava a evitar a divergência na aplicação do direito em tese. Neste caso, e aqui há outra singularidade, pouco importava tivesse sido ou não unânime a decisão da Turma. Pouco importava tivesse sido ou não desfavorável ao réu. Uniformizava- se, por meio dele, a jurisprudência do Excelso Pretório.

Nesses embargos com visos da antiga revista, a divergência era comprovada por certidão ou cópia autenticada, ou mediante citação do repositório de jurisprudência, oficial ou autorizado, com a transcrição

dos trechos que configurassem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados.

Não eram oponíveis embargos de divergência, se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estivesse firmada no sentido da 445

1

1

decisão embargada, salvo a hipótese prevista no art. 103 do Regimento Interno. Verbis: "Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário".

Os embargos de divergência deviam ser opostos no prazo de 15 dias, perante a Secretaria, e juntos aos autos, independentemente de despacho.

Feita a distribuição, eram conclusos os autos ao Relator para admitir, ou não, os embargos. Não os admitindo, cabia agravo regimental, nos termos do art. 317 do Regimento Interno do STE Admitindo-os, deveria a Secretaria, após o preparo, abrir vista ao embargado, por 10 dias, para a irapugnação. Na sessão dejulgamento, podia haver sustentação oral, quando, então, cada uma das partes poderia falar por 15 minutos.

6. A particularidade que apresentam os embargos COC.,

infringentes na Justiça Militar

.. 0.

Os embargos infringentes, na Justiça

Militar, apresentam uma par

P

ticularidade: se a decisão final do Superior Tribunal Militar (STM) não

for unânime, pouco importando se favorável ou desfavorável ao réu,

%~Ç

poderão ser opostos embargos infringentes ou de nulidade. Na primeira

li

'"

hipótese, parte legítima para interpô-los é o Ministério Público; se des

favorável, o réu, tudo nos termos do art. 538 do CPPM.

Deixa, assim,

o recurso de embargos infringentes, na Justiça Militar, de ser recurso

exclusivo da defesa.

.. . P

7. Para o réu opor embargos infringentes e de nulidade deverá recolher-se à prisão?

~~1 1"

%,)

Para o réu opor embargos infringentes ou de

nulidade precisara

recolher-se à prisão? Não. A exigência se faz, tão-somente, quando quiser apelar (art. 594) ou quando quiser recorrer da pronúncia (ari 585).

Salvante

tais exceções, por sinal mitigadas pela Lei n. 5.941, de 22-11-1973, não há outras (cf. RV, 83/760).

8. Embargos no STJ

No STJ, vamos encontrar, em matéria criminal, apenas duas mo dalidades de embargos: os de declaração e os de divergência.

Aqueles,

quando a decisão da Corte Especial, das Seções ou das Turmas for obscura, contraditória ou omissa. Sua interposição deverá ocorrer no prazo de 5

dias (art. 236 do Reg. Int. do STJ). Os embargos de divergência, oponíveis no prazo de 15 dias, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento. A divergência será comprovada por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados, discordantes da interpretação da lei federal adotada pelo recorrido, ou por citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados. Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Embora o art. 266 do Regimento Interno do STJ permita os embargos de divergência qualido do julgamento de recurso especial, entendemos que, ocorrendo a hipótese prevista no § 3.' do art. 18 da Lei n. 8.038, de 28-5-1990 (quando ao agravo de instrumento, por ter sido provido, for observado o procedimento do recurso especial), oponíveis também poderão ser os embargos

de divergência, mesmo porque, em última análise, eles estarão sendo opostos ao recurso especial.

Os embargos serão juntados aos autos independentemente de despacho.

Sorteado o relator, este poderá indeferi-los liminarmente quando intempestivos, ou quando contrariarem Súmula do Tribunal, ou não se comprovar ou não se configurar a divergência jurisprudencial. Se for caso de ser ouvido o Ministério Público (hipótese de ação penal privada), este terá vista dos autos por 20 dias. Admitidos os embargos em despacho fundamentado, promover-se-á a publicação no Diário da Justiça do termo de vista ao embargado para apresentar impugnação nos 15 dias subseqüentes. Impugnados ou não os

embargos, serão os autos conclusos ao relator, que pedirá a inclusão do feito na pauta de julgamento. Evidente que, se os embargos ocorrerem em ação penal pública, o Ministério Público terá vista dos autos por 15 dias, vale dizer, dentro no mesmo prazo que se assina ao embargante. Se ele atuar como fiscal

a

da lei, seu prazo será de 20. No TRF da 3. Região o prazo para interposição dos embargos de divergência é de 8 dias.

447

~1

, CJ i i í

1 r- % '

~ 0-

capítulo 64

Embargos de Declaraçao

SUMÁRIO: 1. Generalidades. 2. Quando podem ser opostos. 3. A quem são dirigidos. Prazo. 4. Pressupostos. 5. Procedimento. 6íCabe recurso do despacho

do Relator que indefere liminarmente o requerimento? 7. Extensão dos embargos

declaratórios. 8. Quem pode interpô-los. 9. Quem os julga. 10. Os embargos na inferior instância. 11. Retratabilidade. 12. Suspende o prazo de outro recurso? 13. Embargos de declaração opostos aos embargos de declaração.

1. Generalidades

Ao lado dos embargos infringentes e de nulidade, o CPP, nos arts. 619 e 620, cuida dos embargos declaratórios. Estes têm, inegavelmente, natureza recursal, porquanto sua finalidade outra não é senão reparar o gravame produzido às partes em decorrência da ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.

A propósito, o art. 619:

"Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação" (hoje, Tribunais de Justiça), "câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão" (grifo nosso).

449

ife

4. Pressupostos

1

11

2. Quando podem ser opostos

i

Muito embora o texto legal fale apenas em Tribunais de Justiça, os

embargos de declaração poderão ser opostos aos acórdãos proferidos por outros Tribunais, pela Seção Criminal, pelos Grupos de Câmaras,

~ i~

-1

pelas Câmaras, Turmas ou Plenário. Preciso é, contudo, esteja satisfeito seu pressuposto lógico: a) obscuridade; b) omissão, isto é, quando o acórdão deixa de apreciar algum ponto do

recurso; c) contradição, isto é, quando no acórdão alguma coisa das suas proposições é inconciliável, no todo ou em parte, com a outra. Embora o art. 619 fale também

em ambigüidade, entende a doutrina que se trata de superfetação, pois acórdão ambíguo é acórdão equívoco, obscuro, anfibológico.

1

3. A quem são dirigidos. Prazo

1 ,

C.e:

Os embargos devem ser dirigidos, em petição, ao próprio Relator do acórdão embargado. Nos Tribunais de Justiça e Alçada, o prazo para a sua oposição é de 2 dias e começa a

fluir da data da publicação do acórdão. De 5, não só no Supremo Tribunal Federal, em face do Regi-

.C

mento que passou a ter força de lei desde a Emenda Constitucional n. 7n7, como também nas hipóteses previstas na Lei dos Juizados Espe-

'1LIA ciais Criminais (art. 83, § 1.', da Lei n. 9.099/95). No STJ, o art. 263 do

seu Regimento prescrevia o prazo de 5 dias. Houve, contudo, alteração, de sorte que, atualmente, esse prazo, na área criminal, continua sendo 1 ,

o previsto no art. 619 do CPP.

Não se deve confundir a publicação da ementa do acórdão com as conclusões deste. Bem claro, a respeito, o art. 197 do Regimento Interno do Tribunal de Alçada Criminal de

São Paulo: "A petição será dirigida ao relator da decisão embargada, dentro de dois dias, contados da publicação das conclusões do acórdão no Diário da Justiça".

Para que sejam admissíveis, é preciso:

a) que o acórdão contenha ambigüidade, obscuridade, omissão ou contradição;

b) que o embargante ser declarado ou corrigido.

indique, no requerimento, o ponto que deva

No STF, o prazo para a sua oposição é de 5 dias, nos termos do art. 337,

§ 1.', do respectivo Regimento Interno.

5. Procedimento

Trata-se de recurso inaudita altera parte, isto é, a parte contrária não é ouvida. Publicado o acórdão, a parte interessada, no prazo de 2 dias, fará uma petição ao próprio Relator, indicando o ponto do acórdão que deva ser corrigido ou declarado. Apresentada a petição, que deve à

ser subscrita por quem tenha capacidade postulatória, caberá ao Relator julgar da sua admissibilidade.

Dispõe o § 2.' do art. 620 do CPP que, "se não preenchidas as condições enumeradas neste artigo, o Relator indeferirá desde logo o requerimento".

0 art. 620, caput, salienta que "os embargos de declaração serão deduzidos em requerimento de que constem os pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omisso".

6. Cabe recurso do despacho do Relator que indefere liminarmente o

requerimento?

Já o art. 388 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo fala em publicação do acórdão ou de sua ementa no Diário Oficial.

Evidente que, pela simples ementa, não se pode saber se o acórdão foi obscuro, contraditório, ambíguo ou omisso. Ademais, conforme decisão publicada na RT, 538/464, são inadmissíveis embargos se a omissão é na ementa e não no corpo do acórdão...

450

0 art. 524 do CPP do antigo Distrito Federal tinha a mesma redação que hoje tem o § 2.' do art. 620 do CPP. Com a particularidade de que naquele dispositivo havia, na sua parte final, a expressão:

"... não havendo recurso algum dessa decisão".

Assim, como no § 2." do art. 620 se omitiu aquela expressão, parece claro que o legislador não vedou o uso de recurso para combater o despacho liminar negativo do Relator.

Há quem entenda ser incabível o agravo regimental da decisão que rejeita, liminarmente, os embargos declaratórios. Nesse sentido, as lições de Magalhães Noronha (Curso de direito processual penal, Sarai-451

va, 1978, p. 502), Espínola Filho (Código, cit., v. 6, p. 302), Borges da Rosa (Processo, cit., v. 4, p. 57), Camara Leal (Comentários, cit., v. 4, p. 13 1), sendo que Espínola Filho chegou até a pensar ser caso de carta testemunhável, não fosse a redação inequívoca do art. 641, que a restringiu ao recurso em sentido estrito.

A nós nos parece caber o agravo regimental, mesmo porque, se a Constituição proclama no art. 5.', LV, "que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", a defesa não seria ampla, posto que negado um recurso a ela inerente. E, como na hipótese tal recurso não seria decorrente do

favor rei, deve ser extensivo à acusação.

0 Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no § 1.' do art. 389, fala de irrecorribilidade se o indeferimento ocorrer em face da não-indicação do ponto a ser declarado. A contrario sensu: se o indeferimento verificar-se por outro motivo, caberá. Na verdade, se nos embargos declaratórios deve a parte indicar o ponto obscuro, omisso ou contraditório, evidente que, não o fazendo, seu requerimen to será indeferido.

Reza o art. 241 do Regimento Interno do TRF da 3."

Região: "A

%c

parte que se considerar agravada por decisão do Presidente do Tribu nal, de Seção, de Turma ou de Relator, poderá requerer, no prazo de cinco (5) dias, a apresentação do feito em mesa, para que o Plenário, a Seção ou Turma sobre ele se pronuncie, confirmando-a ou refor

(

mando-a".

0 art. 317 do Regimento Interno do STF dispõe que,

"ressalvadas

as exceçoes previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de 5 (cinco) dias, de decisão do Presidente do Tribunal, de Pre-

, , P.

LJ ..)

sidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte". Logo, se o capítulo atinente, aos embargos declaratórios silencia quanto ao cabimento de agravo regimental para a hipótese que estamos analisando, inteira aplicação tem o art. 3 17 supracitado. Em outras palavras,

caberá agravo regimental se o Relator indeferir, liminarmente, o reque rimento do embargante.

Assim também o art. 258 do Regimento Interno do STJ: "A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de Relator,

poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial,

452

1

a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a".

Aliás, o § 2.' desse artigo dispõe não caber "agravo regimental da decisão do Relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido".

Ora, se o Regimento Interno do Colendo STJ, ao cuidar do agravo regimental, dispõe que a parte que se sentir agravada da decisão do Relator pode interpor agravo regimental, pois o objetivo deste é a

"apresentação do feito em mesa para ser apreciado", e, ao mesmo tempo, esclarece não caber tal agravo naquela hipótese referida no § 2.' do art.

258 da sua lei interna, é induvidoso que o indeferimento dos embargos declaratórios o comporta.

7. Extensão dos embargos declaratórios

Nos termos do art. (Â9 do CPP, os embargos declaratórios são oponíveis quando houver na decisão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, e, assim, aparentemente, o Tribunal, ao apreciá-

los, não pode alterar o conteúdo da decisão embargada. Pode interpretar ou integrar, nunca alterar. Nesse sentido, veja-se Tornaghi, Curso de processo penal, Saraiva, 1989, v. 2, p. 357. Assim também Espínola Filho: "E ponto assente não poder haver, sob pretexto de decidir tais embargos, modificação do julgado, na sua essência ou substância"

(Comentários, cit., v. 6, p. 345). No mesmo sentido Frederico Marques: " ... o juiz dos embargos não pode ir além do que o recurso permite, transmudando reexame declaratório em infringência do julgado" (Elementos, Forense, 1965, v. 4, p. 312). Contudo a jurisprudência tem quebrado tal rigorismo, permitindo-se, em certos casos, em função mesmo do suprimento da omissão, uma modificação do decisum. A propósito, RT, 604/656, 606/295; RJTJSP 100/540.

Assim também no cível (RTJ, 119/439).

0 Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já teve oportunidade de salientar que "os embargos de declaração não têm caráter de infringentes do julgado. Não o modificam, não o corrigem, não o reduzem nem o ampliam. Apenas o explicitam, o elucidam e fazem claros seu alcance e seus fundamentos" (RT, 613/327). 0 v. acórdão refere-se aos

"embargos de declaração" de que trata o art. 382 do CPR Evidente que, nessa hipótese, para a alteração, existe o recurso proprio, que é o apelo. Por

IL

1

. ` . 1 C , C.:

~:« 1,- 1

P . i

(~, MI .

outro lado, em face da corrente, sempre crescente, no sentido de emprestar aos embargos declaratórios função infringente, a doutrina vem sugerindo deva ser ouvida a parte contrária nesses embargos.

Nesse sentido, aliás, as Súmulas 150 e 151 das Mesas de Processo Penal. A propósito, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, As nulidades no

processo penal, Malheiros Ed., 1992, p. 188.

E quando não couber outro recurso? Suponha-se que, no apelo ministerial, se argua negativa de vigência de lei federal, em linha de preliminar. 0

Tribunal, por omissão, não cuidou da preliminar e manteve a sentença absolutória. 0 Ministério Público, para opor recurso especial para o STJ (art. 105, 111, a, da CF), precisará prequestionar, nos termos da Súmula 356 do STF, que é adotada pelo STJ.

Em sede de embargos declaratórios, o Tribunal reconhece ter havido, realmente, a negativa de vigência de lei federal, de modo que tal reconhecimento implique modificação, alteração no decisum.

Quid inde? A nós nos parece que o Tribunal deve, apenas, afirmar ou negar tenha havido a negativa de vigência. Não poderá alterar o acórdão. Nesse caso, o Tribunal cumpriu sua função: reconheceu a omissão e sobre a preliminar se manifestou. Cabe, agora, à parte interessada interpor o recurso adequado. Se o Tribunal pudesse, para ser coerente com o acolhimento da preliminar, desfazer o que fora julgado, dando uma guinada de 180 graus, tal procedimento implicaria conceder aos embargos declaratórios uma extensão que eles, efetivamente, não têm.

.. P

~ i '.*)

8. Quem pode interpô-los

Ao contrário dos embargos infringentes, os declaratórios poderão ser opostos quer pela acusação, quer pela defesa. Nada obsta, também, possa o assistente de acusação interpô-los, apesar da restrição do art. 271 do CPP. A propósito, veja-se o verbete Assistente de acusação no 2.' volume deste trabalho.

9. Quem os julga

Quem julga os embargos de declaração? 0 próprio órgão que prolatou o acórdão: Câmara, Grupo de Câmaras, Seção Criminal, Turma, Plenário.

10. Os embargos na inferior instância

E na inferior instância, são eles admissíveis? Com este nomenjuris, não, salvo no Processo Civil. Entretanto, quando a sentença for ambígua, obscura, contraditória ou omissa, qualquer das partes poderá, no prazo de 2 dias, pedir ao Juiz que declare a sentença ou a corrija, indicando na petição, e isto é intuitivo, o ponto a ser declarado ou corrigido. E o que dispõe o art. 382. Na gíria forense, tal petição, equivalente a embargos, é denominada "embarguinho".

Insta esclarecer que a Lei dos Juizados Especiais prevê, expressamente, no seu art. 83, os embargos declaratórios na primeira e segunda instâncias. 0 Código, entretanto, deles não cuidou, na primeira instância, com esse nomen juris.

Il. Retratabilidade

Os embargos declarArios têm, indisfarçadamente, um caráter de retratação, porquanto o órgão prolator do acórdão se vê na contingên-1 .

cia de rever sua propria decisão.

12. Suspende o prazo de outro recurso?

0 Código de Processo Penal é omisso a respeito. Apesar disso, como o Código de Processo Civil dispunha, no seu art. 538, que os embargos de declaração suspendiam o prazo para outro eventual recurso, entendia-se, por força do art. 3.'

do CPP, que o princípio se estendia ao Processo Penal.

0 prazo para outro recurso ficava suspenso. A Lei n. 8.950, de 1312-1994, deu nova redação ao art. 538 do CPC, dizendo que "òs embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos Por qualquer das partes". Já agora, interpostos embargos declaratórios, o prazo para a interposição de outro eventual recurso fica interrompido. Logo, após a publicação do acórdão embargado, o prazo para outro recurso começa ex novo e por inteiro.

Anteriormente, o prazo ficava suspenso. Assim, quando o Tribunal proferia uma decisão que comportava recurso especial e, ao mesmo tempo, embargos declaratórios, interpostos estes, suspendia-se o prazo para o extraordinário. Após a publicação do acórdão embargado, o prazo do extraordinário não era mais de 15 dias. Esses 15

dias eram contados da data da

W~i

publicação da decisão que ensejou. os embargos. Se estes fossem interpostos três dias após, o prazo de 15 dias ficava suspenso para recomeçar após a publicação do acórdão embargado. Publicado este, a parte dispunha de 12 dias para a interposição do extraordinário. Com a nova redação dada ao art. 538 do CPC, a interposição dos declaratórios interrompe o prazo para outro recurso. Desse modo, publicada a decisão do Tribunal que comporte embargos declaratórios e outro recurso, interpostos aqueles, o prazo para a interposição do outro fica interrompido e, após a publicação do acórdão embargado, ele recomeça por inteiro. No exemplo dado, publicado o acórdão embargado, começa a fluir, por inteiro, o prazo para a interposição de outro recurso.

Além disso, o art. 538, já com a sua nova roupagem, cuidou, no mesmo texto, de outra matéria que era tratada no art. 465: a interrupção do prazo se estende a ambas as partes.

Repetimos: como o Código de Processo Penal não trata do assunto, e como o seu art. 3.' admite interpretação analógica, inteiramente aplicável ao Processo Penal

a regra do art. 538

do CPC. Anteriormente à Lei n. 8.950/94, já se sustentava que o art. 538

era aplicável ao CPP. Nesse sentido, Ada R Grinover (Novas tendências do direito processual, Forense, 1990,

p. 304). 0 art. 265 do Regimento Interno do STJ não fazia distinção, quanto à suspensão do prazo, entre Processo Civil e Processo Penal. E o entendimento, sem discrepância, tem sido

este. Assim, interpostos os embargos declaratórios, após a publicação do acórdão embargado, começa a fluir o prazo para a interposição de eventuais embargos infringentes ou de nulidade, recurso extraordinário ou recurso especial.

'" * P

r 1~ ,

13. Embargos de declaração opostos aos embargos de

~_ 11

declaração

1 r , ~:..)

Como bem salientado por Ada, Scarance e Gomes Filho (Recursos, cit., p. 239), é perfeitamente possível a interposição de embargos declaratórios da decisão proferida em embargos declaratórios. Desde que neles haja obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão, nada impede que a parte oponha novos embargos, já agora para que a decisão proferida nos primeiros seja aclarada. Aliás, o STF tem admitido esses embargos, conquanto "tenham por escopo a matéria deste (embargos declaratórios) e não a matéria do primitivo acórdão Impossibilidade,

pois,

de atacar, mediante novos embargos de declaração, aspectos já soluciona dos na

decisão declaratória precedente (cf. RV, 117/372).

456

capítulo 65

!, ' ', ' i!, ,.

,1; 1 1

Da Carta Testemunhavel

SUMÁRIO: 1. A carta testemunhável é recurso? 2. Quando cabe? 3. ~ se o recurso denegado for o extraordinário? 4. A denegação de outros recursos.

5. A quem e requerida a carta testemunhável? 6. Procedimento. 7. A entrega do recibo pelo escrivão.

8. A carta tem efeito suspensivo? 9. Procedimento na superior instância.

10. Por que a denominação "carta testernunháveW? 11. Como se conta o prazo do art. 640 do CPP.

1. A carta testemunhável é recurso?

Segundo a melhor doutrina, a carta testemunhável é um verdadeiro recurso, porque tem por finalidade propiciar à instância superior a reparação de um gravame provocado pelo Juiz a quo por não haver recebido o recurso, ou, se recebido, obstado seu seguimento.

2. Quando cabe?

Entre nós, no campo processual penal, a carta testemunhável é admissível quando for denegado recurso em sentido estrito ou protesto por novo Júri.

Se o recurso denegado for a apelação, o recurso oponível será aquele previsto no art. 581, XV (recurso em sentido estrito). Se este for também denegado, então admissível será a carta testemunhável.

457

Se o recurso denegado for o protesto por novo Júri, a opinião dominan-Repita-se: a carta é cabível dês que denegado o recurso, salvo se a te é a de que o recurso oponível para combater a decisão que não o lei houver previsto medida própria, específica para combater a decisão

recebeu será a carta testemunhável, em face dos termos amplos do art.

denegatória. Assim, por exemplo, descabe a carta quando o recurso

. i

639 do CPP. Desse entendimento são Espínola Filho (Código, cit., v. 6.

; 1

p. 478), Walter P. Acosta (Oprocesso, cit., p. 381), Magalhães Noronha adequado for o de apelação, em face do disposto no art.

581, XV, do

(Curso de direito processual penal, Saraiva, 1986, p. 368 e 404), Tornaghi

CPP; em se tratando de recurso extraordinário, incabível a carta, em

(Curso, Saraiva, 1988, v. 2, p. 364), dentre outros.

Frederico Marques,

virtude do contido no art. 6.' da Lei n. 3.396, de 2-6-1958, do art. 313,

II e III, do Regimento Interno do STF e, atualmente, em face do art. 28

entretanto, entende incabível a carta testemunhável, nesse caso, sob

da Lei n. 8.038, de 28-5-1990, admitindo-se, para a hipótese, o agravo

a alegação de que, se o protesto é interposto de Juiz a quo para Juiz

de instrumento. Esse mesmo dispositivo citado é aplicável, também,

a quo, não pode ser admissível a carta, que, por definição, deve ser do

a a hipótese de denegação de recurso especial; da denegação de

Juiz a quo para o Juiz ad quem. Caberá, entende o mestre, habeas corpus.

par

Mas, se atentarmos para a circunstância de que o protesto é um recurso embargos infringentes no STF, dos embargos de divergência no STJ e

e, ao mesmo tempo, que o art. 639 permite a carta da decisão que denegar Tribunais Regionais Federais oponível será o agravo regimental (art.

o recurso, sem especificar qual o recurso denegado, é de convir ser 317 do Reg. Int. do STF, art. 258 do Reg. Int. do STJ e Regimentos

c

cabível a carta sempre que houver denegação de qualquer recurso, dês

Internos dos Tribunais Regionais Federais); se houver denegação de

C.

que a lei não haja previsto medida própria, específica para guerrear a qualquer recurso que deva subir ao STF, ou, quando se retardar, decisão denegatória. É bem verdade que o CPP, nos arts. 641 e 643, injustificadamente, por mais de 30 dias, o despacho que não o admitiu,

1 G.`.*

deixa entrever que a expressão recurso contida no inc. 1 do art. 639 do ou a remessa do processo ao Tribunal, o recurso oponível é o agravo mesmo diploma seja o recurso em sentido estrito. Malgrado isso, nada com aquela extensão que acabamos de ver, por força do art. 313, 11

e

impede o uso da carta testemunhável quando denegado o protesto por

.C,

111, do Regimento Interno do STF. Também cabera agravo quando hou

novo júri, aplicando-se a analogia nos termos do art. 3.' do CPR Eviver
denegação de recurso ordinário para o STJ. Embora sem previsão,

dente que, nesse caso, embora o procedimento da carta seja o mesmo

é de se aplicar a analogia. Se de todo for impossível a analogia, poder

do recurso em sentido estrito, nenhuma aplicação poderá ter o disposto

se-á fazer uma reclamação ao STJ, nos termos do art.

187 do seu Re

no art. 644 do CPP. Nesse sentido, veja-se Espínola Filho, Código, cit.,

~ * :,

gimento Interno.

v. 6, p. 490. Por outro lado, sendo interlocutória a decisão que denega

o protesto por novo júri, a própria economia processual aconselha o

Assim, não temos dúvida em afirmar que o recurso oponível con

uso da carta, pois dá ensejo ao juízo da retratação de que fala o art. 589

tra a decisão que denega protesto por novo Júri é a carta testemunhável.

U~ 1 do CPP.

Z

3. E se o recurso denegado for o

extraordinário?

Há mais um argumento: ao tempo do Império, não havia as cartas

1X

J1

ia

testemunháveis no âmbito criminal. Por isso, quando um recurso era

denegado, à míngua de outro meio, "era utilizado, aliás impropriamen-Já lhe fizemos observações. Contudo convém

explicitar: sem em

te, o recurso de habeas corpus" (cf. Florêncio de Abreu, Comentários,

bargo do que dispõem os arts. 640, 641 e 642 do CPP, não é admissível

cit., v. 5, p. 538, e Bento de Faria, Código, cit., v. 2, p.

236). Talvez por

a carta testemunhável quando o recurso denegado for o extraordinário,

e sim o agravo de instrumento, nos termos

do art. 6.' da Lei n. 3.396,

isso, o legislador, quando da elaboração do CPP, traído pelo costume

de se impetrar habeas corpus nesses casos, houvesse, nos arts. 641 e

de 2-6-1958, que revogou, inclusive, os arts. 632 a 636

do CPP. Logo

643 do CPP, omitido o protesto. Aliás, desse mesmo mal padeceu o art.

em seguida, o Regimento Interno do STF prescrevia no seu art. 294 que

187 do CPP, que, expressamente, proíbe a intervenção do Defensor no

o recurso oponível contra decisão denegatória do recurso extraordina- interrogatório

Mas, nem por isso, se conclui ou se deve concluir pos- rio era o agravo de instrumento. No mesmo sentido, o Regimento atual

sa a Acusação fazê-lo. e a Lei n. 8.038/90.

458

459

1

Aliás, sempre que houver denegação de qualquer recurso que deva subir ao STF, ou mesmo ao STJ, o remédio jurídico para possibilitar a subida do recurso denegado àqueles Tribunais Superiores é o agravo de instrumento, como se infere da Lei n. 8.038/90 e dos Regimentos Internos dos referidos Tribunais.

4. A denegação de outros recursos

-. i

~1,1

. C ,* C..

- -ì

5:ì

C ì . 1)

E se se tratar de denegação de embargos infringentes ou de nulidade, caberá carta testemunhável? Não. Nesses casos, o recurso oponível, nos Tribunais de Justiça e de Alçada do Estado de São Paulo, é o agravo regimental, que deve ser

interposto dentro em 5 dias.

Caberá também agravo regimental se for indeferido, liminarmente, pedido de revisão criminal. Quanto aos embargos declaratórios, já lhes fizemos comentários. Insta, contudo, salientar que o antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não admitia agravo regimental para combater despacho que indeferisse, liminarmente, os embargos de declaração. É possível que tal orientação se devesse à influência do ab-rogado Regimento Interno da Suprema Corte.

Atualmente, se o embargante não indicar o ponto a ser declarado, o indeferimento não comportará agravo.

5. A quem é requerida a carta testemunhável?

A carta testerminhável deve ser requerida ao escrivão do feito. E somente a ele. Embora o art. 640 do CPP fale em Secretário do Tribunal, o dispositivo, nesse particular, não tem aplicação, pois todas as vezes em que houver denegação de recurso para a Excelsa Corte o recurso oponível será o agravo de instrumento.

Certo que a carta testemunhável admite a retratação, tal qual o recurso em sentido estrito ou agravo de instrumento. Certo que um ou outro, quando mantida a decisão recorrida, obriga a devolução ao juízo ad quem. Parece, assim, ser indiferente o uso da carta ou do agravo. Sob quase todos os aspectos, sim. Todavia a carta deverá ser requerida no prazo de 48 horas, e o agravo, interposto no prazo de cinco dias... sem que haja necessidade de o interessado dirigir-se ao Secretário do Tribunal.

i

1

6. Procedimento

0 testemunhante deverá requerer ao escrivão, dentro nas 48 horas que se seguirem ao despacho que denegar o recurso, a carta testemunhável, indicando na petição as peças do processo que deverão ser trasladadas.

0 escrivão terá 5 dias para extrair os traslados das peças. Após, fará entrega destas ao testemunhante, que terá, então, 2 dias para apresentar suas razões. Em seguida, por igual prazo, falará a parte contrária. Depois os autos da carta são encaminhados ao Juiz, e este poderá retratar-se, determinando, assim, o processamento do recurso denegado ou o seu seguimento. Observe-se que, se o Juiz se retratar, e muito embora sejam aplicáveis à carta testemunhável. os preceitos dos arts. 588 a 592 do CPP, por força do que dispõe o art. 643, nenhuma aplicação terá o parágrafo único do art. 589. E por uma razão muito simples: a retratação do Juiz, convencendo-se das razões do testemunhante, não implica modificar a decisão que ensejou o recurso em sentido estrito. 0 Juiz apenas receberá o recurso que fora denegado ou lhe dará o andamento normal. Como não há recurso para combater decisão que recebe recurso ou lhe dá andamento, nenhuma aplicação terá o disposto no parágrafo único do art. 589.

Se o Juiz, apreciando o recurso em sentido estrito, cuja denegação ensejou a carta testerminhável, retratar-se na sua decisão (a que deu causa ao recurso em sentido estrito), inteiro cabimento terá o disposto no parágrafo único do art- 589.

7. A entrega do recibo pelo escrivão

Quando da entrega da petição requerendo a carta, deverá o serventuário da justiça dar recibo ao testemunhante. Se não lho der, ou se o escrivão não lhe entregar o instrumento, isto é, o traslado das peças requeridas juntamente com a petição, será suspenso por 30 dias.

Mas, para tanto, cumprirá ao testemunhante levar o fato ao conhecimento do Juiz, que aplicará a sanção e determinará seja extraído o "instrumento". Se ainda assim o testemunhante não for atendido, poderá reclamar ao Presidente do Tribunal ad quem, que avocará os autos para o efeito de julgamento do recurso e, também, para impor a sanção ao serventuário negligente.

Encaminhada a carta testemunhável ao Tribunal, seu julgamento 461

1 1~

. .. . I

C 0 o

.1

0: : ~.,

competirá a uma das Câmaras. Se a carta estiver suficientemente instruída, poderá a Câmara apreciar o mérito da questão que ensejou o recurso denegado. Por essas razoes, quando do pedido de carta testemunhável, deverá o testemunhante requerer o traslado de todas as peças necessárias à apreciação pelo Tribunal e, em suas razões, situar bem as duas questões: a que ensejou a carta e a que ensejou o recurso denegado. Se a carta não estiver suficientemente instruída, ou a Câmara se limitará a determinar que se processe o recurso denegado, ou, então, poderá indeferi-Ia in limine.

8. A carta tem efeito suspensivo?

Como a carta testemunhável não tem efeito suspensivo (art. 646), dependendo da decisão recorrida, os autos do processo-crime terão seu andamento normal.

cia? Será idêntico àquele estabelecido para o do recurso denegado. Se o recurso denegado for o protesto por novo Júri, e como este não é recurso cujo juízo ad quem seja o Tribunal, aplica-se por analogia o art

9. Procedimento na superior instância

Qual o procedimento da carta testemunhável na superior instân-610, que cuida do recurso em sentido estrito.

10. Por que a denominação "carta testemunhável"?

Esta modalidade de recurso, na esfera criminal, data dos primórdios da República, e, assim mesmo, em dois Códigos de Processo Penal (o do Rio Grande do Sul e o do Paraná). A legislação

processual penal do Distrito Federal e dos demais Estados dela não tratavam.

Mesmo ao tempo do Império, as cartas testemunháveis não existiam na área criminal. Por isso mesmo Pimenta Bueno indagava: "Se nos casos civeis e comerciais são as cartas testemunháveis

admitidas, por que, quando a razão e superior, não serao nos criminais?"

E, em seguida, dizia: "é o meio único de ressalvar o direito da parte contra o abuso ou a prepotência, que sem ela não teria remédio, porque não se poderia devolver o conhecimento do negócio ao Juízo Superior" (Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, com anotações do Dr. J. G. do Couto, Rio de Janeiro, Ed. Jacintho, 1922, p. 254).

462

i

Elas eram, ao tempo do Império, admitidas no cível, "como meios legais de fazerem efetivos os recursos contra a injusta vontade dos juízes inferiores que os denegam. Eram destinadas a dar testemunho da prepotência dos juízes contra o livre uso dos recursos legais" (cf. Pereira e Souza, Primeiras linhas, acomodadas ao foro do Brasil por Teixeira de Freitas, 1879, t. 2, p. 66).

Com a República, alguns Códigos de Processo Civil as adotaram. Contudo, ao tempo da unificação da legislação processual e advento do CPC de 1939, elas desapareceram, permanecendo apenas e

tão-somente no Decreto-lei n. 960, de 1938, que cuidava das execuções fiscais.

Em 1942, com o surgimento do CPP, também unificado, foram as cartas testemunháveis incluídas no rol dos recursos criminais.

Mas, qual a sua origem? Conta-se que, quando surgiram os agravos na legislação portuguesa, "os juízes proibiam os escrivães de receberem as petições, ocultando-se até esgotar-se o prazo da lei, não respondendo nos termos por ela traçados, mandando que eles fossem riscados, e, praticando atos de igual quilate, conseguiam eles impedir que os agravos fossem tomados e expedidos, e, por conseguinte, que ficassem indefesos os direitos das partes. Para neutralizar este arbítrio foi mister criar um expediente mais energico e vigoroso.

Comparecia o litigante que se sentia prejudicado com a decisão, e, perante o escrivão, manifestava-se de modo explícito e claro, em presença de testemunhas idôneas, que tendo o juiz recusado o seu agravo, ele, apesar disso, queria fazer chegar ao conhecimento superior as razões do gravame... Se o escrivão não lhe

desse a fé atestatória, justificava no juízo superior a sua interpelação com o depoimento das próprias testemunhas_" (Oliveira Machado, Prática dos agravos, apud Espíriola Filho, Código, cit., v. 6, p. 474).

Daí o nome "carta testemunhável".

11. Como se conta o prazo do art. 640 do CPP

De acordo com o art. 640 do CPP, o prazo para ser requerida a carta testerminhável é de 48 horas. Não diz o CPP como deva ser estabelecido o prazo fixado em horas. Di-lo, contudo, o § 4.' do art.

125 do CC: de minuto a minuto. Surge, então, um problema: a partir de que minuto começa a fluir tal prazo? A partir do despacho? Obviamente 463

1

1

não, mesmo porque o testemunhante poderia dele tomar conhecimento 48 ou 72 horas após... A vingar o entendimento de que tal prazo deva ser contado de minuto a minuto, cumprirá ao testerminhante, quando da intimação - art. 798, § 5.', a, do CPP -, registrar o momento exato da ciência, e, a partir de então, fluirá o prazo. Nem teria sentido pudesse haver a fluência do prazo sem intimação às partes, consoante a regra do art. 798, § 5.0, do CPP: "Salvo os casos expressos, os prazos correrão: da intimação etc . .....

Na prática, contudo, tal prazo é contado como se fosse de 2 dias, aplicando-se não só o disposto no art. 798, § 1% como também o respectivo

§ 1.'. Não obstante, os julgados publicados na RT, 429/465 e 536/342 falam da "data do despacho que indeferiu o recurso, e não de sua intimação às partes". Nesse sentido, também, o ensinamento de Espínola Filho: "0 que o Código manda considerar é o despacho, e, portanto, a sua data; não a cientificação do mesmo à parte, nem a da sua publicação" (cf. Código, cit., v. 6, p. 481, n. 1.336). Em sentido contrário: Bento de Faria (Código, cit., 1942, v. 2, p.

236), Florêncio de Abreu (Comentários, cit., 1945, v. 5, p. 541), Tornaghi (Curso, cit., v. 2, p. 378).

É bem verdade que o art. 640 do CPP diz que "a carta deve ser requerida... nas 48 horas seguintes ao despacho que denegar o recurso", e, por outro lado, como o art. 798 do mesmo estatuto dispõe, no § 5.", que os prazos, salvo os casos expressos, correrão da intimação, audiência etc., poder-se-á dizer que um desses casos expressos é o do art. 640 do CPP, quando o prazo será contado a partir da data do despacho.

Não nos parece ser esta, entretanto, a melhor exegese, porquanto esse modo especial de se contar o prazo, ou melhor, de se estabelecer o terminus a quo da carta, teria aplicação, apenas, para a hipótese prevista no art. 639, 1, isto é, quando houvesse denegação. E na hipótese do art. 639, 11? As situações são diversas... Na primeira, o Juiz não recebe o recurso. Na segunda, recebe-o, mas, depois, julga-o, por exemplo, deserto (cf. Espínola Filho, Código, cit., v. 6, p. 481, n. 1.336). Como poderá saber o testerminhante, que seu recurso foi julgado deserto, senão pela intimação, ou por um dos meios indicados nas letras b ou c do § 5." do art. 798?

Assim, para conciliar as duas correntes, permitimo-nos alvitrar: se o testemunhante despachar a sua petição de recurso com o próprio Juiz,

. - i

: : E.:

. C A

1 Jj

1

n

i

464

í,

e se este, incontinenti, o denegar, pedirá o testemunhante, ao Magistrado, seja

consignada a hora do despacho. Caso contrário, o prazo deverá fluir da intimação, a menos que o testerminhante venha, por outro meio, a tomar conhecimento do despacho (CPP, art. 798, § 5.', c). A propósito, a decisão do STF, RT, 6171384.

Observe-se que, nos dias que correm, o agigantamento da vida forense não permite que a parte permaneça horas a fio no Fórum, à espera do despacho do Juiz que, nesses casos, normalmente,

determina lhe sejam os autos conclusos... Quid inde? Voltar ao Fórum no dia seguinte? E se os autos ainda não lhe foram conclusos? Retomar no outro dia? E se o Juiz levar os autos para casa?

Por todas essas razões, deve o prazo fluir da intimação. E mais: há Juízes que não despacham com os interessados. As petições devem ser protocoladas, e, a seguir, o Escrivão as encaminha à consideração do Magistrado. Seria exigir demais dos Advogados e do próprio órgão do Ministério Público uma vigília... processual. Se o Juiz criar obstáculo à expedição e seguimento do recurso em sentido estrito para o juizo ad quem, difícil se tornaria para o recorrente saber a hora exata em que se criou aquele obstáculo. Nessa hipótese, também, é de se aplicar o disposto no art. 798, § L', do CPP, sem embargo da regra inserta no art. 125, § 4.", do estatuto civil. Não se deve olvidar, também, que, na prática, quando os prazos são fixados em hora ou minutos, só se aplica a regra do art. 125, § 4.', do CC se inferiores a 24 horas. Do contrário, é como se o prazo fosse fixado em dia.

0 Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no art. 815, estabelece que "a carta testemunhável. será requerida ao escrivão, no prazo de 48 horas; não positivada a hora da intimação, a dilação será de dois dias".

1111 ~

' e %k~ 1 :

Lì:)

capUlo 66

1. Generalidades

Da Correiçao Parcial

SUMÁRIO: 1. Generalidades. 2. Cabimento. 3. Admite-se a correição no Processo Civil? 4. Origem da correição. 5. Surgimentota correição no Estado de São Paulo. órgão competente para apreciá-la. 6. É

inconstitucional? 7. É um

recurso? 8. A correição, no Estado de São Paulo. 9. Procedimento.

Não havendo recurso previsto em lei, os despachos dos Juízes que, por erro ou abuso, implicarem inversão tumultuária do processo, comportam correição parcial.

A correição deve ser interposta no prazo de 5 dias, a partir da data da ciência do despacho impugnado. Se a parte requerer sua reconsideração e o Juiz deixar de acolhê-la, o prazo para a correição não fluirá desse segundo despacho (que indeferir o pedido de reconsideração); fluirá da ciência do despacho impugnado.

2. Cabimento

A correição parcial não é medida para combater error injudicando, e sim aqueles despachos de Juízes que, por erro ou abuso, constituírem inversão tumultuária da ordem legal dos atos processuais, vale dizer, error in procedendo.

467

1

1

«... i

< 0[~:

X

~11 *

i

Assim, se a defesa apresentar o seu rol de testemunhas fora do prazo assinado pelo art 395 do CPP e o Juiz vier a aceitá-lo, cabível será a correição, pois, se houve preclusão do direito de arrolar testemunhas, não deixaria de haver um verdadeiro tumulto processual, em decorrência do despacho do Magistrado permitindo ele fosse oferecido a destempo, extemporaneamente. Nesse sentido, o aresto publicado na RT, 3941287. E certo que o Juiz pode ouvir as testemunhas que quiser, além daquelas arroladas pelas partes, mas tal faculdade há de ser usada no momento certo, para evitar balbúrdia processual. E esse momento se verifica quando os autos lhe são conclusos para a sentença, nos termos do art. 502, parágrafo único, ou, se se tratar de processo sumário, na oportunidade indicada pelo § 4.'

do art. 538, ambos do CPP. Afinal, quem vai decidir o litígio é o Juiz.

Se este entender que a causa não se encontra suficientemente esclarecida, poderá, de ofício, determinar sejam realizadas as diligências que quiser e bem entender, tal como previsto no art. 156, última parte, do CPR Por esta razão, se a defesa apresentar um serôdio rol de testemunhas, por que deferir, de plano, o pedido, se ele ainda não sabe se haverá ou não necessidade de mais provas? Um deferimento prévio ocasiona balbúrdia.

Se o Promotor requerer ao Juiz a devolução dos autos do inquérito à Polícia, para novas diligências, julgadas imprescindíveis para o oferecimento da denúncia, e o Juiz vier a indeferir o pedido, caberá correição parcial (cf. RT, 3941198). Na verdade, sendo o órgão do Ministério Público o dominus litis, cabendo-lhe formar a opinio delicti, a imprescindibilidade da diligência fica a seu critério, e não ajuízo do Magistrado. Se assim é, com mais razão não poderá a Autoridade Policial deixar de realizar a diligência sob o fundamento de não ser ela indispensável à propositura da ação penal. Estará, realmente, impossibilitada de se furtar ao cumprimento do pedido, por duas razões: primeira, pelo mesmo argumento já exposto, isto é, a imprescindibilidade da diligência não fica a seu critério; segunda, porque nos termos do art. 13 do estatuto processual penal, à Autoridade Policial incumbe realizar as diligências requisitadas pelo Ministério Público.

Ora, se requisitar é exigir aquilo que deve ser feito, é induvidoso não poder a Autoridade Policial negar-se a cumpri-Ia. Ademais, o CPP não previu a possibilidade de eventual indeferimento.

Se o Juiz acolhe pedido de arquivamento (salvo na hipótese prevista no art. 7.0 da Lei n. 1.52 1, de 26-12-195 1), não se admite recurso de quem quer que seja. Mesmo nesse caso, descabe a

correição. Se o

titular da ação penal pública é o Ministério Público, desde que este se manifestou no sentido de não se proceder e o Juiz acolheu seu entendimento, não teria sentido pudesse o ofendido, ou quem suas vezes fizesse, interpor correição parcial. Onde o abuso?

Mas, se o Juiz inverte a ordem dos depoimentos (testemunha de defesa sendo ouvida antes das arroladas pela acusação); se o Juiz altera a ritualidade do processo etc., o recurso oponível, à míngua de outro, é a correição parcial.

3. Admite-se a correição no Processo Civi19

Não se deve olvidar que a correição é recurso comum ao processo penal e ao processo civil. Entretanto, com o novo diploma processual civil, perdeu ele sua extraordinária importância, em virtude de ter sido permitida a recorribilidade das interlocutórias. Restam, contudo, alguns despachos de expediente qufe, se importarem em inversão tumultuária dos atos e fórmula da ordem legal do processo, poderão ser combatidos por meio dela.

4. Origem da correição

Não se sabe, exatamente, qual a sua origem. Moniz de Aragão (Da correição parcial, São Paulo, Bushatsky, 1969, p. 9), ao que parece, vê o seu gérmen na supplicatio dos romanos (e segundo Calamandrei dela havia vários tipos), que gerou mais tarde a sopricação portuguesa. Daí surgiu o "agravo de ordenação não guardada", que vigorou em Portugal, e, no Brasil, "o agravo por dano irreparável". Havia, também, em Veneza, a "querela por motivo de desordem". 0 certo, contudo, é que, com esse nomen juris, a correição surgiu, propriamente, no

Código do antigo Distrito Federal, em 1911, e os demais Estados, aos poucos, a incluíram nas suas leis de organização judiciária.

5. Surgimento da correição no Estado de São Paulo. órgão competente para apreciá-la

Em São Paulo, a correição apareceu por meio do Decreto-lei n. 14.235, de 16-10-1944. A princípio, a competência para apreciá-la era do Conselho Superior da Magistratura. Com a redação dada pela Lei

estadual n. 8.040, de 13-12-1963, a competência passou para uma das Câmaras do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Alçada, conforme se relacione a correição com processo

da competência recursal de um ou outro Tribunal.

6. É inconstitucional?

Desde a Carta de 1937 que os Estados-Membros ficaram impossi bilitados de legislar sobre matéria processual, embora se lhes cedesse,

como observa Moniz de Aragão, certa faculdade legislativa, em caráter

supletivo, nesse setor. Todavia a Constituição de 1946 dispôs que so

mente à União compete legislar sobre matéria processual (cf. Da correição

parcial, cit., p. 42). Assim, ficaram os Estados constrangidos, maniata

dos, impedidos que foram de, ainda que supletivamente, elaborar nor mas de caráter processual.

Entretanto o legislador federal, reorganizando a Justiça Federal,

por meio da Lei n. 5.010, de 30-5-1966, criou para ela a correição par

cial, porquanto conferiu ao Conselho de Justiça Federal, entre outras

atribuições, o poder de "conhecer de correiçao parcial requerida pelas

partes ou pelo Procurador da República, no prazo de cinco dias, contra

ato ou despacho do Juiz de que não caiba recurso, que importe em erro

JA

de ofício ou abuso de poder". Então, e o argumento é do Prof. Moniz de

Aragão, se a União a aceita no campo da Justiça Federal, não pode proibi-Ia nas Justiças Estaduais.

A princípio, houve muita grita contra a correição, acoimando-a,

alguns, de mostrengo, teratológico "remedium juris", outros tachando-a

de figura intrusa, ditatorialiforme, porque a lei estadual não pode ser

fonte normativa de providências para combater decisões judiciais.

Fa

zendo-o, estaria excedendo-se. 0 poder de legislar sobre o processo está muito além das lindes das atribuições do legislador local. Sem embargo

disso, nenhum Tribunal deu pela sua inconstitucionalidade, que é elo

qüente - talvez pelo fato de ter visto, nessa singela providência, um

mal necessário. Philadelpho Azevedo chegava mesmo a pregar melhor formulação em lei ordinária do mandado de segurança, a fim de subs-1

1 1 1~

tituir aquilo que ele denominava "carunchosa medida". Todos lhe fizeram ouvidos moucos, e a correição parcial foi-se espraiando por todos os Estados-Membros - ou quase todos -, ora com a designação de 470

correi . ção, ora nomeada reclamação (Bahia e Rio de Janeiro), ou outro nomen

jurís.

7. É um recurso?

Na doutrina muito se discute a respeito da sua natureza, se bem que a maioria, ante a estrutura que lhe foi dada em alguns Estados, a considere como tal, sem lhe negar, contudo, o acentuado colorido de providência administrativo-disciplinar, visando a corrigir abusos e erros do Juiz e que impliquem inversão tumultuáriados atos e fórmulas de ordem legal do processo, desde que não haja recurso específico.

Se a correição pressupõe um gravame e, assim como em São Paulo, o órgão ad quem examina o despacho impugnado e sobre ele emite um juízo de valor, determinando que o órgão de 1.' instância o

subordine à lei; se se respeita o princípio do contraditório, pois às razões do corrigente se opõem as do corrigido, à evidência que se trata de um é

verdadeiro recurso. Anômalo, mas recurso.

Ao lado dessa função, se o erro ou abuso for de tal ordem que comporte, também, medida disciplinar contra o Magistrado, o juízo ad quem remeterá os autos ao Conselho Superior da Magistratura, para as medidas cabíveis.

Se a correição parcial não passa de um recurso, como puderam os legisladores estaduais criá-la? E, uma vez criada, que condições determinaram sua sobrevivência? Ela subsistiu porque vinha disfarçada em providência administrativo-disciplinar. Todavia, com o advento da Lei federal n. 5.010, de 30-5-1966, quereorganizou a Justiça Federal, criouse, nesse âmbito, a correição parcial, e, por isso, não mais se pode proibi-la nas justiças locais.

8. A correição, no Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo, o art. 94 do Código Judiciário dispõe que o procedimento da correição parcial é o do agravo de instrumento. Só. A Lei estadual n. 8.040, contudo, foi mais além, dizendo que o prazo para a sua interposição é de 5 dias e que deverá observar o processo dos arts. 844 e 845 e seus parágrafos do CPC.

Sem embargo disso, como a lei proclamou que o procedimento é o do agravo de instrumento e, como este, depois do CPC de 1974 passou a ter novo disciplinamento, é claro dever ser observado o novo rito.

471

ZIW9 ,

A

1 1"4 ~ '~" ~

I~ ~ ~;

9. Procedimento

Com o advento da Lei n. 9.139, de 30-11-1995, alterando o procedimento do agravo, ipso facto, deve ser, também, modificado o procedimento da correição, pelo menos no Estado

de São Paulo, que lhe estendeu o rito daquele recurso. Assim, este o rito da correição: 1) o prazo para a sua interposição é de 10 dias (contudo, ante a possibilidade de se entender que o

rito é o do recurso em sentido estrito, e para evitar amarga decepção, convém interpô-la no prazo de 5 dias); 2) a petição de interposição deverá ser dirigida diretamente ao Tribunal, com os seguintes requisitos: a) a exposição do fato e do direito; b) as razões do pedido de reforma da decisão; c) o nome e endereço completo dos advogados constantes do processo

(para a hipótese de processo iniciado por meio de queixa) ou apenas do defensor, nos demais casos.

A petição de interposição da correição será instruída, obrigatoriamente, com cópias da decisão corrigida, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos

advogados (caso de ação

'I.

privada) ou da procuração outorgada pelo réu, ou ainda do termo de interrogatório se houver constituição do defensor apud acta, na dic ção do art. 266 do CPP. Facultativamente, pode o corrigente apresen tar outras peças.

1

%)

Tratando-se de ação privada, acompanhará a petição o compro vante do pagamento das respectivas custas e do porte de retomo. No

prazo do recurso, a petição será protocolada na Secretaria do Tribunal

ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou inter

posta por outra forma que a lei local venha a admitir.

Compete ao corrigente, dentro no prazo de 3 dias da interposiçao

da correição, requerer a juntada aos autos do processo da có ia da pe

W

P

fição, do comprovante da sua interposição, bem como da relação dos

documentos que a instruíram.

Recebida a correição, se não for liminarmente indeferida, o relator

pode: a) requisitar informações ao Juiz da causa; b) atribuir efeito suspensivo

à correição; c) intimar o corrigido, por ofício dirigido ao seu advogado

(se for o caso), sob registro e com AR, para que responda no prazo de 10

i

dias, podendo juntar cópias de peças que entender convenientes.

Se o Juiz comunicar ao Tribunal que reformou inteiramente a de-

, 1

cisão, o relator considerará prejudicada a correição.

No Tribunal será observado o rito do agravo de instrumento.

472

Há, contudo, entendimento de que a correição parcial, no Estado de São Paulo, deve seguir o rito do recurso em sentido estrito, e, nesse caso, o prazo para a sua interposição seria de 5 dias. E como ficaria a apresentação das razões? Tal como no recurso em sentido estrito, ou como no agravo de instrumento? Nada obsta que o Estado legisle sobre o assunto, mas, como até agora não o fez, o rito há de ser o do agravo assinicomo previsto no CPC.

4

473

I

40.. 1

t#: L.

PC:

h

:IN

', w>

capUlo 67

Do Recurso Extraordinário

SUMÁRIO: 1. Noções gerais. 2. Recurso extraordinário: conceito, itzão de ser. 3. A denominação "extraordinário". 4. Outras funções do STE 5.

Quando é cabível o recurso extraordinário? 6. Legitimidade. 7.

Procedimento. 8.

Denegação. Recurso oponível. 9. Procedimento no juízo ad quem. 10. 0

prequestionamento. li. Stimulas do STF em matéria criminal.

1. Noções gerais

Não há, na doutrina brasileira, uniformidade em se estabelecer um critério seguro que sirva de marco diferenciador dos recursos, de molde a se poder determinar-lhes uma perfeita classificação.

Mas, tendo em vista que a Constituição fala de recurso extraordinário, recurso especial e recursos ordinários, estamos ser esta a summa divisio dos nossos recursos. Enquanto o extraordinário tem por finalidade levar ao STF uma questão federal de índole constitucional, nos precisos termos do art. 102, 111, a, b e c, da CF, pouco importando o Tribunal que proferiu a decisão, o recurso especial é dirigido ao STJ,

nos termos do art. 105, 111, a, b e c, da Lei Maior, e tem por fim levarlhe ao conhecimento uma questãofederal de índole infraconstitucional, se a decisão for proferida pelos Tribunais dos Estados, Distrito

Federal

e Territórios ou Tribunais Regionais Federais. 0 recurso especial é o antigo recurso extraordinário que versava sobre direito federal e tratado. Ele sofreu duas alterações: 1.') sua competência se deslocou para o STJ, com o nomen juris de especial; 2.') é oponível contra as decisões de Tribunais Estaduais, Distrito Federal e Territórios e Tribunais Regionais Federais.

Salvante o extraordinário e o especial, todos os demais recursos são ordinários.

Não importa tenha o recurso sua fonte normativa na Lei Maior, nas leis ordinárias ou nos Regimentos Internos dos Tribunais; se ele não se adequar às disposições dos arts. 102, 111, a, b e c, e 105, 111, a, b e c, da CF, será simplesmente recurso ordinário.

2. Recurso extraordinário: conceito, razão de ser c,oc,*

Hoje, entende-se por recurso extraordinário aquele mediante o qual se propicia ao STF manter o primado da Constituição. Por meio dele o Excelso Pretório, como guardião supremo

da Lei Maior, tutela os mandamçntos constitucionais.

Mas, até há pouco tempo, e desde o seu ingresso no Direito pátrio, quando da proclamação da República, sob a inspiração constante do

~bo)

writ of error, procurou-se manter, por meio dele, a autoridade e proeminência da Constituição e das leis federais.

Constituía e constitui um dos imperativos do regime federativo, com organização de justiça própria e autônoma de cada Estado da União, a instituição de um recurso da índole do

recurso extraordinário. E a razão foi dada por Epitácio Pessoa: reconhecida a soberania da União e proclamada a obrigatoriedade das leis federais em todo o território da República,

forçoso é colocar essas leis sob a proteção de um Tribunal Federal que lhes possa restabelecer a supremacia quando desconhecida i

ou atacada pela magistratura dos Estados (cf. Epitácio Pessoa, apud Florêncio de Abreu, Comentários, cit., p. 490).

Coube, então, ao STF, durante mais de oitenta anos, como cimeiro do Poder Judiciário, a função de, por intermédio do recurso extraordinário, manter o primado da Constituição e o respeito às Leis da União, sem que se quebrasse, com isso, a autonomia judiciária dos Estados. Daí ter dito Amaro Cavalcanti que

o recurso extraordinário tinha por finalidade não a correção das decisões erradas ou injustas, mas tãosomente o

predomínio da Constituição da República e o respeito à vigência e cumprimento das leis federais (cf. Recurso extraordinário, 0 Direito, 112/530).

Realmente, não era o fato de a decisão ter sido injusta ou a circunstância de haver o órgão jurisdicional laborado em erro que autorizava a interposição do recurso extraordinário. 0 que positivamente autorizava o apelo excepcional era "a questão de saber se uma lei federal ou tratado era válido, se a Constituição da República foi desautorada".

Se os nossos orgãos jurisdicionais, de quaisquer categorias, aplicassem a lei federal a seu modo, não haveria unidade do direito nacional. Mas, se ocorresse divergência, ali estava o recurso

extraordinário para salvaguardar e assegurar aquela unidade. Se os nossos Tribunais dessem a textos constitucionais interpretações variadas, nós teríamos aquilo que Barbalho denominaria instabilidade organizada. Entretanto, para manter a superioridade, o primado da Lei Maior, tínhamos o recurso extraordinário. Era por meio desse apelo raro que se levava ao conhecimento do mais altoirribunal do País possível desrespeito à Lei das Leis, eventuais violentações às leis que devem viger em todo o território nacional, bem como infringências aos tratados que somente a União podia e pode celebrar.

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, a fim de se evitar uma sobrecarga para o STF, e ao mesmo tempo para erigi-lo à posição excepcional de Corte Constitucional, o recurso extraordinário ficou restrito a matéria constitucional. Por meio dele se leva ao conhecimento daquela Augusta Corte decisões de quaisquer Tribunais do País que hajam, desta ou daquela forma, afrontado a Lei Maior. Assim, somente as questões federais de índole constitucional é que são, hoje, objeto do apelo excepcional, tal como se vê no art. 102, 111, a, b e c, da CE

Aquela outra função do recurso extraordinário, de levar ao conhecimento da Augusta Corte possível desrespeito às leis federais e aos tratados, passou para o

recurso especial dirigido ao

recém-criado STJ. Este recurso especial é aquele mesmo recurso extraordinário que versava sobre negativa de vigência de lei federal ou tratado, invalidade de lei ou ato de governo local contestado em face da lei federal e, finalmente, quando um Tribunal dava à lei federal interpretação divergente da que lhe tivesse dado outro Tribunal. So que, agora, seu nomen juris é especial, é dirigido ao STJ e, finalmente, interposto das decisões de única ou última instância dos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios e Tribunais Regionais Federais.

io .

. tC

~::)1

1 ..1 ,1 í*.. il t)

A história do recurso extraordinário está profundamente ligada à do próprio STF, que foi criado, com essa denominação, pelo Decreto n. 848, de 11-10-1890. A pâncípio, o número de Ministros era de 15. 0 Decreto n. 19.656, de 3-2-193 1, diminuiu para 11, número que foi mantido pelas Constituições de 1934, 1946, 1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Certo que a conjuntura política de 1964

obrigou a elevação desse número para 16, mas, logo em seguida, voltou à mesma quantidade fixada anteriormente (11).

Hoje, contudo, em face da nova Constituição, o STF passou a exercer o papel de Corte Constitucional. Assim, o recurso extraordinário tem por finalidade levar ao conhecimento do mais alto Tribunal do País uma questão federal de natureza constitucional. As demais hipóteses que comportavam recurso extraordinário passaram a ser objeto de recurso especial, dirigido ao STJ, órgão de cúpula das Justiças Comuns Federal e Estadual.

3. A denominação "extraordinário"

A denominação extraordinário não era conhecida sequer na Carta de 1891.

Ali se falava, simplesmente, em recurso, e o recurso se referia à Reforma de 1926. Mas, antes mesmo da primeira

Constituição Republicana, o Regimento Interno da Augusta Corte, por influência do Direito argentino, batizou aquele recurso excepcional de extraordinário, e, até hoje, o qualificativo perdura.

4. Outras funções do STF

A Suprema Corte, entre nós, passou a desempenhar o papel de Corte Constitucional. Pelo menos esse o seu papel proeminente, de molde a colocá-la no vértice do Poder Judiciário. E é precipuamente através do recurso extraordinário que ela procura manter o primado da Constituição. Cabe-lhe, também, julgar a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em face da Magna

Carta. Compete-lhe, também, processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Compete-lhe, ainda, processar e julgar, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado (salvo se o cri-478

me de responsabilidade for conexo com o do Presidente da República ou Vice-Presidente), os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. E mais: processar e julgar: a) o habeas corpus, quando o paciente for qualquer das pessoas referidas nas alíneas a e b do inc. 1 do art. 102 da Magna Carta; b) o habeas corpus, quando o coator ou paciente for Tribunal, autoridade ou funcionario cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; faz-se ressalva, apenas, dos Ministros de Estado, que, enquanto autoridades coatoras, submetem-se, no campo do habeas corpus, ao STJ

(art, 105, 1, c, da Magna Carta); c) a revisão criminal de seus julgados; d) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; e) os conflitos de competência entre o STJ e quaisquer Tribunais,

entre Triq bunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro Tribunal; J) julgar, em recurso ordinário: 1) o tabeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; 2) os crimes políticos.

Evidente, pois, que nos crimes políticos o STF funciona como orgão de 3.'

grau.

5. Quando é cabível o recurso extraordinário?

Até o advento da Constituição de 1967, era bem mais amplo o raio de ação do recurso extraordinário, bastando dizer que era oponível a certas decisões de 1.a instância. A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, contudo, restringiu a incidência do apelo excepcional, decerto para impedir que a pletora de processos sobrecarregasse a Augusta Corte, mas manteve o recurso extraordinário em relação a julgados dos Tribunais, em única ou última instancia, que: a) contrariassem dispositivo da Constituição Federal, ou negassem vigência de tratado ou lei federal;

federal;

c) julgassem válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; e

b) declarassem a inconstitucionalidade de tratado ou lei 479

.1.1

d) dessem à lei federal interpretação divergente da que lhe houvesse dado outro Tribunal ou o próprio STF (cf. Magna Carta, art. 119, 111, a, b, c e d).

Todavia insta esclarecer que não era qualquer decisão de única ou última instância proferida pelos Tribunais e adequada ao disposto naquele dispositivo constitucional que comportava o apelo raro. A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, trouxe outra inovação, consubstanciada no parágrafo único do art. 119 (depois, art. 119, § L').

In verbis:

"As causas a que se refere o item 111, alíneas a e d deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, especie ou valor pecuniário".

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 7/77 deu nova redação a esse parágrafo. In verbil,: "As causas a que se refere o item III, alíneas a e d deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal".

Cumpre notar, entretanto, que muito antes, aos 12-6-1975, o STF, quando da reforma do seu regimento, havia introduzido no seu art. 308 o pré-

requisito da relevância da questão federal. Assim, as discussões que poderiam surgir sobre a constitucionalidade daquele pré-

requisito ficaram dissipadas. A exigência do prequestionamento da relevância da questão federal era indispensável, quando o recurso extraordinário se embasasse nas alíneas a ou d do inc. III do art. 119 da Lei Maior e dissesse respeito àquelas causas referidas no art. 308 do Regimento Interno da Augusta Corte.

A nova Constituição, entretanto, alterou, profundamente, o quadro do recurso extraordinário. Este só tem cabimento em se tratando de decisões judiciais de única ou última instância atinentes a questões constitucionais. Aquelas outras hipóteses que o comportavam, e que diziam respeito à uniformização da interpretação das leis federais, passaram para o STJ, competente para conhecê-las por meio de recurso especial. Assim, nos termos do art. 102, 111, da Magna Carta, o recurso extraordinário é cabível contra as decisões de única ou última instância que: a) contrariar dispositivo da CF; b) declarar a inconstitucionalidade

de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

6. Legitimidade

Desde que a hipótese se subsuma na moldura do art. 102, 111, a, b ou c da Magna Carta, pode a parte sucumbente (Ministério Público, Defesa, querelante)

interpor o recurso extremo, desde que possua capacidade postulatória. Quanto ao assistente de acusação, há duas restrições impostas pelas Stimulas 208 e 210:

"0 assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus".

"0 assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1.', e 598

dp Código de Processo Penal."

Se o recurso extraordinário é interponível de decisões de única ou última instância proferidas pelos Tribunais, segue-se que o órgão do Ministério Público legitimado a interpô-lo é aquele que atuar perante o Tribunal a quo. No Estado de São Paulo compete ao ProcuradorGeral da Justiça, como Chefe da Instituição, interpor recurso extraordinário, nos termos do art. 32, 11, n. 4, c/c o art. 36, V, da Lei Orgânica do Ministério Público. Mas, como são os Procuradores da Justiça que atuam junto aos Tribunais, podem eles, tomando ciência dos julgados, sugerir ao Procurador o recurso cabível.

7. Procedimento

Em face da Lei n. 8.038, de 28-5-1990, o procedimento do recurso extraordinário no Tribunal a quo é comum ao Processo Penal e ao Processo Civil. 0 prazo para a sua interposição é de 15 dias. A petição é dirígida ao Presidente do Tribunal recorrido e conterá: a) a exposição do fato e do direito; b) a demonstração do cabimento do recurso interposto; c) as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal recorrido, e aí protocolada, intimar-se-á o recorrido (réu, Ministério Público, querelado, querelante) para apresentar suas contra-razões no prazo de 15

dias.

Findo o prazo, os autos serão conclusos à Presidência do Tribunal recorrido para o j uízo de admissibilidade. Cumprir-lhe-á, então, no prazo de 5 dias, em

despacho motivado, autorizar, ou não, o processamento do recurso.

Adn-útido, sobe o recurso nos autos originais ao Supremo Tribunal Federal.

Denegado, caberá agravo de instrumento.

Insta esclarecer que, em se tratando de ação penal privada, salvo a hipótese do art. 32 do CPP, haverá deserção do apelo excepcional se não for feito o preparo, isto é, se não forem

pagas as despesas judiciais.

0 atual Regimento Interno do STF dispõe:

... 1

oc:

"Art. 59. 0 preparo far-se-á:

(h,

1 - o de recurso interposto perante outros

Tribunais, junto

às suas Secretarias e no prazo previsto na lei processual".

;to :

11,

A lei processual penal não estabelece qualquer prazo para o prepa

ro. Assim, devem prevalecer as normas fixadas nos Regimentos Inter

nos dos Tribunais. 0 § 1.' do art. 224 do Tribunal de Justiça de São

Paulo diz que "a conta deve ser feita pelo funcionário encarregado, no

i i_1 prazo improrrogável de 3 dias, correndo o prazo de 10 dias para o pre-401

paro".

Já o Regimento Interno do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo prescreve no § 4.' do inc. VIII do art. 195:

. .1

Dentro de 3 dias, improrrogavelmente, far-se-á a con ta, de'cuja publicação correrá o prazo único de 15 dias para o

pagamento, que será efetivado mediante guia à repartição arrecadadora competente, juntando-se comprovante aos autos dentro de 24 horas".

0 não-pagamento das despesas, nas hipóteses de ação penal priva

da, ressalvada a hipótese do art. 32 (CPP, art. 806, § 2.', e Reg. Int. do

STF, art. 61, § 1.', 1), implicará deserção. Esta, por outro lado, somente

poderá ser declarada - nos recursos que devam subir ao STF -

pelo

Presidente, antes da distribuição, pelo Relator, pelo Plenário ou pela

Turma, ao conhecer do feito, nos termos do art. 65 do Regimento Inter

no do STF.

482

Convém adiantar que nos conflitos de jurisdição, habeas corpus e quaisquer processos criminais (menos os de ação penal privada, ressalvada a hipótese do art. 32 do CPP) haverá isenção do preparo (Reg. Int. do STF, art. 61, § 1.', 1).

0 recurso extraordinário, segundo dispõe o art. 637 do CPP, sobe em traslado,'devendo os autos originais baixar à 1.a instância "para a execução". 0 traslado conterá a denuncia ou queixa, o despacho do seu recebimento, o interrogatório, a sentença, os termos das respectivas intimações às partes, os termos de fiança, sursis, do mandado de prisão não revogada, o acórdão, a petição do recurso extraordinário e o despacho de sua admissão. As partes, contudo, poderão indicar outras.

Malgrado a regra do art. 637 do CPP, o recurso extraordinário se processava nos autos originais... Posteriormente, como se vê pelo § 1.'

do art. 328 do Regimento Interno do STF, aquela disposição do estatuto processual penal caiu no vâio. Agora, definitivamente, o recurso extraordinário se processa nos autos originais, e o traslado desce à instância inferior para a "execução provisória".

Nada obstante o art. 637 do CPP diga que os autos, ou traslado, devem baixar à 1.' instância para a execução, estamos que tal dispositivo perdeu sua razão de ser. Por que baixar à 1.a instância?

Obviamente para a "execução provisória da pena". Mas como se pode executar provisoriamente a pena se a sentença não transitou em julgado e

"ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado", como dispoe a Constituição no capítulo dos Direitos Fundamentais do Homem? Pensamos que a "execução provisória" não mais se justifica.

8. Denegação. Recurso oponível

Inadmitido o recurso, caberá agravo de instrumento, dentro no prazo de 5

dias, consoante a regra do art. 28 da Lei n. 8.038190. É verdade que a Lei n. 8.950, de 13-12-1994, dando nova redação aos arts. 544/546 do CPC, fixou-o em 10. Contudo, o entendimento dos Tribunais (STF e STJ) é no sentido de que esta lei apenas diz respeito ao Processo Civil. Quanto ao Processo Penal, o prazo continua sendo o referido na Lei n. 8.038/90, vale dizer: 5 dias.

Embora o art. 640 do CPP fale em carta testemunhável como o recurso adequado contra as decisões que denegarem o apelo raro, o 483

1

IL

lei w

rm.

IN

1 >

1~

certo é que tal dispositivo, no particular, já havia sido revogado pela Lei n. 3.396, de 2-6-1958. Esta lei, além de instituir o agravo de instrumento no Processo Penal, como substitutivo da carta testemunhável para o caso em apreço, tomou sem efeito vários dispositivos do CPP

pertinentes ao recurso extraordinário (arts. 632 a 636), e, ao que parece, assim agiu o legislador porque, no agravo, o prazo para a interposição era e é mais amplo. Enquanto neste o prazo se conta por unidade-dia, na carta considera-se a unidade-hora. Além do mais, há, na carta, o inconveniente de a parte recorrente dirigir-se ao Secretário do Tribunal, amesquinhando, assim, a figura do seu Presidente.

9. Procedimento no juízo "ad quem"

Chegando os autos do recurso extraordinário à Suprema Corte, serão eles distribuídos a uma das Turmas, salvo se o apelo excepcional provier do TSE ou STJ, quando a competência será do Plenário.

Distribuído o recurso, o Relator determinará a abertura de vista ao Procurador-Geral da República, por 5 dias, se necessário, e, em seguida, pedirá dia para julgamento, sem prejuízo das atribuições que lhe conferem o art. 21, lX, e seu § 1.' do Regimento Interno Oulgar prejudicado o recurso que manifestamente haja perdido seu objeto, negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, ou mesmo quando contrariar a jurisprudência predominante da Excelsa Corte ou for evidente a sua incompetência).

Não tendo o Relator feito uso de uma daquelas atribuições, irá o feito a julgamento. Este apresenta dois momentos: a) por primeiro, julga-se da pertinência do recurso, isto é, se ele é cabível; se não o for, a Turma ou Plenário não conhecerá dele; sendo-o, passa-se ao segundo momento; b) proceder-se-á ao julgamento da causa, aplicando-se o direito à espécie.

Na hipótese de o Relator negar seguimento ou provimento ao agravo de instrumento, caberá agravo para o órgão julgador (Turma ou Plenário) no prazo de 5 dias, tal como estabelece o § 5.' do art. 28

da Lei n. 8.038, de 28-5-1990.

Se o agravo de instrumento, num ou noutro caso, for provido, e se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso extraordinário, o Relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí por diante, o procedimento relativo ao recurso extraordinário, admitida a sustentação oral. Isso não será possivel se a decisão do Tribunal recorrido ensejou a interposição de recurso extraordinário e recurso especial e este último tenha sido admitido e deva ser julgado em primeiro lugar (cf. §§ 3.0 e 4.' do art. 28 da Lei n. 8.038, de 28-5-1990).

10. 0 prequestionamento

Se a questão federal constitucional não for objeto da decisão recorrida, incabível

será o recurso extraordinário, em face da ausência do prequestionamento. Prequestionar é questionar antes, é tratar com anterioridade. Assim, é preciso que a parte, no recurso interposto contra uma decisão de 1.a instância (apelo, recurso em sentido estrito, protesto por novo Júri, correição parSial), cuide, de modo expresso, da matéria que, eventualmente, possa servir de fundamento à interposição do recurso extraordinário.

Digamos, por exemplo, haja, no processo, uma ofensa à Constituição. A parte apela da decisão por um motivo qualquer que não a ofensa. 0

Tribunal ad quem nega provimento ao apelo e, por sua vez, a ela não se referiu. Se a parte, alertada para aquela afronta à Constituição, quiser interpor recurso extraordinário sob o fundamento de ofensa à Constituição, não poderá fazê-lo, porque não houve o prequestionamento.

Mais ainda: se o apelante tratou, no seu recurso, daquela ofensa, e o órgão ad quem, no acórdão, dela não cuidou, cumpre ao apelante interpor embargos declaratórios a fim de que o Tribunal se pronuncie sobre aquele ponto omisso (ofensa à Constituição), de modo a fazer, com a complementação, a integração do acórdão embargado. Não interpostos os embargos declaratórios, não mais se poderá falar em prequestionamento. Dir-se-á que a parte prequestionou no recurso de apelo. Pouco importa. É preciso que o órgão, do qual se vai recorrer, sobre o assunto se manifeste. Do contrário, em última análise, a parte estaria interpondo recurso extraordinário de decisão de 1. a instância, quando, na verdade, somente o comportam as decisões dos Tribunais.

Ademais, o prequestionamento deve ser expresso. Não se admite prequestionamento implícito, salvo raríssimas exceçoes, v. g., defeitos de ordem formal no julgamento dos recursos na instância superior (RTJ,

li

1 1

98/702 e 871264); quando o nome do Advogado não é publicado na pauta de julgamento (RTJ, 112/707); ausência de publicação da pauta de julgamento no

prazo de lei (RTJ, 113/1129); quando o órgão de 2.' grau decidir extra, ultra ou citra petitum.

Assim, para a interposição do recurso extraordinário, de todo indispensável o prequestionamento expresso, feito, obviamente, nos recursos interpostos na 1.a instância.

Muito a propósito, as Súmulas 282 e 356. Verbis:

"É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" (Súmula 282).

"0 ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordi-c'

nário, por faltar o requisito do prequestionarnento" (Súmula 356).

11. Súmulas do STF em matéria criminal

1. E vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna.

@~

2. Concede-se liberdade vigiada ao extraditando que estiver preso por prazo superior a sessenta dias.

3. A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado.

18. Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo Juízo Criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

145. Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

146. A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

147. A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria

estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar

cumprida a concordata.

155. É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.

156. É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, por falta de quesito obrigatório.

486

11

160. E nula a decisão do tribunal que acolhe contra o réu nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.

162. É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes.

206. E nulo a julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo.

208. 0 assistente do Ministério Público não pode recorrer extraordinariamente de decisão concessiva de habeas corpus.

210. 0 assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1.', e 598

do CPR

245. A imunidade parlamentar não se estende ao co-réu sem essa prerrogativa.

246. Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de en-iÍssão de cheque seir~fundos.

279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

280. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

281. E inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

282. E inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

283. E inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

284. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensao da controvérsia.

286. Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergencia jurisprudencial, quando a orientação do Plenário do STF ja se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

287. Nega-se provimento ao agravo quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.

288. Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão re-487

corrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial 1

1

11

à compreensão da controvérsia.

1

289. 0 provimento do agravo por uma das Turmas do STF, ainda

~i

que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário.

i

291. No recurso extraordinário pela letra d do art. 101, n. III, da Constituição, a prova do dissídio jurisprudencial far-se-á por certidão, ou mediante indicação do Diário da Justiça ou de repertório de jurisprudência autorizado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou asseme-1

lhem os casos confrontados.

1

292. Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, n. 111, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu

conhecimento por qualquer dos outros. (Refere-se à CF de 1969) 293. São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao Plenário dos Tribunais.

297. Oficiais e praças das milícias dos Estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para

julgar os crimes cometidos por ou contra eles.

298. 0 legislador ordinário só pode sujeitar civis à Justiça Militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares.

P)

299. 0 recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo processo de mandado de segurança, ou de habeas corpus, serão julga-

~I

dos conjuntamente pelo Tribunal Pleno.

301. Por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra prefeito municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo por impeachment, ou à cessação do

exercício por outro motivo.

310. Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publica-1

ção com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá

1

inicio na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso

em que começará no primeiro dia útil que se seguir.

319. 0 prazo do recurso ordinário para o STF, em habeas corpus ou mandado de segurança, é de cinco dias.

320. A apelação despachada pelo Juiz no prazo legal, não fica prejudicada pela demora da juntada por culpa do Cartório.

1

488

1

322. Não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao STF, quando manifestamente incabível, ou apresentado fora do prazo, ou quando for evidente a incompetência do tribunal.

344. Sentença de primeira instância, concessiva de habeas corpus em caso de crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, está sujeita a recurso ex o cio.

ffi,

351. É nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o Juiz exerce a sua jurisdição.

352. Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao reu menor que teve a assistência de defensor dativo.

356. 0 ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

361. No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado anteriormente na diligência de apreensão. &

364. Enquanto o Estado da Guanabara não tiver Tribunal Militar de segunda instância, o Tribunal de Justiça é competente para julgar os recursos das decisões da Auditoria da Polícia Militar.

366. Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia.

369. Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial.

385. Oficial das Forças Armadas só pode ser reformado, em tempo de paz, por decisão de Tribunal Militar permanente, ressalvada a situação especial dos atingidos pelo art. 177 da Constituição de 1937.

393. Para requerer revisão criminal o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão.

394. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

395. Não se conhece do recurso de habeas corpus cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção.

396. Para a ação penal por ofensa à honra, sendo admissível a exceção da verdade quanto ao desempenho de função pública, prevalece a com-489

h,

petência especial por prerrogativa de função, ainda que já tenha cessado o exercício funcional do ofendido.

397. 0 poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.

399. Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal.

400. Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, 111, da Constituição Federal.

420. Não se homologa sentença proferida no estrangeiro, sem prova do trânsito em julgado.

421. Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

422. A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade.

423. Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege.

428. Não fica prejudicada a apelação entregue em Cartório no prazo legal, embora despachada tardiamente.

?a.

431. É nulo o julgamento de recurso criminal na segunda instância sem prévia intimação ou publicação da pauta, salvo em habeas corpus.

448. 0 prazo para o assistente recorrer supletivamente começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público.

11

451. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício fimcional.

452. Oficiais e praças do Corpo de Bombeiros da Guanabara respondem perante a Justiça comum, por crime anterior à Lei n. 427, de 11-10-1948.

453. Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do CPP, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não

contida explícita ou implicitamente na denuncia ou queixa.

490

455. Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional.

456. 0 Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.

497. Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

498. Compete à Justiça dos Estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular.

499. Não obsta à concessão do sursis condenação anterior à pena de multa.

520. Não exige a lei que, para requerer o exame a que se refere o art.

777 do CPP, tenha o sentenciado cumprido mais de metade do prazo da medida de segurançá imposta.

521. 0 foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

522. Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando então a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes.

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

524. Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.

525. A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido.

528. Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do tribunal a quo, de recurso extraordinário que sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo STF, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

554. 0 pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

491

il 0~-1

C : E :

1 h. .

h

0)

a ~1.

560. A extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, §

1% do Decreto-lei n. 157167.

564. A ausência de fundamentação do despacho de recebimento de denúncia por crime falimentar enseja nulidade processual, salvo se já houver sentença condenatória.

568. A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente.

592,Nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal.

594. Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.

601. Os arts. 1% 11, e 55 da Lei Complementar n. 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público) não revogaram a legislação anterior que atribui a iniciativa para a ação penal pública, no processo sumário, ao juiz ou à autoridade policial, mediante Portaria ou Auto de Prisão em Flagrante.

602. Nas causas criminais, o prazo de interposição de Recurso Extraordinário é de 10 (dez) dias.

603. A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do Juiz singular e não do Tribunal do Júri.

606. Não cabe habeas corpus originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em habeas corpus ou no respectivo recurso.

607. Na ação penal regida pela Lei n. 4.611/65, a denúncia, como substitutivo da Portaria, não interrompe a prescrição.

608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

609. É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

610. Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração.

611. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das

execuções a aplicação da lei mais benigna.

492

capítulo 68

1. Cabimento

Recurso Especial

SUMÁRIO: 1. Cabimento. 2. Procedimento. 3. 0 problema da relevante questão federal. 4. Finalidade do recurso especial. 5. A exigêntia de esgotamento das vias ordinárias. 6. Interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial. 7. Denegação

do recurso especial. Providência. 8. Os recursos interpostos antes da CF

de 1988. Como ficaram. 9. Efeitos do recurso especial. 10. 0

prequestionamento. 11. Súmulas do STJ em matéria criminal. 12. Stimulas do extinto TFR em matéria criminal.

A CF criou mais um tipo de recurso: o recurso especial, que substituiu o recurso extraordinário nas questões federais atinentes à uniformização da interpretação das leis federais infraconstitucionais.

É ele oponível em relação às causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atri buído outro Tribunal.

493

2. Procedimento

i

~I

. I C ~1:

, k- ~..

9`:

ùW .

1 C ,* C :

~ è)

~ lil i

f*N

~,I) .h...

« 0 1

mi o i

Na Alemanha, o uso de um recurso semelhante ao nosso recurso especial somente terá andamento se o Tribunal recorrido reconhecer a importância fundamental da causa (cf. Moreira Alves, II

Fórum Juridico - A Constituição brasileira de 1988, p. 199). E até mesmo em se tratando do Tribunal Constitucional Federal, dispõe o art. 94, segunda parte, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que uma lei federal "poderá impor como condição para os processos constitucionais que previamente se tenham esgotado as vias legais e prever

um processo especial de aceitação de recursos E este processo especial consiste no julgamento prévio sobre a sua importância ou rele vância, afeta a uma comissão da Corte.

Cremos, contudo, que numerosos princípios, como o do prequestionamento (Súmula 282), o de não se admitir recurso especial para exame de prova (Súmula 279 do STF), aqueles objeto das Súmulas 208, 210, 356, 283, 284, 286, 399, e outros certamente serão mantidos pelo STJ. 4

Esses arestos demonstram a tendência em se exigir o prequestionamento: Esse recurso especial outro não é senão o antigo recurso extraordinário atinente à uniformização das leis federais infraconstitucionais e a respeito dos Tratados. Seu procedimento, como se infere dos arts. 26 e s. da Lei n. 8.038, de 28-5-1990, é absolutamente idêntico ao traçado para o recurso extraordinário. 0 prazo para a interposição é de 15 dias.

A petição conterá a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso especial e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. Quando o recurso se fundar em dissídio entre a interpretação da lei federal adotada pelo julgado recorrido e a que lhe haja dado outro Tribunal, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, ou indicação do número e da página do jornal oficial, ou do repertório autorizado de jurisprudência que o houver publicado. Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal recorrido e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista

pelo prazo de 15 dias para apresentar contra-razões. Findo esse prazo, serão os autos conclusos à Presidência do Tribunal recorrido para a admissão, ou não, do recurso, no prazo de 5 dias. Admitido o recurso, os autos serão imediatamente encaminhados ao STJ. Se denegado, caberá agravo de instrumento.

3. 0 problema da relevante questão federal

De observar que a Constituição anterior autorizava o STF a exigir, em determinadas hipóteses, a comprovação da relevância da questão federal, sob pena de o recurso não ser conhecido. A Carta Constitucional de 1988 não cuida da relevância.

E essa relevância era um verdadeiro freio a impedir que questões de nenhuma importância fossem levadas ao Excelso Pretório, e, agora, ao Eg.

STJ. Doravante, seja a infração apenada com

reclusão, seja apenada com detenção, prisão simples ou multa, se a decisão dos Tribunais Estaduais (Justiça, Alçada e Militar) e dos Tribunais Regionais Federais contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal, oponível será o recurso especial, pouco importando seja ou não relevante afederal question.

494

"Inviável é o recurso especial, quando ausente o requisito do prequestionamento" (STJ, DJU, 23-3-1992, p. 3488).

"Orienta-se a jurisprudência do STJ no sentido da indispensabilidade do prequestionamento da questão federal suscitada no recurso especial. A regra adotada é a do prequestionamento explícito, admitindo-se, em casos excepcionais, o denominado 'prequestionamento implícito" (STJ, DJU, 9-3-1992, p. 2527).

A competência para apreciar o recurso especial, ou mesmo o ordináriocon stitucional, em matéria penal, é da 5 a e 6 a Turmas que integram a Seção de Direito Penal (cf. art. 13 do Reg. Int. do STJ).

4. Finalidade do recurso especial

Evidente que a finalidade do recurso especial, e a mesma observação é válida para o recurso extraordinário, não é corrigir possíveis injustiças das decisões recorridas, mesmo porque o STF ou STJ não examinam, nesses recursos, matéria fática. Apenas examinam a legalidade da decisão. Muito a propósito a palavra do eminente Min.

Antônio

495

de Pádua Ribeiro: "Para a boa compreensão do recurso especial, é importante compreender a sua filosofia, a razão da sua existência. A sua função precípua é dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses do litigante (Liebman).

0 motivo está, segundo lembra Buzaid, em que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Com

efeito, o erro de fato, por achar-se circunscrito a determinada causa, não transcende os seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais juízes, podendo servir de antecedente judiciário. Tanto quanto nos países europeus, em que há juízos de cassação e revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instância e julgamento do Tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal a quo" (cf. 0 Estado de S. Paulo, 11-7-1989, p. 17).

, L: 5. A exigência de esgotamento das vias ordinárias Não se deve deslembrar que a interposição do recurso especial, à maneira do que ocorre com o recurso extraordinário, pressupõe o esgotamento das vias recursais. Enquanto couber

recurso ordinário, não poderá ser interposto o especial ou o extraordinário. Assim, se o réu foi condenado no Tribunal por maioria de votos, ainda cabem embargos infringentes. Portanto, somente depois de julgados os embargos é que poderá ser interposto o especial ou o extraordinário. Mas, se a decisão puder ser cindida, é diferente, embora o princípio seja o mesmo. Por exemplo, se A e B foram condenados, e o Tribunal, em face dos apelos interpostos, manteve, à unanimidade, a condenação de A, e, por maioria, a de B, evidente que, se, na hipótese,

couber recurso especial ou extraordinário, A deverá interpor o extraordinário ou especial, conforme o caso, e B, os embargos infringentes, ficando, contudo, sobrestado aquele até o julgamento definitivo dos embargos e eventual recurso especial ou extraordinário interposto por B.

0 mesmo poderá ocorrer se, num simultaneus processus, A for condenado, por unanimidade, quanto a uma infração, e condenado por maioria em relação à outra. Nesse caso, se

cabíveis, poderá ele interpor recurso especial ou extraordinário, ou recurso extraordinário e especial em relação à primeira infração e embargos infringentes em relação à última.

6. Interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial E se, por acaso, a decisão recorrida comportar recurso extraordinário e recurso especial, como proceder? Deverá haver a interposição simultânea de ambos os recursos, dentro no prazo legal, que, hoje, em face do art. 26 da Lei n. 8.038/90, é de 15 dias, seja para o Processo Penal, seja para o Processo Civil. Apresentadas as petições devidamente fundamentadas à Secretaria do Tribunal recorrido, aí serão elas protocoladas, intimando-se o recorrido para, no prazo de 15

dias, ofertar as contra-razões (contra-razões ao recurso extraordinário e contra-razões ao recurso especial). Findo o prazo para o recorrido, com contrarazões ou sem elas, os autos vão à Presidência do Tribunal recorrido para o juízo de admissibilidade dos recursos.

Admitidos, serão os autos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça. Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação c~p recurso extraordinário (se este foi interposto também, lógico). E assim fará o Superior Tribunal de Justiça, se o recurso extraordinário não estiver prejudicado. Na hipótese de o Relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial do recurso especial, devendo, pois, aquele ser julgado antes deste, remeterá os autos ao STF, sobrestando o julgamento do recurso especial. Dessa decisão do Relator caberá agravo regimental para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 dias. Após o trânsito em julgado da decisão do Relator é que os autos serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal. Se, por acaso, o Relator do recurso extraordinário, em despacho irrecorrível, entender não ser ele prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial. Após o julgamento desse recurso, os autos retornarão ao STF para a decisão sobre o recurso extraordinário. A propósito, v. os arts. 26 e s. da Lei ri. 8.038/90.

7.

Denegação do recurso especial. Providência

E, se interposto o recurso extraordinário ou o recurso especial, a Presidência do Tribunal recorrido o denegar? Caberá agravo de instrumento, no prazo de 5 dias,

para o STF ou STJ, conforme o caso.

Observe-se que o agravo de instrumento, na hipótese de denegação de recurso extraordinário ou especial, é o previsto no art. 28 da Lei n.

8.038/90. E se forem interpostos o recurso extraordinário e o recurso especial, e ambos vierem a ser denegados? Deverão ser interpostos dois agravos de

1

instrumento. E cada agravo será instruído com as peças que forem indicadas pelo agravante e pelo agravado, dele constando, obrigatoriamente, aquelas mencionadas no § 1.' do art. 544

do CPC.

Se ambos os agravos forem Providos, os autos originais, com os

~ 1

~ 1

respectivos recursos, subirão ao STJ para julgamento, por primeiro, do

recurso especial, e, depois, do recurso extraordinário, a menos que este, conforme já vimos, seja prejudicial daquele. Se interpostos ambos os recursos e for denegado apenas o recurso extraordinario, ou o especial, a parte poderá interpor agravo de instrumento ao STF ou STJ, confor me o recurso denegado. Se o denegado for o extraordinário, o agravo será encaminhado ao STF, e os autos originais, com o recurso especial, sobem ao STJ, onde, conforme o caso, poderá ter seu julgamento sobrestado, aguardando a solução do agravo no STF, em face da possi bilidade de o agravo ser provido e o recurso extraordinário vir a ser prejudicial do especial. Nessa hipótese, o STJ, se for o caso, remeterá os autos ao STF para apreciação, por primeiro, do recurso extraordiná rio. Se o recurso denegado for o especial, e interposto agravo ao STJ, os autos originais, com o recurso extraordinário admitido e o recurso o

especial inadmitido, sobem ao STF e, se este entender que o julgamento do recurso especial é prejudicial, aguarda a solução do agravo. Provido que seja, o STF remeterá os autos originais

ao STJ para apreciar, por primeiro, o recurso especial.

Cumpre observar que, interposto apenas o recurso extraordinario,

~ho)

ou o especial, se o Tribunal recorrido vier a denegá-lo, poderá o vencido, conforme vimos, interpor recurso de agravo de instrumento. Se o agravo vier a ser provido, se o instrumento

contiver os elementos ne-

2:.

cessários ao julgamento do mérito do recurso (seja ele especial, seja ele extraordinário), o relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí por diante, o

procedimento relativo ao recurso denegado, admitida a sustentação oral. A propósito, os §§ 3.' e 4.' do art. 28 da Lei n. 8.038/90.

8. Os recursos interpostos antes da CF de 1988. Como ficaram 1

E os recursos que já foram interpostos antes da Constituição? Os recursos extraordinários que versavam sobre matéria infraconstitucional deverão ser remetidos ao STJ. Se interpostos com dois fundamentos

(questão de índole constitucional e de natureza infraconstitucional), ainda assim os autos devem ser remetidos ao STJ, que apreciará o recurso extraordinário, fundado em alegações de ofensa a dispositivos legais e de dissídio de jurisprudência restrito ao âmbito legal, como se especial fosse. Após o julgamento, devem os autos retornar ao STF para que aprecie o recurso extraordinário propriamente dito, isto é, o atinente a matéria constitucional.

E se foi interposto recurso extraordinário com argüição de relevância?

Evidente que a Constituição não mais admite seja o recurso extraordinario ou especial subordinado à relevância ou não da federal question. Essa restrição desapareceu do nosso ordenamento jurídico. Desse modo, se a relevância foi apenas julgada pelo STF, devem os autos do recurso extraordinário ser encaminhados ao STJ. Se a relevância ainda não foi apreciada pelo STF, os autos devem baixar ao Tribunal de origem (TRF, Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada ou Tribunais de Justiça Militar Estadual) para que aprecie o recurso interposto, como especial, proferindo o despacho, motivado, de admissibilidade, ou não. Admitindo-o, processar-se-á o recurso especial. Inadmitindo, caberá agravo.

9. Efeitos do recurso especial

Quais os efeitos do recurso especial? Como ocorre com a generalidade dos recursos, ele apresenta, obviamente, o efeito devolutivo. Tem ele efeito suspensivo? De modo geral os recursos têm efeito suspensivo, salvo as exceçoes previstas em lei, tal como acontece com o art. 594 do CPP. Em se tratando de recurso especial ou extraordinário, a Lei n. 8.038, de 28-5-1990, no § 2.' do art. 27, só admitiu o efeito devolutivo. É estranho. Por que apenas o efeito devolutivo? Se a decisão ainda não transitou em julgado, como poderia ser possível sua execução, se o art. 105 da LEP exige o trânsito em julgado?

Não haveria, aí, uma provisória execução da pena? E como poderia haver uma provisoria execuçao da pena se a Lei de Execução Penal não mais permite provisória execução da pena? Por que apenas o efeito devolutivo? Aí está, pois, mais uma demonstração de que a nossa legislação é feita atabalhoadamente, deixando-se levar pela lei do atropelo. Aliás, isso mesmo reconheceu o colendo STJ no HC

1.227-DF, relator o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro.

id

10. 0 prequestionamento

Não se deve olvidar que, em se tratando de recurso especial, vigora, também, a exigência do prequestionamento de que falamos no n. 11

1

do capítulo anterior. 0 STJ, apreciando o Recurso Especial n. 405

do

Rio de Janeiro, por unanimidade decidiu: "É inadmissível recurso es-ecial quando faltar o requisito do prequestionamento da questão fedep ral suscitada. Da mesma forma, na hipótese de dissídio pretoriano, quando inexistente a indicação dos pontos caracterizadores da divergência jurisprudencial" (cf. DJ, 11-12-1989, p.

18145).

Recurso Especial n. 1.097-MG: Ementa: "Processual Penal. Recurso especial pela letra a do inciso 111, do art. 105 da CF. Não prequestionada na decisão recorrida a questão federal

suscitada, nem interpostos embargos declaratórios a respeito, inadmissível é o recurso especial, tal como ocorria com o recurso extraordinário que lhe antecedeu, nos termos das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal" (DJ, 13-11-1989, p. 17027).

(:

11. Súmulas do STJ em matéria criminal

.e

2. Não cabe o habeas data (CF, art. 5.", LXXII, letra a) se não

houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.

-1.1

w~%. 3. Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de com

~ %

petência verificado, na respectiva Região, entre Juiz Federal e Juiz Estadual

investido de jurisdição federal.

4. Compete à Justiça Estadual julgar causa decorrente do processo eleitoral sindical.

6. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares

em situação de atividade.

7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

9. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

13. A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.

500

17. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

18. A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

22. Não há conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-Membro.

24. Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3.' do art. 171 do Código Penal.

-37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

38. Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo poir contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades.

40. Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

41. 0 Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.

42. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que e parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

47. Compete à Justiça Militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de arma pertencente à corporação, mesmo não estando em serviço.

48. Compete ao Juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

51. A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do "apostador" ou do "banqueiro".

52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

501

53. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais.

55. Tribunal Regional Federal não e competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal.

59. Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes.

62. Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada.

64. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

73. A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.

74. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

L

75. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o poli-

.CO

cial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal.

78. Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa.

~)

81. Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma F W.,

das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.

83. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão re-1)

corrida.

86. Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

90. Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele.

91. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna.

96. 0 crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

502

99. 0 Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

104. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino.

107. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal.

108. A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do Juiz.

115. Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

117. A inobservância ~p prazo de 48 horas, entre a publicação de pauta e o julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade.

122. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, 11, a, do Código de Processo Penal.

123. A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais.

126. É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

140. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

147. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

151. A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.

158. Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para matéria neles versada.

503

d

~1

164. 0 prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1.0 do Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

1

171. Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.

172. Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.

174. No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinque-1

do autoriza o aumento da pena.

177. 0 Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.

182. E inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

183. Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.

186. Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime.

CO,~,

1

1p

)

187. E deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de

Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

189. É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

0.. .'

.1

191. A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o

01

Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.

1 ~ 1.1

192. Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a

estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

200. 0 Juízo Federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou.

203. Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

208. Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

504

209. Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao património municipal.

211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

12. Súmulas do extinto TFR em matéria criminal 19. Compete ao Tribunal Federal de Recursos julgar conflito de jurisdição entre auditor militar e Juiz de Direito dos Estados em que haja Tribunal Militar Estadual (CF, art. 192).

23. 0 juízo da execução criminal é o competente para a aplicação de lei nova mais benigna a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.

30. Conexos os crimes praticados por policial militar e por civil, ou acusados estes como co-autores pela mesma infração, compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar o policial militar pelo crime militar (CPM, art. 9.') e à Justiça comum o civil.

52. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, 11, a, do CPR

54. Compete à Justiça Estadual de primeira instância processar e julgar crimes de tráfico internacional de entorpecentes, quando praticado o delito em comarca que não seja sede de Vara do Juízo Federal.

98. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra servidor público federal, no exercício de suas funções com estas relacionados.

115. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente.

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

241. A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.

505

i

i. o

r í5

~1

a

capítulo 69

Dos Agravos no Processo Penal

SUMÁRIO: 1. Histórico. 2. Agravo de instrumento. 3. Agravo em execução. 4. Agravo regimental. 5. Recurso inominado.

-h

1. Histórico

0 agravo é recurso de origem lusitana. Ao tempo de 1). Afonso IV, restringiu-se o uso das apelações, e, com essa medida, ficaram os litigantes profundamente prejudicados. Já não podiam recorrer das decisões interlocutórias. Entretanto, tal qual no regime anterior, havia o hábito de, ante a impossibilidade de se apelar de certas decisões, as partes se dirigirem, por meio das suas querimas ou querimônias, fazendo suas sopricações ao monarca ou ao Magistrado de grau superior. E o soberano ou o Magistrado superior louvava-se apenas nas razões do suplicante; se, de acordo com elas, entendesse que o direito fora descurado, fazia expedir uma carta de justiça a ser atendida pelo Juiz que prolatou a decisão, desde que a hipótese dos autos fosse "assy como querellou".

Mas as cartas de justiça eram expedidas com base tão-somente nas informações do queixoso. Ao depois, a fim de melhor atender às súplicas dos litigantes e não entravar a administração da justiça, exigiuse do suplicante que, junto à suplicaçao, viesse um transunto do processo afim de ser possível inteirar-se do caso (cf. Moniz de Aragão, 507

... i

ol,

.C:C

m

I ~.ò)

.1.1

TI

, 0)

1

Da correição, cit., p. 11; Buzaid, Do agravo de petição, p. 28 e s.; Moacyr Amaral Santos, Direito, cit., v. 3, p. 123 e s.).

Aí, pois, o gérmen do agravo de instrumento. Não tardou se criassem também outros tipos de agravo, tais como o de petição, o agravo no auto do processo e o de ordenação não guardada.

Conhecemos esses tipos de recursos. Já nos primórdios do Império, aboliram-se os agravos de instrumento e de petição, reduzindo-se ao agravo no auto do processo. Desapareceu, também, o agravo de ordenação mal guardada. Mais tarde reapareceram os agravos de petição e de instrumento, e, finalmente, para colmar o vazio deixado pelo agravo de ordenação mal guardada, surgiu o agravo por dano irreparável.

No que tange à esfera penal, ao tempo do Brasil-Colônia, havia, também, os três tipos de agravo (de petição, de instrumento e no auto do processo). 0 Código de Processo Criminal de 1832 aboliu-os, adotando, contudo, o recurso em sentido estrito, que, de certa forma, substituía os agravos de petição e de instrumento. Em 1871, voltou o agravo no auto do processo "para os incidentes de que dependiam as deliberações do Júri".

Com o advento da República e o conseqüente pluralismo processual, cada Estado-Membro, podendo elaborar seus proprios Códigos, tomou a orientação que bem quis, sem perda da orientação traçada na legislação do Império. Criada a Justiça Federal, logo a seguir se adotou a mesma linha imperial. Mas, a partir de 1898, restaram: apelação, embargos aos acórdãos, protesto por novo julgamento, recurso em sentido estrito e revisão. "0 recurso extraordinário e o habeas corpus, previstos na Constituição de 1891, eram considerados remédios constitucionais" (cf. Florêncio de Abreu, Comentários, cit., p.

179).

Unificada a legislação sobre processo, o primeiro diploma, que é o atual CPP, vigente a partir de U44942, cuidou dos recursos no Título II do Livro 11, considerando como tais: o recurso em sentido estrito, a apelação, o protesto por novo Júri, os embargos declaratórios, a revisão, o recurso extraordinário, a carta testemunhável e o habeas corpus. Em 1952, a Lei n. 1.720-B alterou o art. 609 e criou os embargos infringentes e de nulidade. Não cogitou, pois, dos agravos.

Aliás, quanto ao agravo de instrumento e de petição, foram eles adotados, mas com outro nomenjuris: recurso em sentido estrito. Este, na verdade, substituiu a

ambos. Assim, se o recurso em sentido estrito

508

é interposto por instrumento, o que se verifica nas hipóteses não enumeradas no art. 583, seu procedimento é, mutatis mutandis, o do agravo de instrumento, com esta vantagem: enquanto este, no CPC

ab-rogado, era oponível contra decisões interlocutórias simples especificadas no Código, aquele é oponível contra interlocutórias simples ou mistas (terminativas de mérito) e, até mesmo, de sentença absolutória, tal como ocorre na hipótese do art 411, combinado com o art.

5 8 1, VI.

0 agravo de petição, que se distinguia do agravo de instrumento quanto ao procedimento e quanto às decisões que o comportavam, caracterizava-se pelo fato de o recurso ser interposto por petição, que se juntava aos autos principais e neste se processava. Era oponível contra as denominadas decisões terminativas, equivalentes às decisões interlocutórias mistas do Processo Penal (decisões que trancam a relação processual sem entrar no mérito). Ora, o recurso em sentido estrito, quando se processa nos próprios autos (art. 583), equivale, e com vantagem, ao agravo de peti~ão, porquanto oponível contra decisões interlocutórias simples, mistas (decisões terminativas) e até mesmo de sentença absolutória (art. 411 c/c o art. 581, VI).

A mesma faculdade que, no civel, se atribuía ao Juiz, no sentido de reformar a sua decisão, uma vez interposto agravo de instrumento ou de petição, se permite no recurso em sentido estrito (art.

589 do CPP).

Assim, o recurso em sentido estrito equivale aos dois agravos: o de instrumento e o de petição, que existiam no CPC ab-rogado.

Respeitante ao agravo no auto do processo, que, ao tempo do Iniperio e primórdios da República, era oponível contra decisões sobre incidentes levantados nos julgamentos levados a efeito pelo Tribunal do Júri, foi também abolido pelo atual Código, em face da sua absoluta desnecessidade. A propósito,

Florêncio de Abreu: seria um recurso inútil. Se o julgamento do Júri fosse favorável ao agravante, este não apelaria e o agravo ficaria prejudicado; dele o Tribunal ad quem não tomaria conhecimento. E, se a decisão final lhe fosse desfavorável, nada impediria que levantasse a questão no apelo, sob a forma da preliminar (cf. Comentários, cit., p. 180).

Entretanto, presentemente, além dos recursos especificados no estatuto processual penal, temos ainda o agravo de instrumento, o agravo em execução previsto no art. 197 da LEP, o agravo regimental e, por último, o recurso Í . nomi . nado, a que alude o § 3.'

do art. 625 do citado diploma.

509

il

2. Agravo de instrumento

Aos 2-6-1958, a Lei n. 3.396 criou mais um recurso em matéria criminal: o agravo de instrumento, oponível contra as decisões que denegarem o recurso extraordinário. A propósito, o art. 6.' da referida lei:

"Denegando o recurso, poderá o recorrente, dentro em cinco dias, interpor agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal. Esse recurso subirá instruído com as peças que forem indicadas pelo agravante e, obrigatoriamente, com a certidão do despacho denegatório".

A Suprema Corte, mais tarde, com os poderes que lhe foram confe

ridos pela Emenda Constitucional n. 7n7, dispôs no art. 313, 11 e 111, do

seu Regimento, caber agravo de instrumento, de despacho de Presidente

de Tribunal que não admitir recurso da competência do Supremo Tribu nal Federal e quando se retardar, injustificadamente, por mais de trinta

dias o despacho retrocitado, ou a remessa do processo ao Tribunal.

11:

Posteriormente, a Lei n. 8.038/90, no art 28, ratificou a legislação

Gb.

anterior, mantendo o agravo de instrumento para as decisões denegatórias

de recurso extraordinário e de recurso especial.

Os recursos para a Suprema Corte são, de regra, oponíveis de de-1

1

cisões de única ou última instância, quando se tratar de recurso extraor

dinário; das decisões proferidas em única instância, pelos Tribunais

0¥%. Superiores, se denegatórias de habeas corpus, habeas data, mandado 4k

de segurança e mandado de injunção. Nos processos por crime político,

1 1

~h)

o Supremo Tribunal Federal foi alçado à posição de órgão de 3.'

grau,

apreciando as quaestiones facti e as quaestiones juris.

jo. 1

Em qualquer desses casos, se no Tribunal a quo houver denegação,

22

atraso por mais de 30 dias na prolação do despacho de admissibilidade

do recurso ou para a remessa do processo ao STF, é cabível o agravo de

instrumento, com esta particularidade: se se tratar de recurso extraordi

nário, o agravo de instrumento deve obedecer às disposições do art.

28

da Lei n. 8.038/90 e ao parágrafo único do art. 523 do CPC. Observe se que esse parágrafo passou a ser objeto do § 1.' do art. 544 do CPC.

Assim, o agravo será instruído com as seguintes peças: cópia do acórdão

4

recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contra

razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das

procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

Nos

demais casos, o agravo de instrumento deve obedecer aos arts. 522 e 524 a 529 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 9.139/95. E por quê?

510

Pela simples razão de o art. 28 da Lei n. 8.038/90 cuidar, apenas, da decisão consistente em denegação de recurso extraordinário e especial. Já o art. 522 do CPC prevê o agravo para combater decisões outras. Sabemos que o rito do agravo de instrumento é aplicável às hipóteses de correição parcial e de agravo em execução. Para esses casos, o rito

1

e o previsto nos arts. 522 e 524 a 529 do CPC. E possível, até, que o direito pretoriano, por analogia, venha a entender que em todo e qualquer caso de denegação de recurso que deva subir ao STF ou STJ

o agravo terá o procedimento traçado nos arts. 544 e 545 do CPC, com aquele acréscimo previsto no art. 527, 111, do mesmo diploma. E se o agravo, na hipótese prevista no art. 28 da Lei n. 8.038190, for denegado pelo Tribunal a quo? Com ou sem a resposta, e em face das Resoluções n. 140, de L'-2-1996, do STF, e n. 1, de 31-1-1996, do STJ, não haverá o juízo de admissibilidade no Tribunal a quo, pelo que não se admite a denegação do agravo. Assim, nos termos do art. 3.' da Resolução n. 140 do STF, "oferecida oujnão a resposta, o instrumento será remetido ao Supremo Tribunal FederaU. E o

art. 3.' da Resolução do STJ é mais incisivo: "a seguir (após a resposta ou não do agravado), será o recurso de imediato remetido ao Superior Tribunal de Justiça".

0 prazo para a interposição do agravo de instrumento quando há denegação de recurso extraordinário (e de recurso especial, como veremos logo em seguida) é de cinco dias, e não de dez, porque, consoante o entendimento do STJ (RSTI, 83/320), a Lei n. 8.950/94, relativa ao Processo Civil, não revogou a lei anterior (Lei n. 8.038190) no que respeita ao Processo Penal.

E perguntamos: de que prazo disporá o agravado, nessa hipótese, para ofertar as suas contra-razões? Quando se trata de recurso em sentido estrito, o art. 588 do CPP confere o prazo de dois dias ao recorrente e... "igual prazo para o recorrido". 0 art. 600 do mesmo estatuto, cuidando da apelação, dispõe que " ... o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões". 0 mesmo ocorre com a carta testemunhável (art. 643 do CPP). No que tange aos recursos extraordinário e especial, dispõe o art. 27 da Lei n. 8.038/90 que o recorrido será intimado,

"abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contrarazões". Já no que diz respeito ao agravo de instrumento, seja para os feitos cíveis, seja para os criminais, a Lei n. 8.038/90 silencia.

Por que o silêncio? Pela simples razão de o procedimento do agravo, inclusive o prazo para o agravado, estar previsto no 511

il.

. t ~~#

i1,0

13

CPC. Assim, o agravo contra decisão denegatória de recursos extraordinário e especial é oponível no prazo de cinco dias, observado o disposto no § 1.' do art. 544 do CPC. E qual o prazo para o agravado contraminutar? Ante o esquecimento do legislador, quanto ao Processo Civil, aplica-se a regra do art. 527, 111, do CPC (10 dias). E para o Processo Penal? Teremos de invocar o princípio da par conditio ou da paridade de armas: se o agravante dispõe de cinco dias, igual prazo deve ser concedido ao apelado, não só para contraminutar como, inclusive, para juntar cópias de peças que entender convenientes.

Não houve previsão legislativa... precisamos invocar o princípio do contraditório...

0 agravo deve ser remetido diretamente ao Tribunal competente por petição, observados os requisitos no art. 524: a) a exposição do fato e do direito; b) as razões do pedido de reforma da decisão; c) o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo (na hipótese de ação penal privada). Sendo pública a ação, o nome e o endereço completo do Defensor e a indicação do Procurador que atuou no feito. Mesmo quanto ao Defensor, se foi constituído apud acta, nos termos do art. 266 do CPP, cremos, o agravo deve ser instruído com cópia do interrogatório. No Tribunal a quo será observado o disposto no iric. 111 do art. 527, e, decorrido o prazo de cinco dias, com as razões ou sem elas e semjuizo de admissibilidade, os autos são remetidos ao STF ou STJ, conforme o caso, e lá, no Tribunal ad quem, serão observados os §§ 1% 3.' e 4.' do art. 544 e o art. 545, todos do CPC.

Tratando-se de recurso especial, sua denegação pela Presidência do Tribunal a quo comporta agravo de instrumento, como dispõe o art. 28 da Lei n. 8.038/90 combinado com o § 1." do art. 544 do CPC. E se o despacho denegatório, ou a remessa do processo ao STJ, se retardar, injustificadamente, por mais de 30 dias? A míngua de disciplinamento da matéria, parece-nos que a solução é a

reclamação, dirigida ao Presidente do STJ, nos termos dos arts. 13 a 18

da Lei n. 8.038190. A interposição de agravo, nesse caso, tal como ocorre no STF, tem sua razão de ser, posto ter sido ele autorizado pela Emenda Constitucional n. 7n7 a legislar sobre matéria da sua competência.

Se houver denegação de recurso ordinário-constitucional, da competência do STJ, oponível das decisões que denegam habeas corpus, ante a falta de previsão legislativa, parece-nos que a medida cabível é a reclamação de que tratam os arts. 13 a 18 da Lei n. 8.038/90, a menos que o direito pretoriano venha a estender-lhe o agravo, tal como traçado no art. 28 da Lei n. 8.038/90.

512

Se o agravo visar ao combate da decisão que denegar recurso extraordinario ou especial, este o seu procedimento: deverá, embora dirigido ao STF ou STJ, ser interposto diretamente ao Tribunal a quo, no prazo de 5 dias, a partir da intimação do despacho denegatório, por meio de petição, que conterá:

a) a exposição do fato e do direito;

b) as razões do pedido de reforma da decisão; c) o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.

Parece lógico que a exigência da alínea c somente será observada na hipótese de se tratar de ação penal privada, quando há dois Advogados (do querelante e do querelado). Sendo de ação pública, apenas o nome e endereço do Advogado, salvo se houver assistente e este for o agravante.

0 agravo de instrumento será instruído com as peças que forem indicadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não-conhecimento, cápia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos Advogados do agravante e do agravado (exigência que se faz na hipótese de ação penal privada).

As peças que instruírem o agravo devem estar devidamente autenticadas, a teor do art. 384 do CPC e parágrafo único do art. 232 do CPP.

Cuidando-se de crime de ação penal exclusivamente privada, acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno.

No prazo do recurso, a petição, devidamente instruída, deverá ser protocolada na Secretaria do Tribunal.

Chegando o recurso no Tribunal a quo, cumprirá ao seu Presidente determinar a intimação do agravado para apresentar as suas contra-razões, no prazo de 5 dias, facultando-se-lhe requerer ajuntada de cópias das peças que entender úteis, tal como dispõe o art. 527, 111, do CPC. Tomadas essas providências, e não havendo juízo de admissibilidade no Tribunal a quo, com ou sem a resposta do agravado, os autos do agravo devem ser encaminhados ao STF, se recurso extraordinário, ou ao STJ, se especial. Distribuído, cabe ao Relator o juízo de admissibilidade. Se negar seguimento ou provimento ao agravo de instrumento, caberá agravo para o órgão julgador no prazo de 5 dias. Poderá também o relator, a teor do art. 558

513

do CPC, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa

resultar lesão grave e de diftcil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão 1 1

:

até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (0 trecho por nós grifado tem aplicação na área criminal por analogia.) Se o Tribunal der provimento ao agravo, surgem duas situações: a) se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso denegado (especial ou

extraordinário), o relator deverá determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento do recurso extraordinário ou especial, conforme o caso (§§ 3.' e 4.' do

1

art. 28 da Lei n. 8.038/90); b) não estando devidamente instruído o instrumento do agravo, será dirigido ofício ao Tribunal a quo para

. 1.1 diligenciar a remessa dos autos do recurso denegado.

lk%., 3. Agravo em execução

Além do agravo de instrumento de que trata, especificamente, o art. 28 da Lei n. 8.038/90, e que já havia entre nós desde o advento da Lei n.

3.396, de 2-6-1958, foi introduzida

outra modalidade de agravo, pela Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal.

A propósito, o art. 197 desse diploma legal: "Das decisões proferidas pelo Juiz (das execuções) caberá

recurso de agravo, sem efeito suspensivo".

Tal agravo ficou conhecido, na doutrina, como agravo em execução, porquanto admitido, apenas, nas hipóteses ali tratadas. 0 legislador, entretanto, não disciplinou seu procedimento. Então, como no nosso ordenamento há 5 tipos de agravo - o de instrumento (disciplinado nos arts. 522 e 524 a 529 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei n. 31,

9.139, de 30-11-1995), cujo prazo de interposição é de 10 dias, o de instrumento exclusivo para combater decisão que denegue recurso extraordinário ou especial (disciplinado no art. 28

e parágrafos da Lei n. 8.038/ 90), o em execução, o retido e o regimental, afastados, por força de lógica e compreensão, os dois últimos, restam o agravo de instrumento, que vem disciplinado nos arts. 522 e 524 a 529 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 9.139/95, e o previsto nos arts. 544/545 do CPC.

Sem sombra de dúvida, portanto, o rito do agravo de que cuida o art. 197

da LEP é o do agravo de instrumento, já referido. Pode parecer absurdo, mesmo porque esse agravo em

execução é de uso quase restri-

514

to de membros do Ministério Público e de pessoas recolhidas à prisão, e para estas o procedimento semelhante ao do recurso em sentido estrito é muito mais racional. Todo esse mal advém da

circunstância de o legislador não atentar para o fato de que não temos o disciplinamento do agravo no Processo Penal. Como há agravo no Processo Penal, sem o disciplinamento, os aplicadores do direito invocam o procedimento traçado no Processo Civil, por analogia. Daí todo esse transtorno injustificado. 0 legislador, em vez de facilitar, complica.

Assim, deve ser interposto no prazo de 10 dias (art. 522 do CPC), por meio de petição contendo a exposição do fato, do direito, das razões do pedido de reforma da decisão e o nome e endereço completo dos Advogados que intervierem no incidente.

Cumprirá ao agravante instruir o recurso com o traslado da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, das procurações outorgadas aos Advogados e de outras peças que lhe parecerem úteis.

1

18

Três dias apos a interposição do recurso, cumprirá ao agravante providenciar a juntada aos autos do incidente de cópia da petição do recurso com o comprovante da sua interposição. Se por acaso o Juiz reformar a sua decisão, feita a comunicação ao Tribunal, este julgará prejudicado o agravo. Se isso não ocorrer, no Tribunal, feita a distribuição, se o relator não o indeferir liminarmente (arts. 527 e 557 do CPC), poderá requisitar informações ao juízo a quo e conferir-lhe efeito suspensivo (arts. 527 e 558 do CPC). Cumprir-lhe-á, na mesma oportunidade, determinar a intimação do agravado por ofício para que responda, no prazo de 10 dias, juntando, inclusive, peças do processo, se entender conveniente. Após, devem os autos ser remetidos à Procuradoria-Geral da Justiça para a sua manifestação, dentro no prazo de 10 dias. Colhido o

parecer, os autos retornam ao Tribunal, devendo o relator, dentro em 30 dias, pedir data para julgamento.

No Estado de São Paulo, contudo, o agravo em execução, estranhamente, seja no Tribunal de Justiça, seja no Tribunal de Alçada, seja na Vara das Execuções Penais, apresenta um rito misto do recurso em sentido estrito e do agravo de instrumento, tal como existia antes da Lei n. 9.139/95. Ele é interposto por petição, contendo a exposição do fato, do direito, das razões de pedido de reforma da decisão (observa-se, aqui, o procedimento do agravo). A petição é juntada aos autos do incidente (já agora o rito é o do recurso em sentido estrito). Intimado o

515

1

i

i

1

agravado, este pode apresentar suas contra-razões. Em seguida, vem o juízo de retratação. Mantida a decisão, os autos sobem ao Tribunal (procedimento do recurso em sentido estrito). Distribuído, os autos vão a

Procuradoria, para sua manifestação, e, retomando ao Tribunal, observarse-á o art. 610 do CPR

Quando o agravo em execução puder causar qualquer emban execução, ele se processará em separado. Nesse caso, cumpre ao vante, em sua petição, contendo a exposição do fato, do direito, e motivos da reforma da decisão, requerer o traslado das peças qu tender úteis (decisão agravada, certidão da

respectiva intimação, pr ração outorgada aos Advogados que intervierem no incidente e o peças que lhe parecerem úteis). Formado o instrumento pelo escri colhidas as

contra-razões do agravado, os autos irão ao Juiz para o desp de reforma ou

sustentação da decisão. Mantida, os autos subirá Tribunal, obedecendo-se ao disposto no art. 610 do

CPP (tal qu recurso em sentido estrito).

i 00 Mesmo com as profundas alterações introduzidas no agrav 1

:

1 1

instrumento pela Lei n. 9.139, de 30-11-1995, o agravo em exec continuou com o mesmo ritual. Ainda que o agravo venha a proce se em separado, observam-se os arts. 587 a 591 do CPP.

Nos demais Estados, todavia, corretamente, o rito é o mesm agravo de instrumento, tal como disciplinado no novo diploma. Ç nos parecer, entretanto, que o legislador

divorciou-se da realidade. vez até tivesse os olhos voltados para o Processo Civil, olvidandc o agravo no Processo Penal não tem disciplinamento próprio...

Agora, em face do novo procedimento do agravo, cuja entrac Tribunal fica a cargo do agravante, não pode haver possibilidad denegação na inferior instância. Poderá ser

indeferido liminarmente relator, na hipótese do art. 557 do CPC. Não pelo Juiz. Em São P entretanto, continua em vigor o entendimento de que o agravo em cução e interposto

perante o Juízo das Execuções, e, desse mod indeferido for, caberá a carta testemunhável, consoante dispõe

814 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

ffil ~I 1

4. Agravo regimental

Os Regimentos Internos dos Tribunais prevêem o recurso de agravo contra despacho do respectivo Presidente ou de Turma, ou, ainda, de 516

Relator. E, como a fonte normativa desse agravo é o Regimento, recebeu ele a denominação agravo regimental. Seu procedimento é variável de Regimento para Regimento.

Assim, tomando a parte interessada ciência de despacho do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma, da Seção ou do Relator, dês que tal despacho lhe cause um prejuízo, poderá interpor, no prazo de 5 dias, agravo regimental. A interposição deve ser feita em petição dirigida ao prolator do despacho impugnado, contendo a exposição do fato e do direito e das razões do seu pedido de reforma.

Dando entrada na Secretaria do Tribunal, será protocolado e, inaudita altera parte (sem se colher a manifestação da parte contrária), encaminhado ao prolator do despacho, que terá duas alternativas: a) reconsiderar o despacho impugnado; b) submetê-lo à decisão do órgão competente para julgar o feito em que se proferiu o despacho agravado (Plenário, Turma, Grupo de Câmaras, Câmara ou Seção Criminal), sendo computado o voto do Relator.

Nos Regimentos Intewnos, o agravo regimental não tem efeito suspensivo, e, uma vez provido, cabe ao órgão julgador apreciar a matéria, cujo conhecimento foi obstado pelo despacho agravado.

5. Recurso inominado

Nas hipóteses de revisão criminal, distribuído o requerimento, se o Relator julgar insuficientemente instruído o pedido e inconveniente ao interesse da justiça que se apensem os autos originais, indeferi-lo-á in limine, dando recurso ao órgão competente para julgar a revisão (Plenário, Seção Criminal, Grupo de Câmaras). E como soa o § 3.'

do art. 625 do CPR Não disse a lei qual o recurso, mas deixou entrever deva ele ser previsto nos Regimentos Internos dos Tribunais. Nenhum Tribunal, ao que nos consta, deu a tal recurso outra roupagem que não a do agravo regimental. Este, pois, o oponível, pelo menos no STF (Reg. Int., art. 317), no Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (Reg. Int., art. 212). Diga-se o mesmo

quanto ao Tribunal de Justiça de São Paulo (Reg. Int., art. 591, §

L'); STJ (Reg. Int., art. 258) e nos Regimentos Internos dos nossos Tribunais Regionais Federais.

517

1~T

. C '~1

capítulo 70

Recurso Ordinãrio

Constitucional

1 -h

SUMARIO: 1. Os três tipos de recurso ordinário-constitucional. 2. 0

recurso criminal ordinário-constitucional previsto no art. 102, 11, b, da Lei Básica. 3. Providência contra a denegação do recurso criminal ordinário-constitucional. 4. 0 outro tipo:

recurso ordinário-constitucional. 5. Procedimento do recurso ordináriooconstitucional para o STR 6. Recurso ordinário-constitucional para o STJ.

Procedimento.

1. Os três tipos de recurso ordinário-constitucional Diz a Constituiç49, no art. 102, 11, competir ao STF, julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político.

Por outro lado, no art. 105, 11, prescreve a Magna Carta competir ao STJ

julgar, em recurso ordinário:

a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; 519

1

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Dis trito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

Há, pois, três tipos de recurso ordinário-constitucional: a) recur so ordinário-constitucional com fundamento no art. 102, 11, a, da CF, e dirigido ao STF; b) recurso ordinário-constitucional dirigido ao STJ, nas hipóteses previstas no art. 105, 11, a e b, da Magna Carta; e final mente, c) o recurso ordinário que passaremos a denominar recurso cri minal ordinário-constitucional, na hipótese prevista no art. 102, 11, b, da CF, e dirigido ao STF.

2. 0 recurso criminal ordinário-constitucional previsto no art.

102, 11, b, da Lei Básica

Os crimes políticos, ao tempo da Constituição de 1891, eram da

alçada dos Juízes Federais, com recurso ordinário para o STF.

Com a

o

é@

Constituição de 1946, tal competência se deslocou para os Juízes Esta

1

duais, porque não tínhamos Justiça Federal de 1.' grau.

Contudo, a com

o b,

petência do STF, para deles conhecer em recurso ordinário, continuou. Agora, com a nova Constituição, o processo e julgamento dos crimes políticos ficaram afetos à Justiça Federal, com recurso ordinario para o STF. E por que assim? Pelo simples fato de "os crimes políticos trans cenderem às vítimas para atingirem, diretamente, a organização e fun cionamento das instituições".

Na vigência da Constituição anterior, os crimes contra a segurança nacional eram da alçada da Justiça Militar Federal, com recurso para o STM. Mas, se se tratasse de civil, ou Governador ou Secretário de Es tado, se condenatória a decisão, cabia para o STF recurso ordinário. Era o recurso criminal ordinário-constitucional. 0 STF, então, exami nava as quaestiones facti e as quaestiones juris, tal como age o Tribu nal de Justiça ao apreciar um recurso de apelação. 0 STF funcionava,

pois, naqueles casos, como órgão de 3.' grau.

Quer-nos parecer que o STF, nesse recurso criminal ordinário constitucional (para apreciar, em última instância, o crime político), continua como órgão de 3.' grau, à maneira do que ocorria no direito anterior. Assim, proferida a decisão pelo Juiz Federal, a parte sucumbente

poderá recorrer para o TRF respectivo e, após a decisão desse orgão,

ainda será possível recurso ordinário para o STF, que apreciará as questões

1

520

de fato e de direito, como se fora uma segunda instância. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "... da decisão de última instância do tribunal competente caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal" (Comentários à Constituição brasileira de 1988, Saraiva, 1992, v. 2, p. 225).

Insta esclarecer que, ao contrário do que ocorria anteriormente, quando se procurava dar maior proteção ao civil, que, nesses crimes, era julgado pela Justiça Militar, a Constituição atual, não tendo feito qualquer restrição, deixou transparecer, claramente, que esse recurso ordinário destinado ao STF poderá ser interposto tanto pelo acusado como pelo acusador. E o Prof. Manoel G. Ferreira Filho acrescenta, com razão: "Não há justificação para isso" (Comentários, cit., v. 2, p. 225).

Mas, que se entende por crime político?

A nossa Constituição não o definiu, e, como não o fez, deve-se entender que o seu concei~o é aquele existente na doutrina. A propósito desse conceito, RV, 108/18. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, apos dizer inexistir entre nós uma expressa definição de quais sejam os crimes que devam ser considerados políticos, sustenta: "Logicamente, assim são considerados os delitos contra a ordem política e social" (Comentários à Constituição brasileira, 2. ed., Saraiva, 1983, p.

609). Basileu Garcia fala de crimes políticos puros e delitos políticos relativos ou conexos. Os primeiros só atentam contra a ordem política do Estado. Os segundos, além de ofenderem a ordem pública, infringem o direito comum (cf. Instituições de direito penal, 2. ed., 1954, v. 1, p. 208). Para Pinto Ferreira, somente delitos políticos puros seriam crimes políticos, conforme a Constituição. Já Ambal Bruno estabelece duas categorias: os que ofendem a organização política do Estado são os próprios; e, impróprios, os que acometem

um direito político do cidadão. E ainda: os crimes políticos para os que têm exclusivamente caráter político e os políticos relativos, compreendendo os complexos ou mistos, que ofendem ao mesmo tempo um direito político e um bem jurídico tutelado pelo direito comum (apud Pinto Ferreira, Comentários à Constituição brasileira, v. 1, p. 174).

Ao lado do crime político, o crime de opinião "que é o abuso da liberdade de pensamento, pela palavra, imprensa, rádio, televisão ou qualquer meio de comunicação" (Pinto Ferreira, Comentários, cit., v. 1, p. 174). Compete ao STF, nos termos da Lei n. 6.815/80, art. 77, 521

i

1

§ 1% dar a qualificação do fato delituoso, como crime político, quando a matéria for ventilada em pedidos de extradição.

Muitas das infrações previstas na Lei de Segurança Nacional, porque crimes contra a ordem política e social, não deixam de ser crimes políticos. Veja-se, nesse sentido, Mirabete, Processopenal, p.

666. Assim, processado alguém por um crime político (pouco importando se o agente é militar ou civil), poderá haver recurso para o TRF competente.

Da decisão desse Tribunal admite-se, ainda, possa a parte sucumbente interpor para a Excelsa Corte o recurso criminal ordinário-constitucional e cujo procedimento deverá ser aquele mesmo traçado nos arts. 307 e s. do Regimento Interno do STF, no que for aplicável. Assim, o prazo para a interposição deve ser de 3 dias, sendo de 5 o prazo para razões e contra-razões.

Sustenta-se que o crime político não existe. Quer-nos parecer o contrário. Os ordenamentos jurídicos, de modo geral, inclusive o nosso, prevêem figuras delituais penais contra a ordem política e social. A Lei de Segurança Nacional é exemplo disso. Levando-se em conta os objetivos do agente, o fazer, em público, propaganda de processos violentos para a alteração da ordem política ou social, ou de guerra; incitar à subversão da ordem política ou social; tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos

Poderes da União ou dos Estados; atentado contra o Presidente da República, tudo são exemplos de crimes políticos. É verdade que o Brasil não permite a extradição em se tratando de crime político.

Entretanto, se um brasileiro ou estrangeiro praticar aqui um crime que atente contra a nossa ordem política ou social, será punido.

Como se cuida de crime de caráter político, se alguém o cometer aqui, sera punido. Mas, se o fizer aliunde, e vier para o Brasil, não se concederá a extradição, pela mesma forma que, se um brasileiro o cometer aqui e for para o exterior, também será negada a extradição. Esta geralmente é orientada nos tratados e convenções internacionais, de harmonia com determinadas regras, dentre as quais avultam a de não se permitir, em se tratando de seus nacionais, salvo quanto à Inglaterra e aos Estados Unidos, que a permitem em regime de reciprocidade, não se extraditam criminosos acusados de crimes políticos, nem se extraditam os criminosos a punir pelo país onde se encontram.

Note-se que o nosso CP, no art. 64, 11, não considera a condenação por crime político para efeito de reincidência. É sinal, pois, de que ele existe.

522

3. Providência contra a denegação do recurso criminal ordináriooconstitucional

Se, porventura, o recurso criminal ordinário-constitucional for denegado, ou o despacho sobre a sua admissão for retardado, injustificadamente, por mais de 30 dias, ou se a remessa dos autos ao STF

não ocorrer dentro nesse prazo, será oponível o agravo de instrumento, nos termos do art. 313 do Regimento Interno do STF.

4. 0 outro tipo: recurso ordinário-constitucional Há, por outro lado, com previsão no art. 102, 11, a, da Lei Maior, outro recurso ordinário. 0 adjetivo ordinário, aqui, está em oposição a extraordinário. Neste de que estamos tratando, ele é oponível contra as "decisões de única instância proferidas pelos Tribunais Superiores, denegatórias de habeas copus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção". Assim, se impetrada uma ordem de habeas corpus, originariamente, ao STJ, ao TSE ou ao STM, se denegatória a ordem, cabível

será o recurso ordinário-constitucional para o mais alto Tribunal do País, que é o STE A Constituição fala em "única instância". Desse modo, impetrado um habeas corpus junto ao TRF, ou Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada, por exemplo, se denegatória a ordem, cabera recurso ordinário para o STJ, e se este também o denegar, não haverá outro recurso ordinário para o STF

porque, neste caso, a decisão denegatória não foi proferida em "única instância", mas em "última instância". Poderá, isto sim, ser impetrada ordem de habeas corpus, nesse caso, ao STF, com fundamento no art. 102, 1, i, da CF.

0 procedimento desse recurso é um só, como veremos a seguir.

S. Procedimento do recurso ordinário-constitucional para o STF

0 recurso ordinário-constitucional é interposto por meio de petição dirigida ao Presidente do Tribunal que denegou a ordem de habeas corpus, dentro do prazo de cinco dias, a partir da intimação.

Com a petição, apresentam-se as razões do pedido de reforma. 0 recurso será juntado aos autos do habeas corpus e encaminhado ao Presidente para o juízo de admissibilidade. Pelo menos é assim no STJ, segundo dispõe

o art. 270 do seu Regimento Interno. Admitido o recurso, deverá ele ser encaminhado ao STF. Chegando os autos à Secretaria deste Tribunal, será ele distribuído a uma das Turmas (1.' ou 2.') e, ao mesmo tempo, a um Ministro Relator. Este, então, determinará a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República para que se manifeste em 48

horas. Conclusos os autos ao Relator, este submeterá o feito a julgamento ao Plenário, nos termos dos arts. 310 a 312 do Regimento Interno da Suprema Corte. Se o Advogado quiser, poderá fazer sustentação oral, no prazo de 15 minutos. óbvio: quando o Advogado se dispuser a fazer sustentação oral, deverá avisar à Secretaria, com anterioridade, ainda que de minutos, pois, não o fazendo, logo após o relatório o Ministro Relator passa a emitir seu voto, tornando-se, agora, impossível a sustentação.

Se no Tribunal a quo o recurso for denegado, ou se retardar, injustificadamente,

por mais de 30 dias, o despacho do Presidente, admitindo-o ou não, ou se esse mesmo atraso disser respeito à remessa dos autos ao Tribunal ad quem, poderá o interessado interpor agravo de instrumento (nos termos do art. 313 do Reg. Int. da Suprema Corte, e cujo procedimento vem traçado nos arts. 522 e 529 do CPC).

E se o Tribunal a quo conceder a ordem? Sendo ele o STM, o TSE ou STJ, e dês que tenha havido ofensa à Constituição, caberá recurso extraordinário para o STF. E se a decisão concessiva

proferida por um desses Tribunais violentasse lei federal ou Tratado? A rigor seria oponível recurso especial. Contudo, como este não pode ser interposto de decisões dos Tribunais Superiores, a decisão ficaria irrecorrível. 0 recurso especial é interposto das decisões dos Tribunais Federais ou Estaduais, nos precisos termos do art. 105, 111, a, b e c, da CF.

Se a ordem for concedida pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, havendo ofensa à Magna Carta, poderá ser interposto recurso extraordinario para o STF.

Se a concessão por esses Tribunais contrariar Tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência; se julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da lei federal ou se der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal, oponível será o recurso especial para o STJ.

Parte legítima para interpor recurso extraordinário das decisões concessivas de habeas corpus poderá ser: a) o órgão do Ministério Público que atuar junto ao Tribunal que concedeu a ordem; b) o querelante.

Quanto ao assistente de acusação, nega-lhe tal direito a Súmula 208 da Excelsa Corte. In verbis: "0 assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus". Diga-se o mesmo em se tratando de recurso especial.

6. Recurso ordinário-constitucional para o SU Procedimento 0 último caso de recurso ordinário-constitucional foi criado pela Constituição de outubro de 1988.

Ele vem previsto no art. 105, 11, a, b e c, da Magna Carta. Desses casos interessam-nos apenas os previstos nas letras a e b:

a) das decisões denegatórias de habeas corpus proferidas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais Estaduais e pelo Tribunal do Distrito Federal e Territórios; b) das decisões denegatórias de mandado de segurança proferidas em unica ou última instâacia pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal e Territórios.

1 .

0 recurso será interposto dentro no prazo de 5 dias nos proprios autos do habeas corpus, devendo o recorrente, junto com a petição, apresentar de logo as razões do pedido de reforma (art. 30 da Lei n. 8.0381 90). A petição é endereçada ao Presidente do Tribunal a quo.

Chegandolhe os autos conclusos, cumprir-lhe-á determinar seu seguimento ao STJ, salvo se intempestivo. Nesse sentido o art. 261

do Regimento Interno do TRF da 3.' Região. No STJ, serão eles distribuídos a uma das Turmas (5. ou 6 a) e ao Relator. Este deverá determinar sua remessa à ProcuradoriaGeral da República para em 48

horas emitir seu parecer. A seguir, retomando os autos ao Tribunal, o Relator submeterá o feito a julgamento na primeira sessão que seguir à data da conclusão, nos termos do parágrafo único do art. 245

do Regimento Interno do STJ. Quando do julgamento poderá haver sustentação oral, pelo prazo de 15 minutos, devendo o Advogado, com certa antecedência (30 ou 10 minutos), comunicar seu propósito a quem estiver secretariando a Turma. Do contrário, logo após o Relatório, o Ministro Relator passa a emitir seu voto, tornando impossível a sustentação oral. Após a sustentação oral, quando o Ministro Relator ou qualquer outro estiver fazendo uso da palavra, nada impede que o Advogado peça a palavra pela ordem, apenas para prestar esclarecimento sobre matéria de fato, se necessário, claro. Nesse sentido, o § 2.' do art. 151 do Regimento Interno do STJ.

525

1

E se o Presidente do Tribunal a quo, mesmo tempestivo o recurso, não o admitir? Embora não tenha havido previsão, oponível será o agravo de instrumento. Ou, se este não for a medida cabível, então o sucumbente poderá fazer uma reclamação ao STJ, que procurará preservar-lhe a competência, nos termos do arl 187 do seu Regimento Interno.

0 Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuidando desse recurso, estabelece, no seu art. 866, § 4.', dever ser colhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, após o que os autos serão conclusos ao Presidente da Seção para o juízo de admissibilidade, por delegação do Presidente do Tribunal.

Se no Habeas Corpus o Ministério Público é ouvido apenas como custos legis, e assim mesmo na instância superior (observe-se que na primeira instância, impetrada ordem de Habeas Corpus, não se ouve o Promotor de Justiça), não nos parece deva ser ouvido o ProcuradorGeral de Justiça quando da interposição de recurso ordináriooconstitucional, mesmo porque, chegando os autos ao STJ, após a distribuição às Turmas, serão eles encaminhados à Subprocuradoria da República, para que se manifeste a respeito.

Mais lógicos nos parecem os Regimentos Internos dos Tribunais Regionais Federais, estabelecendo que "interposto o recurso, os autos serão conclusos ao Presidente do Tribunal, até o dia seguinte ao do último do prazo, que decidirá a respeito do seu recebimento. Ordenada a remessa, por despacho do Presidente, o recurso subirá dentro de 48

horas".

A ouvida da Procuradoria-Geral de Justiça, sobre ser desnecessária (porquanto a Subprocuradoria da República falará), carreta delonga no julgamento da causa, incompatível com a celeridade que se deve imprimir aos processos de Habeas Corpus.

526

capitulo 71

"Habeas Corpus"

SUMÁRIO: 1. Histórico. 0 habeas corpus no Brasil. 2. A entrada dq habeas corpus em texto constitucional brasileiro. A polêmica entre Rui e Pedro Lessa. 3. A reforma constitucional de 1926 e as demais Constituições até a atual. 4. Natureza jurídica

do habeas corpus. 5. 0 habeas corpus como verdadeira ação. 6. Quem pode impetrar. 7. Relaxamento da prisão. 8. 0 constrangimento. 9. 0 recurso ex officio. 10. Competência originária. 11. Competência recursal. 12. 0

recurso ordináriooconstitucional e

o agravo de instrumento. 13. 0 habeas corpus na Justiça Militar. 14.

Casos especiais. 15. Observações. 16. 0 órgão competente dos Tribunais para julgar. 17. Quando o constrangimento é ilegal. 18. Salvo-conduto.

19. 0 habeas corpus tranca o

processo? 20. Apresentação do paciente. 21. Sanções. 22. Pedido de informações. 23. Intervenção do Ministério Público. 24. Como pode ser impetrada a ordem de habeas corpus. 25. Concessão. 26. Liminar em habeas corpus. 27. Extensão. 28.

Reiteração. 29. Recursos extraordinário e especial. 30. Nãocabimento de habeas corpus. 31. Ato de particular. 32. Problemas especiais. 33.

Mandado de segurança.

1. Histórico. 0 "habeas corpus" no Brasil 0 habeas corpus entrou, pela primeira vez, na nossa legislação, em 1832, com a promulgação do Código de Processo Criminal, cujo art. 340 dispunha: "Todo o cidadão que entender que ele ou outrem 527

~1 1)

... i

121

m lì

i h~

sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor".

Mas José de Alencar achava que o instituto deitava raízes na própria Constituição Imperial. "Entendo", dizia ele, "que, embora caiba aos autores do Código de Processo a glória de terem compreendido e tratado de desenvolver o pensamento constitucional, todavia, o habeas corpus é uma instituição constitucional, o habeas corpus está incluído, está implícito na Constituição, quando ela decretou a independência dos Poderes e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer tudo quanto entende com a inviolabilidade pessoal"

(apud João Mendes Jr., 0 processo criminal brasileiro, 1911, v. 2, p. 256).

De uma forma ou de outra, uma coisa é certa: não o conheceu o Brasil-Colônia. Àquela época, a medida destinada a tutelar a liberdade individual era o interdito De homine libero exhibendo. Parte da doutrina faz referência, também, às Cartas de Seguro do velho sistema português, que vigoraram entre nós ao tempo do Brasil-Colônia.

Entretanto, parece-nos, elas visavam, apenas, à concessão de liberdade provisória. Foi contudo com o habeas corpus que o direito individual encontrou a sua maior proteção.

Os doutrinadores, de modo geral, entendem que as suas origens remontam à Magna Charta Libertatum, promulgada por João Sem Terra, cedendo às pressões do clero, condes e barões. Na

verdade, contase que, por volta do ano 1200, na Inglaterra, o monarca João Sem Terra (assim chamado porque seu pai, Henrique 11, ao repartir as terras com os filhos, nada lhe atribuiu), um ano após a ascensão ao trono, estava cobrando

impostos escorchantes e efetivando detenções injustas. Havia um despotismo sem limites. A opressão não encontrava barreiras. A tal ponto chegou a ruindade do monarca que o Papa Inocêncio 111 o excomungou. 0 povo inglês, sempre cioso de suas liberdades, não admitia aquele estado de coisas, e por isso o descontentamento ia crescendo. Por volta de 1213, na Igreja de São Paulo, em Londres, o,arcebispo de Canterbury, Etienne de Langton, fez um sermão que serviu para inflamar, mais ainda, os sentimentos libertários do povo inglês. Finalmente, os barões, que tinham o apoio dos clérigos, marcharam sobre Londres e, no dia 15 de junho de 1215, João Sem Terra outorgou a Magna Charta Libertatum "vel concordia" inter regem Johanem et Barones nos moldes da petição formulada pelos barões com o auxílio dos clerigos, que dominavam o direito e o latim.

i1~

0 próprio título já demonstra que aquele diploma indicava um acordo entre o rei e os barões. Estes, ao contrário do que se pode pensar, não representavam a nobreza propriamente dita; eram os cavaleiros que acompanharam, nas Cruzadas, o rei Ricardo 1, cognominado Coração de Leão, irmão mais velho de João Sem Terra, e que, ao retornarem da guerra, receberam, como recompensa, terras isentas de impostos, denominadas baronias. Daí o nome "barão", que não era título honorífico, mas designativo do proprietário daqueles pequenos feudos. Essa contraprestação se deveu, inclusive, ao fato de aqueles cavaleiros terem auxiliado Ricardo 1 a reconquistar o trono usurpado pelo seu irmão João, durante a cruzada que empreendeu à Terra Santa. 0 art. 48 daquele diploma dispunha: "Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares, de acordo com as leis do país" (... by the law of the land ...), expressão que mais tarde, na emenda constitucional americana, recebeu a denominação due pçocess of law.

Embora promulgada em junho de 1215, freqüentemente era desrespeitada, e, em agosto daquele mesmo ano, João Sem Terra revogou a Great Charter. Logo em seguida, porém, no ano de 1216,

com a sua morte, ascendeu ao trono Henrique 111, seu filho, que a fez restabelecer.

Não obstante, as ofensas à liberdade continuavam, em face dos subterfúgios de que se lançava mão, sob pretextos diversos, para se prolongar a detenção.

No século XVII, sob o reinado de Carlos 1, a "velha ambição de ser livre incendiou novamente o ânimo" do povo inglês. A luta, propriamente, começou com a Petition of Rights, pois "as ordens de habeas corpus eram negadas a cada momento", até que, e é João Mendes Jr.

quem esclarece, surgiu o famoso "Habeas Corpus AcC, em 1679, no reinado de Carlos 11, considerado pelos ingleses como outra Magna Carta. E, mais adiante, acentua: "Além da eficácia do writ of

'habeas corpus'para a soltura de pessoa ilegalmente presa ou detida em uma prisão pública, sua influência, diz Blackstone, estende-se a fazer cessar toda a restrição injusta à liberdade pessoal"

(cf. 0 processo, cit., v. 2, p. 259 e s.).

Por meio do writ of "habeas corpus", a pessoa que estivesse sofrendo uma restrição na sua liberdade pedia ao Juiz a expedição de uma ordem, a fim de que o responsável pela ilegal detenção a

apresentasse ao Magistrado (daí a expressão habeas corpus: que tomes o corpo e

apresentes, vale dizer, apresenta, exibe a pessoa detida ao Juiz), para se constatar a legitimidade, ou não, do encarceramento ou detenção.

Mas esse writ of "habeas corpus" só era expedido quando se tratasse de pessoa acusada de crime, não tendo aplicação nos demais casos de prisões ilegais. Entretanto, em 1816,

surgiu outro "Habeas Corpus AcC, ampliando o anterior, aparando as arestas do instituto, estendendo-lhe a área de incidência para a defesa pronta e rápida da liberdade

111,

pessoal. Inclusive contra ato de particular.

Muito antes mesmo desse segundo "Habeas Corpus AcC, o instituto já era conhecido dos norte-americanos, levado que foi pelos colonizadores ingleses. No Estado de

Massachusetts, proclamou-se que "Todos os homens nascem livres e iguais e têm certos direitos essenciais, naturais e inalienáveis". Mais tarde a Constituição norte-americana acolheu

o instituto do habeas corpus, admitindo, contudo, sua suspensão nas hipóteses de rebelião ou invasão, se a segurança pública o exigisse (...

the

1

1

public safety may require it). E, efetivamente, à semelhança do que ocorreu na Inglaterra ao tempo dos Stuarts, em que a garantia do habeas corpus ficou suspensa (de 1797 a 1801),

também nos Estados Unidos, por várias vezes, houve a suspensão do writ: em Massachusetts, de novembro de 1786 a julho de 1787, durante a guerra de secessão, na Carolina do Sul,

no Havaí, em 1941, após o ataque japonês a Pearl Harbor. Até mesmo entre nós, o art. 10 do Ato Institucional n. 5 o suspendeu, também, r.

quanto aos crimes políticos e contra a economia popular. Da Inglaterra

e da América do Norte, espalhou-se por quase todas as legislações, notadamente após a célebre "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão". Embora não seja o habeas corpus a única medida para fazer lá

Z2

cessar um constrangimento ilegal, constitui, sem dúvida, o remédio mais

eficaz e célere para jugulá-lo.

No Brasil, por primeiro, se conheceu o denominado habeas corpus

liberatório, isto é, aquele que visa a fazer cessar um constrangimento à

1

liberdade ambulatória (jus manendi, ambulandi, eundi, veniendi, ultro

citroque).

Com as profundas alterações introduzidas no Código de Processo

Criminal de 1832, e isto no decorrer do ano de 1871, estendeu-se o

i

remédio heróico àquelas hipóteses em que o cidadão se encontra sim

1

plesmente ameaçado na sua liberdade de ir e vir. Era a consagração do

habeas corpus preventivo, nem sequer conhecido na Inglaterra.

1 1

530

A tal ponto chegou o desenvolvimento do instituto entre nós que, logo após a República, quando se organizou a Justiça Federal, o Decreto n.

848, de 11-10-1890, estabeleceu até recurso para a Suprema Corte, em todos os casos de denegação de ordem de habeas corpus.

2. A entrada do "habeas corpus" em texto constitucional birsisileiro. A polernica eÚtre Rui e Pedro Lessa Com a primeira Constituição republicana, em 1891, entra, pela priffieira vez, em texto da Lei Maior, o habeas corPus, de maneira, contudo, a provocar acirrados debates e discussões calorosas, em face dos

termos amplos em que foi concebido. A propósito, o § 22 do art, 72 daquele diploma:

"Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder".

A polêmica foi memorável, pois na liça estavam dois gigantes: Rui Barbosa e Pedro Lessa. 0 primeiro, interpretando o texto constitucional, não encontrava limites para a concessão do writ, e, por isso mesmo, acentuava: "onde se der a violência, onde o indivíduo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coaçao produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a representam, o habeas corpus é irrecügável".

A teoria da posse dos direitos pessoais levou a Excelsa Corte, pot influência de Rui, a estender o remédio heróico do habeas corpus "a casos de natureza não penal, para a proteção de qualquer direito que tivesse como pressuposto de exercício a liberdade de locomoção" (cf. Ada Pellegrini Grinover, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 17/189).

É claro que todos sabiam que o habeas corpus era destinado a tutelara liberdade de locomoção; mas, como não havia outro remédio para resguardar, com a presteza daquele writ, outros direitos, entendeuse, com o apoio da Corte Suprema, que ele se destinava, também, a assegurar o exercício de um direito de ordem civil, comercial, constitucional ou administrativa, desde que fosse líquido e que, para o seu exercício, fosse necessária a liberdade de locomoção. Por isso Pedro Lessa distinguia o habeas corpus destinado a fazer cessar ou prevenir prisões

daquele em que se procurava resguardar a liberdade individual, quando esta tivesse por fim próximo o exercício de um determinado direito.

A Constituição, no art. 72, § 22, mandava conceder o habeas corpus sempre que o indivíduo sofresse qualquer coação à sua liberdade individual (pois o preceito

constitucional não qualificava, nem restringia, nem distinguia, a coação que era destinado a impedir), cumprindo ao Juiz verificar se a liberdade física era condição paciente pudesse exercer este ou aquele direito

.C,::

h,#

.1.1

f

~1.)

.. j

.ì.

necessária para que o E dizia Pedro Lessa: "Seja-lhe necessária a liberdade de locomoção para pÔr em prática um direito de ordem civil, ou de ordem comercial, ou de ordem constitucional, ou de ordem administrativa, deve ser-lhe expedido o habeas corpus, sob a cláusula exclusiva de ser juridicamente indiscutível este último direito, o direito-escopo" (apud Galdino Síqueira, Curso de processo criminal, São Paulo, Liv. Magalhães, 1930, p. 388 e s.).

Desde a concessão do habeas corpus a favor daqueles que haviam sido presos e desterrados para a Ilha Fernando de Noronha até a reforma constitucional de 1926, "o Supremo Tribunal Federal, passo a passo, estendeu o âmbito do habeas corpus em tal amplitude, que se tornou, provavelmente, o Tribunal mais liberal do mundo".

Segundo Baleeiro (0 Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido), o STF concedeu habeas corpus para a reintegração de funcionários públicos, para a publicação de artigos lidos da

tribuna do Congresso durante o sítio, para a visita a presos políticos e até para que estudantes concluíssem o curso de acordo com a legislação anteriorjá revogada.

Disso resultou "a famosa doutrina brasileira do habeas corpus, definida no acórdão de 16-12-1914, pelo qual o STF assegurou a posse de Nilo Peçanha no governo do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse caso, relatado por Enéas Galvão, sustentou-se: 1) a expressão do art. 72, § 22, da Constituição compreende qualquer coação, e não somente a violência do encarceramento; 2) não há, em nosso direito, outra medida capaz de amparar eficazmente o livre exercício dos direitos, a liberdade de ação e a prática dos atos não proibidos por lei; 3) o habeas corpus não deve limitar-se a impedir a prisão injusta e a garantir a livre locomoção; 4) a providência estende-se aos funcionarios para penetrar livremente em sua repartição e desempenhar o seu emprego, aos magistrados e aos mandatários do Município, do Estado e da União, para exercerem a sua função ou mandato; 5) o Supremo Tribunal Federal

interpreta soberanamente as regras constitucionais, sem estar subordinado às disposições das leis ordinárias".

Daí dizer Oswaldo Trigueiro que, "no primeiro quartel deste século, o STF

teve a sua fase romântica, a da doutrina brasileira do habeas corpus, através da qual tentou melhorar os costumes da República, que nunca se esmerou em respeitar na prática o idealismo dos fundadores e nunca se revelou exemplar no respeito aos princípios da Constituição, no pertinente à verdade eleitoral, à autonomia federativa, à liberdade de pensamento, aos direitos fundamentais" (cf. 0

STF no Império e na República, Arquivos do MJ, 157, p. 40).

Entendia Rui que o habeas corpus não era providência dirigida, em face dos termos amplos em que o colocou a Constituição, para amparar, apenas e tão-somente, o jus manendi, eundi e veniendi.

E, combatendo Pedro Lessa e todos aqueles que circunscreviam o âmbito do habeas corpus ou para fazer cessar e prevenir prisões, ou até mesmo para proteger outro qualquer direitS para cujo exercício fosse a liberdade física condição necessária, proclamou: "Não há, portanto, em face da nossa lei

constitucional, base alguma, para se circunscrever esse remédio contra os abusos da força às hipóteses de constrangimento à liberdade de locomoção. Os termos constitucionais são amplos: abrangem todas as eventualidades de constrangimento arbitrário aos direitos individuais". E, dando ênfase à importância do habeas corpus, Rui, que jamais desconheceu e jamais traiu a liberdade,

"porque a natureza impregnou dos seus elementos" seu próprio ser, peticionara, certa feita, assim:

"Eis, Srs. Juízes, de onde resulta a suprema importância do habeas corpus entre as nações livres. As outras garantias individuais contra a prepotência são faculdades do ofendido. Esta é o dever de todos pela defesa comum. Ninguém pode advogar essa exceção singular às leis do processo. Ninguém pode advogar sem procuração a causa de outrem.

Para valer, porém, à liberdade seqüestrada, não há instrumento de poderes que exigir: o mandato é universal; todos o recebem da lei; para o exercer validamente basta estar no país. Os próprios juízes são obrigados a mandá-la restituir ex officio, se no curso de qualquer processo lhe constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal. 0 paciente pode, até, não requerer a liberdade; pode, resignado, ou indignado, desprezá-

Ia; pode até, por um desvario, rejeitá-la. É indiferente. A liberdade não entra no património particular, como as cousas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem ou comprami é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar; e, se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão, vigilante, a reivindica. Solicitando, pois, este habeas corpus, eu propugno, na liberdade dos ofendidosi a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes: advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada na

impessoalidade deste remédio judicial" (cf. Lições de Ruy, páginas coligidas por Heitor Dias, Bahia, Imprensa Oficial, 1949, p. 76).

, 1

E claro que Rui sabia que o habeas corpus tutelava (e tutela) a liberdade física, o direito de locomoção, ojus manendi, eundi, ambulandi,

veniendi, ultro citroque, e não aquela liberdade mais ampla, 1e droit

, . 01

~1

qui appartient à tout homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux drois

d'autrui", mas a redação do texto constitucional levou-o à construção

daquela doutrina.

3. A reforma constitucional de 1926 e as demais Constituições até a atual

~.0) 0 debate entre Rui e Pedro Lessa serviu para engrandecer as nossas letras jurídicas. Finalmente, a revisão constitucional de 1926 deu ao texto do art. 72, § 22, da Lei Maior a seguinte redação: "Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou

,0

constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção". Foram alijadás

.i,)

os demais direitos subjetivos. Entretanto, com a Constituição de 1934, 1

suprimiu-se a expressão "locomoção", e o art. 113, inc. 23, dizia: "Dar se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abu so de poder". Para amparar outros direitos, criou-se o instituto do mandado de segurança, dispondo, assim, o art. 113,inc. 33: "Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qual quer autoridade. 0 processo será o mesmo do

habeas corpus, devendo 534

ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada". Surgiu, como bem o disse Pontes de Miranda, por sugestões das extensões que tivera o habeas corpus, na feição primeira, ao tempo da Constituição de 1891 (cf. Comentários à Constituição de 1946, t. 5, p.

268). A Constituição de 1946, no seu art. 141, § 23, manteve o remédio:

"Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe habeas corpus".

A Carta de 1967, no seu art. 150, § 20, manteve a mesma redação da Constituição de 1946. No mesmo sentido, o art. 153, § 20, da Emenda Constitucional n. 1. Assim, também, o art. 5.', LXVIII, da Constituição de 1988.

4. Natureza jurídica do "habeas corpus"

0 habeas corpus é uipa garantia constitucional que se obtém por meio do processo. E remedium juris destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata, a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir, o jus manendi, ambulandi, eundi, veniendi, ultro citroque. Ele tutela o direito de ir e vir. The power of locomotion. 0 direito de ficar, de ir e vir de um para outro lugar. Tutela o direito de não ser preso, a não ser em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; o direito de não ser preso por dívida, salvo os casos do depositário infiel e do alimentante inadimplente; o direito de não ser recolhido à prisão nos casos em que se permite fiança ou liberdade provisoria; o direito de não ser extraditado, a não ser nas hipóteses previstas na Magna Carta; o direito de freqüentar todo e qualquer lugar, ressalvadas aquelas restrições que podem ser impostas quando da concessão de sursis ou suspensão condicional do processo; o direito de viajar, ausentando-se de sua residência, ressalvadas as restrições de que tratam os arts. 328 e 367 do CPP.

Embora encartado no CPP como recurso, toda a doutrina, talvez sem discrepância, o considera verdadeira ação, cuj a finalidade é amparar o direito de liberdade. Note-se, por exemplo, que, se o processo for manifestamente nulo, embora haja sentença condenatória irrecorrível, possível será a impetração de

ordem de habeas corpus, com fundamento no art. 648, VI, do CPR Ora, se o recurso, entre nós, pressupõe uma decisão não trânsita emjulgado, no exemplo dado não se pode considerar o habeas

535

corpus como recurso. Ainda nesse mesmo caso, se, em vez de nulidade, já houvesse ocorrido causa extintiva da punibilidade, mesmo transitada em julgado a sentença conderiatória, impetrável seria a ordem de habeas corpus, com base no art. 648, VII, do estatuto processual penal. E, pelas mesmas razões, não poderá ser ele considerado recurso, que, no nosso

1

sistema, pressupõe sempre decisão sem trânsito em julgado. E certo que, às vezes, o remédio heróico funciona como verdadeira medida destinada à impugnação de uma decisão. Assim, se o Juiz recebe uma denúncia ou queixa, sem que haja suporte fático, não havendo, de conseqüência, justa causa para a instauração do processo, pode o réu impetrar ordem de habeas corpus, com fundamento no art. 648, 1, do CPP, e tal remedium 1 . uri . S exerce o papel de verdadeiro recurso.

Ademais, o recurso é medida pela qual se impugna uma decisão. Por meio do habeas corpus pode ser impugnada uma sentença, simples ato administrativo (como a prisão) e,

até mesmo, como veremos mais adiante, atos restritivos da liberdade ambulatória, cometidos por parti-

?-,

culares. Para que haja recurso, indispensável se torna, de regra, a exis

!, I.,

tência de um ato jurisdicional. Para o habeas corpus, bastará a simples

ameaça de violência ou ameaça à liberdade de ir e vir.

Trata-se de garantia individual destinada a fazer cessar o constrangimento ou a simples ameaça de constrição à liberdade de locomoção.

A liberdade é um dos direitos fundamentais do homem, direito que não pode sofrer quaisquer restrições, senão as previstas em lei, e para assegurar tal direito, de maneira pronta e eficaz, a

própria ConstiÇ.w~

tuição, que é a Lei das Leis, deu ao homem, nacional ou estrangeiro, a garantia do habeas corpus. Este, embora não seja o único meio capaz de fazer cessar um constrangimento ao

direito de liberdade de locomo-

UM' i

11

ção, é, contudo, o mais rápido, o mais eficaz e o mais singelo.

11~

w~

5. 0 "habeas corpus" como verdadeira ajño Então, se o habeas corpus não é um recurso, no sentido técnico da expressão, qual seria sua natureza jurídica? Se a qualquer pessoa, menor ou maior, nacional ou estrangeira, por si ou por procurador, faculta-se impetrá-lo, pode-se afirmar tratar-se de verdadeira ação penal popular. Sabemos que pelo critério subjetivo a ação penal é classificada em publica e privada. Aquela assim denominada porque promovida por um órgão público, e a segunda, porque proposta por particular. No caso do

536

habeas corpus, como qualquer pessoa tem legitimidade para impetrálo, podemos dizer cuidar-se de verdadeira ação penal popular. Nesse sentido, Frederico Marques (Elementos, cit., v. 4, p. 422), Ada, Gomes Filho e Scarance Fernandes (Recursos, cit., p. 345 e s.). Contudo, a sentença concessiva da ordem pode ter

natureza cautelar, constitutiva ou declaratória. Por exemplo, sempre que um habeas corpus preventivo for concedido, a sentença terá, ineludivelmente, o caráter cautelar. Se, mercê de uma ordem de habeas corpus, a sentença condenatória é anulada, a decisão concessiva do writ tem caráter constitutivo. Finalmente, se o órgão jurisdicional, em razão de um pedido de habeas corpus, decreta a extinção da punibilidade, inegável o caráter declaratório da sentença que acolheu o pedido.

Tratando-se, como se trata, de verdadeira ação, está ela sujeita às mesmas condições a que se subordinam as açoes penais pública e privada: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade "ad causam". Haverá possibilidade jurídica do pedido sempre que houver violência ou coação ilegal ao exercício do jus manendi, ambulandi, eundi, veniendi, ultro citroque. Quanto à legitimidade, toda pessoa pode impetrá-lo, pouco importando se maior ou menor, nacional ou estrangeira. Até o Ministério Público, como se verá a seguir. Finalmente, o interesse de agir. Se a coação já desapareceu (art. 659 do CPP) ou se a via eleita do habeas corpus não for adequada, tal como impetrar-se o writ para a liberação de bagagem retida no aeroporto, obviamente faltará interesse

processual. Nesse sentido a Súmula 94 das Mesas de Processo Penal da USP:

"Faltará interesse de agir, por inadequação do pedido, se a pretensão não for dirigida à garantia da liberdade de locomoção". 0

STF, no Habeas Corpus ri. 75.068-PI, em 13-5-1997, rel. Min. Moreira Alves, decidiu que o habeas corpus, "instrumento voltado a garantir a liberdade de ir e vir, não se presta ao questionamento de decisão judicial que haja determinado o afastamento do paciente do cargo de prefeito". Também não cabe o habeas corpus quando a pena imposta ao condenado não poe em risco sua liberdade de

locomoção. Com esse entendimento, o STF "não conheceu de habeas corpus contra acórdão que proibia o paciente, condenado por abuso de autoridade, de exercer função de natureza policial ou militar no municipio da culpa pelo prazo de cinco anos, previsto no art. 6.', §

5.', da Lei ri. 4.898165" (HC 74.777CE, rel. Min. Octavio Gallotti, 13-5-1997, com os seguintes precedentes: Habeas Corpus ri.

71.729-SP (DJU, 16-12-1994) e Habeas Corpus

537

h.

0 habeas corpus pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive pelo próprio beneficiário, tenha ou não capacidade postulatória. Se o paciente for analfabeto, alguém poderá assinar o pedido a seu rogo. Se o impetrante for advogado, ou mesmo outra pessoa sem capacidade postulacional, não haverá necessidade de o paciente lhe outorgar procuração. Até mesmo o órgão do Ministério Público, que normalmente deduz erajuízo pretensão punitiva, pode deduzir uma pretensão libertária (CPP, art. 654), mostrando-se, desse modo, o nível em que o Estado colocou o respeito à liberdade individual.

n. 71.725-SP (DJU, 26-5-1995). Evidente que, nesses casos, estava ausente o interesse processual.

Sendo o habeas corpus ação popular, quer-nos parecer que, quando o Juiz concede a ordem ex officio, tal como permitido pelo § 2.' do art. 654 do CPP, estamos em face de uma verdadeira ação

penal sem demanda, ou de jurisdição sem ação.

Havendo a pretensão libertária, o interessado vai deduzi-Ia em juízo, por meio de habeas corpus, instaurando-se, assim, um verdadeiro processo, se bem que bastante simplificado, pela própria

natureza da pretensão deduzida.

6. Quem pode impetrar

Em suma: poderá o habeas corpus ser impetrado pelo maior ou menor, nacional ou estrangeiro, como bem diz Borges da Rosa (cf. Processo, cit., v. 4, p. 201).

Pode impetrá-lo a pessoa jurídica. Entretanto, não pode ser impetrado a favor de uma pessoajurídica, porquanto lhe falta liberdade ambulatória, e é exclusivamente esta que o habeas corpus tutela.

0 Juiz não pode impetrá-lo, a menos que ele seja o paciente, mesmo porque sua função não é a de postular. Poderá, isto sim, quando no curso de um processo, para o qual tenha competência,

verificando que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal, expedir, de oficio, isto é, sem que haja provocação de quem quer que seja, ordem de habeas corpus, tal como permite o § 2.'

do art. 654 do estatuto processual penal. Certo que esse ato do Juiz deve ser controlado, e, por isso mesmo, estabeleceu-se para a hipótese de concessão de habeas corpus, seja porque houve provocação, seja porque se expediu a ordem ex officio, o recurso necessário (CPP, art. 574, 1).

538

Até há pouco tempo, havia discussão quanto à possibilidade de um Promotor de Justiça poder impetrar ordem de habeas corpus perante os Tribunais locais. Sendo o habeas corpus modalidade

de ação penal, parte da doutrina entendia que somente os membros superiores do Ministério Público podiam fazê-lo. Sem embargo disso, no Estado de São Paulo, a Lei Complementar n. 304, de 28-12-1982, Lei Orgânica do Ministério Público paulista, no art. 39, cuidando das atribuições dos Promotores de Justiça, proclamava, no seu inc. V, poderem os Promotores de Justiça "impetrar habeas corpus e mandado de segurança, inclusive perante os Tribunais locais competentes, contra atos de autoridade administrativa ou judiciária, praticado em sua área de atribuições funcionais".

Posteriormente, o STF, apreciando a matéria, decidiu que o Promotor de Justiça, como qualquer do povo, pode impetrar ordem de habeas corpus perante os Tribunais locais (RTJ, 11511158).

Após esse julgado, a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo fez publicar o Aviso n. 166186 (DOE, 5-9-1986), consonandose com a decisão do STF, permitindo aos Promotores

poderem impetrar ordem de habeas corpus diretamente aos Tribunais, mas, comunicando o fato à Procuradoria, que, a partir daí, passa a ser a pessoa

legitimada a acompanhar o pedido, fazendo sustentação oral e recorrendo, se couber. Nesse caso, evidente que o Promotor atua ut civis. Ada Pellegrini Grinover, partindo da idéia de que o habeas corpus, para o CPP, é um verdadeiro recurso, não vê nenhum inconveniente em que o membro do Ministério Público de 1.'

Instância o interponha diretamente ao Tribunal (cf. Justitia, 125162).

Hoje, contudo, a discussão perdeu qualquer interesse, uma vez que a nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 122-1993) dispõe, no seu art. 32, 1: "Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições: 1 -impetrar habeas corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes".

Sem embargo, o Aviso n. 166/86 supracitado continuará em plena vigência.

Nem poderia ser de outra maneira.

E quanto aos Delegados de Polícia? Nada impede que eles o impetrem. Não como Autoridade, mas, ut civis, como cidadão. Nesse sentido, vej ase a RT, 5451438.

539

- 7. Relaxamento da prisão

E quando a Autoridade Policial encaminha ao Juiz cópia do auto p . i

. . 1 .1

. ~ o

» b.

de prisão em flagrante, nos termos do art. 5.', LXII, da Magna Carta, e, verificando o Juiz a ilegalidade da medida constritiva da liberdade, a relaxa, deverá, também, recorrer de ofício? Sem embargo do entendimento de Tornaglii

(cf. Manual de processo penal, v. 1, p. 357), a conínumis opinio é no sentido de que, relaxando a prisão, o Juiz não está concedendo habeas corpus de ofício. Comunicada a prisão ao Juiz, o preso passa a ficar à sua disposição. Se for ilegal, deve, de imediato, relaxáIa, sem que tal providência implique concessão de habeas corpus, pois, se o preso lhe fica à disposição, e como se o ato ilegal partisse do próprio Juiz, e, como não teria sentido pudesse este conceder habeas corpus contra si próprio, diz-se que o relaxamento da prisão, em casos que tais, não implica aquele remédio heróico. Costa Manso já dizia: nenhum Juiz pode conceder habeas corpus contra ato do próprio Juiz (cf. 0 processo na segunda instância, p. 408). Aliás, fala a Constituição em relaxamento.

Além disso, a RT, 536/271 registra um venerando aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que, já ofertada a denúncia e ainda não recebida, ou ainda não oferecida, deixa a Autoridade Policial de ser a "autoridade coatora", passando a sê-lo o próprio Juiz.

E se foi o Juiz quem requisitou a instauração do inquérito? Evidentemente que eventual habeas corpus somente poderá ser impetrado junto ao Tribunal. Manifesta a qualidade de coatora da Autoridade Judiciária (cf. RT, 5331309).

0 STF, no Recurso de Habeas Corpus n. 59.574-0-SP (DJU, abr. 1982, p.

2883), a propósito, consignou: "Quando o inquérito policial é instaurado mediante requisição de autoridade judiciária, a coação que se alega dele decorrente, se atribui ao juiz requisitante, razão por que a competência para conhecer de habeas corpus impetrado contra ela é do Tribunal de segundo grau (nesse sentido RHC

49.630, Primeira Turma)".

Relaxando a prisão, cuja comunicação se fez por meio do envio da cópia do respectivo auto, o Juiz, faça-o de ofício ou mediante pedido de interessado, estará cumprindo imperativo constitucional.

Mas, se o Magistrado, recebendo a cópia do auto de prisão em flagrante, proferir

i

despacho nestes termos: "Aguarde-se em cartório a vinda dos autos do inquérito, após conclusos", a hipótese toma-se diferente. Estando o preso ja à sua disposição e podendo jugular o constrangimento com o relaxamento, transmudou-se em autoridade coatora, e, neste caso, qualquer pessoa poderá impetrar uma ordem de habeas corpus, não ao Juiz, é óbvio, e sim ao Tribunal. E se (como costuma fazer, ainda que contra legem) se limitar aquele a proferir o seguinte despacho na comunicação: "Diga o Dr. Prornotor", poderá o interessado impetrar a ordem de habeas corpus na inferior instância?

Note-se que, ao receber a comunicação, podia o Juiz, muito bem, relaxar a prisão, incontinenti. Não o fazendo, assumiu a responsabilidade do ato ilegal, e, assim, o habeas corpus deve ser impetrado junto ao Tribunal competente.

0 STF, apreciando o RHC 60.217-7-RO, de que foi relator o eminente Min.

Alfredo Buzaid, assim se pronunciou: "Se o Juiz recebeu os autos da prisão em flagrante e os mandou com vista ao Ministério Público obviamente aceitou-à como legítima. Se assim não a reputasse, caber-lhe-ia relaxá-la, consoante o art. 153, § 12, da Constituição da República" (cf. DJU, 8-10-1982, p. 10188).

8. 0 constrangimento

0 constrangimento diz-se ilegal se a hipótese concreta subsumirse na moldura de uma daquelas figuras descritas nos sete incisos do art. 648 do CPP. Uma vez verificada a constrição à liberdade ambulatória, ou mesmo a simples ameaça a tal direito, poderá qualquer pessoa impetrar a ordem de habeas corpus, perante o Juiz ou Tribunal, dentro nos limites da sua jurisdição. A petição deverá satisfazer, apenas, às exigências do art. 654, § L', a, b e c do CPP.

Claro que deve ser endereçada ao órgão competente para apreciar o pedido.

9. 0 recurso "ex officio"

Se o Juiz conceder a ordem, de ofício, ou mediante provocação, será obrigado a submeter sua decisão ao exame da instância superior, tal como determina o art. 574, 1, do CPP, isto é, no final da decisão, dirá simplesmente: dessa decisão

recorro para o Egrégio Tribunal (de Justiça, de Alçada, Regional Federal ou Regional Eleitoral, conforme o caso). Se, entretanto, a ordem for concedida, de ofício ou mediante provoca-541

ção, por qualquer Tribunal, nenhuma aplicação terá o art. 574, 1, do estatuto processual penal, que previu, tão-somente, o recurso de órgão 1

monocrático para órgão colegiado.

10. Competência originária

Impetrada a ordem perante o Juiz singular, se houver denegação, poderá ser interposto o recurso previsto no art. 581, X, do CPP. Todavia, como a tramitação desse recurso é um tanto morosa, nada obsta possa o interessado (e comumente é assim que se procede), em vez de recorrer, impetrar outro pedido, já agora dirigido ao Tribunal.

Como se saber qual o órgão competente para a concessão da ordem de habeas corpus? Podemos distinguir duas espécies de compe-

.

1

tência: a) competência originária; b) competência recursal.

, 1

t ,

Competência originária: 1) 0 STF tem competência para processar e julgar, originariamente, o habeas corpus nas seguintes hipóteses: a) Se o paciente for qualquer das pessoas

elencadas nas letras b e c do inc. 1 do art. 102 da CF (o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do

1. 1 k .

Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os

chefes de missão diplomática de caráter permanente). b) "Quando o coator ou o paciente for Tribunal, auto-JA

ridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância". Vejamos por parte. Se qualquer Tribunal, estadual, federal ou mesmo Superior, transmudar-se em coator, a competência para processar e julgar o remédio heróico é do STF (RT, 651/370, 659/347, 662/338, 703/401).

Indiferente parta a coação do Tribunal, na integralidade de seus membros, Câmara ou Turma, mesmo porque esses órgãos fracionários, quando julgam, representam o Tribunal na sua

plenitude. c) Se coator for qualquer autoridade que tiver seus atos sujeitos diretamente à jurisdição do STF (e essas autoridades são aquelas referidas nas alíneas b e c do inc. 1 do art.

102 da CF, exceto Ministro de Estado, por força do art. 105, 1, c, da CF). Se essas autoridades forem pacientes, inclusive Ministro de Estado, já vimos, a previsão está na alínea d do inc.

1 do art. 102.

E se uma das Turmas do STF transmudar-se em coatora? Descabe o habeas corpus, por duas razões: a) esse órgão fracionário do STF não tem competência originária ratione

personae; se tivesse, seria diferen-

te, em face dos termos finais da alínea i do inc. 1 do art. 102 da CF; b) a Turma, ao apreciar um recurso extraordinário, é como se fosse o proprio STF julgando, ou, como disse o Excelso Pretório: "não cabe habeas corpus contra decisão do STF, quando julga matéria criminal em grau de recurso, como é o caso de

recurso extraordinário, julgado pelo Pleno ou por qualquer das Turinas..." (RTJ, 62/47, 63/649, 88/477, 99/1073). E se a decisão for do próprio STF ao julgar um crime sujeito à sua jurisdição em única instância? Aí, sim, cabe o habeas corpus para o próprio STF, na dicção do art. 6.', a, do seu Regimento Interno, diante do que preceitua a Constituição na parte final da alínea i do inc. 1 do art. 102: "... ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância". Nesse sentido, RTJ, 99/1073. Não obstante a coação parta do STF, o habeas corpus será impetrado a ele, à míngua de outro órgão. E, nesse caso, o Excelso Pretório procurará rever o seu proprio ato. Sendo assim, por que não se poderá fazer o mesmo se a coaçao for resultante de julgamento eín grau de recurso? Pela simples razão de a Lei Maior não haver previsto tal hipótese, como se constata pela redação da parte final do seu art. 102, 1, i.

E se a coaçao partir de qualquer Tribunal? Segundo o entendimento dominante, o habeas corpus deve ser dirigido à Suprema Corte, ex vi do art. 102, 1, i, da CF. Aliás, no Habeas Corpus n.

67.311-2-SP, a 1.' Turma do STF acentuou que "Ao julgar o Habeas Corpus n. 67.263, o Plenário desta Corte decidiu que continua ela competente, mesmo após a instalação do Superior Tribunal de Justiça, para julgar habeas corpus originário contra quaisquer Tribunais do País, quando não seja ele meio substitutivo de recurso ordinário de habeas corpus" (Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 12-5-1989, p. 7794).

Assim, por exemplo, se o réu for condenado e, na apelação, for argüida a nulidade do feito e o juízo ad quem, podendo acolher a preliminar de nulidade, não o fizer, sendo a nulidade manifesta, poder-se-á impetrar ordem de habeas corpus ao STF. É que o Tribunal, podendo anular o feito, e não o fazendo, transmuda-se em coator. E se da decisão do Tribunal a quo couber embargos infringentes ou de nulidade? A opinião dominante é no sentido de não se admitir o pedido de habeas corpus, porquanto a instância ainda não se esgotou e haverá possibilidade de serem providos os embargos, cessando-se o constrangimento. Mas, se não forem opostos os embargos, embora cabíveis, ou, ainda que oponíveis, forem desprovidos, caberá impetração do writ ao STF.

Vale salientar que essa interpretação, no sentido de admitir-se o habeas corpus

para a Excelsa Corte sempre que qualquer Tribunal se transmude em autoridade coatora, foi contestada pelo eminente Min. Marco Aurélio. Veja-se, a propósito, sua declaração de voto publicada na Revista Brasileira de Ciências Criminais, 9/140-6. Entende Sua Excelência, e com razão, que o habeas corpus deve ser dirigido originariamente à Excelsa Corte quando coator for qualquer dos Tribunais Superiores da República, mesmo porque os membros desses Tribunais estão diretamente sujeitos à jurisdição da Suprema Corte. Se coator for o Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou Tribunal Regional do Trabalho, porque os membros desses Tribunais estão diretamente sujeitos à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, a este deve ser dirigido o writ. E se se tratar de Tribunal de Alçada? Seguindo essa mesma linha de raciocínio do eminente Ministro, como o orgão de cúpula da Justiça Estadual é o Tribunal de Justiça, como os Juízes dos Tribunais de Alçada estão diretamente subordinados à jurisdição do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, a este deverá ser dirigido o

pedido de habeas corpus. Aliás, da mesma forma que é o Tribunal de Justiça que soluciona "as dúvidas de competência" que eventualmente surjam entre ele e o de Alçada, parece

lógico caber-lhe, também, apre-

1 h) ciar o pedido de habeas corpus quando este último transmudar-se em autoridade coatora. Já em se tratando de Tribunal Regional Eleitoral como coator, não obstante seus membros estejam diretamente sujeitos à jurisdição do STJ, o certo é que o Código Eleitoral, recepcionado pela Lei Maior, no que respeita à competência, dispõe no art. 22, 1, e, que o habeas corpus, nesse caso, é da alçada do Tribunal Superior Eleitoral.

Cumpre observar, por outro lado, tal como decidido naquela sessão plenária do STF ao julgar o Habeas Corpus n. 67.263, que, embora os Tribunais de Justiça, de Alçada ou

Regionais Federais sejam coatores,

i

se denegarem pedidos de habeas corpus, nem por isso poderá o impetrante

dirigir-se, de pronto, ao STF. É preciso, primeiro, seja interposto recur so ordinário-constitucional ao STJ, nos termos do art. 105, 11, a, da CF

c/c o art. 30 da Lei n. 8.038190, uma vez que o STF não permite a substituição do recurso ordinário pelo habeas corpus originário.

Observe-se, contudo, que o STJ tem permitido que o recurso ordinário de que tratamos, e que deve a ele ser dirigido, pode ser substi-1

tuído por habeas corpus, em face mesmo da sua celeridade e em homenagem à ampla defesa.

544

1

I

2) Diz ainda a letra i do inc. I do art. 102 da CF competir-lhe, também, processar e julgar o writ quando qualquer Tribunalfor paciente. Como poderá um Tribunal ser paciente? A Constituição de 1934, no art. 76, 1, h, dizia competir à Corte o processo e julgamento de habeas corpus, "quando for paciente, ou coator, tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição da Corte; ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição, em

única instância A Carta de 1937 dizia a mesma coisa; a Lei Maior de 1946, no art. 101, 1, h, reproduziu, ipsis litteris, o texto das Cons tituições de 1937 e 1934. Assim também o art. 119, 1, h, da Emenda Cons titucional n. 1/69. A redação é a mesma da letra i do inc. 1 do art. 102

da atual Constituição.

Na Lei Maior não há palavras inúteis. Mas, a nosso juízo, não pode ocorrer a hipótese de um Tribunal ser paciente. Então, quer-nos parecer que os constituintes de 1934, ainda sob a influência da fase romântica do STF na primeira República, que admitia o habeas corpus não só para tutelar o direito de locomoção, como também para resguardar outros direitos (que mais tarde passaram a ser objeto de mandado de segurança), cuidaram da possibilidade do

writ na hipótese de qualquer Tribunal, por um ato violento do Governo, ficar impedido de exercer suas funções, tanto mais quanto, àquela época, as turbulências políticas vinham num crescendo assustador - os primordios da República foram marcados por inúmeras agitações políticas mais ou menos graves: a revolta da Armada, sob o comando do Almirante Custódio de Mello, monarquista convicto, levando o Marechal Deodoro da Fonseca, ante as ameaças de bombardeio ao Rio de Janeiro, a renunciar ao governo da República; a assunção do Vice-Presidente, Marechal Floriano Peixoto, que, ao invés de concluir o tempo que restava do Marechal Deodoro, o prolongou por mais 2

anos, rasgando, assim, a Constituição recémnascida; o movimento de Canudos, de 1894 a 1897, a revolta da Vacina, no Rio de Janeiro, em 1904, a revolta da Chibata, em 19 10, o problema do Contestado, em 1916, entre Paraná e Santa Catarina, e, mais expressivamente, o Levante do Forte de Copacabana, em 5-7-1922; o bombardeio e sítio da cidade de São Paulo, pelo General Isidoro Dias Lopes, em 5-7-1924, a Coluna Prestes, de 1924 a 1927, a Revolução de 1930 e, finalmente, a cruenta Revolução de 1932. Como estávamos saindo, pois, de um período conturbado, e ante as incertezas do futuro, com possibilidade de se repetirem aqueles quadros políticos (note-se que

1

~

em 1935 houve a "intentona comunista", em novembro de 1937 confiscou-se o regime democrático e nos idos de 1964 houve até cassação de Ministros do STF, Desembargadores e Juízes ...), os constituintes de 1934, premonitoriamente, entenderam que quase tudo seria

~ í

possível naquela República dos Estados Unidos do Brasil Daí a cautela.

i~1.

Ademais, como o mandado de segurança começou a engatinhar 1

constitucionalmente na Carta de 1934, talvez os constituintes, ainda

não acostumados com o novel instituto, e presos à velha doutrina de cabimento do habeas corpus não só quando havia prisão ou iminência de prisão, mas, inclusive, para tutelar qualquer direito cujo exercício

estivesse condicionado à liberdade ambulatória, como afirmava Pedrp Lessa, permitiram ao STF processar e julgar habeas corpus (rectius: mandado de segurança) quando qualquer Tribunal, eventualme4,te, viesse a ser paciente.

Assim, se o Governo ou algum movimento revolucionario impe disse o funcionamento deste ou daquele Tribunal, na ótica dos constituiqtçs

i:I:~ de 1934, e que perdura até hoje, o remédio seria o habeas corpus.

'L,

1

~ 1

E provável, também, que os constituintes de 1934 houvessem pen

Ç*r, sado na possibilidade de um eventual constrangimento ilegal à liberda-

~I

de de locomoção dos membros do órgão coletivo e, por meio de uma linguagem figurada, empregaram o termo "Tribunal" para significar os seus proprios pares. Em face de tudo quanto

aconteceu entre nós, talvez pensassem eles, ainda, na hipótese de o Governo mandar cercar o

e . 1

Tribunal e impedir que os seus membros dali saíssem.

Se não dermos essa interpretação, cairemos no absurdo de ad-1. j mitir um Tribunal sofrendo coação na sua liberdade ambulatória... Mesmo com esse nosso

raciocínio, não deixa de ser profundamente estranho linguagem metonímica na Lei das Leis. A não ser que se aceite o à

ensinamento de Frederico Marques no sentido de que, das pessoas citadas no art. 101, 1, h, da Lei Maior de 1946 (texto igual ao do art. 102, 1, i, da atual Constituição), umas podem ser

coatoras e pacientes; outras, coatoras; e outras pacientes... (Elementos, cit., v. 4, p. 432, n. 1.217).

É bem possível houvesse o legislador feito uso, aí, de uma estrutura com a qual procurou ser sintético, assim como pareceu a Frederico Marques, englobando, apenas, o que é

possível fazer pela ordem natural

das coisas.

E como justificar no texto a palavra funcionário?

546

3) Diz a letra i do inc- 1 do art. 102 da CF competir ao STF processar e julgar habeas corpus quando "o coator ou paciente for funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF". Que funcionário está diretamente sujeito àjurisdição da Suprema Corte? 0 Prof. Manoel Gonçalves Ferreíra Filho (Comentários à Constituição brasileira de 1988, Saraiva, 1992, v. 2, p. 222) entende que a referência a funcionário parece alcançar apenas ato de membro do próprio STF, pois não se vê qual outro "funcionário" esteja sob a sua jurisdição direta.

A nós nos parece que a alusão a funcionários é herança da primeira República, esquecida no texto legal. Explica-se: como a Constituição de 1891 não estabeleceu a competência do STF para o processo e julgamento de habeas corpus, fê-lo o art. 23 da Lei n. 221, de 1894 (Themístocles Brandão Cavalcanti, A Constituição Federal comentada, Rio de Janeiro, Konfino, 1948, v. 2, p. 332), e, nos termos daquele diploma, o STF podia tomar conhecimento, via habeas corpus, de violência ou coação procedentes depncionáriosfederais ou contra eles dirigidas.

Como àquela época tínhamos a primeira instância da Justiça Federal, o seu órgão de segundo grau, à falta de outro, era o STE E cabia à Justiça Federal processar e julgar funcionários federais. Em 1934 a organização judiciária continuou a mesma; daíjustificar-se o texto constitucional daquele ano conferindo poderes ao STF para processar e julgar habeas corpus quando coator ou paciente fosse funcionário sujeito diretamente à sua jurisdição (e os funcionários federais eram).

Assim, é provável que per fas et per nefas, os constituintes de 1946 e de 1988, por esquecimento, deixaram de atualizar a Lei Maior, e mantiveram a velha e revelha disposição do art. 23 da Lei n.

221, de 1894, que conferia ao STF poderes para processar e julgar os habeas corpus quando coatores ou pacientes fossem funcionários federais... Tal medida tinha razão de ser até 1937, quando se extinguiu a Justiça Federal (para ressurgir com o Ato Institucional n.

2/65 e nas Constituições subseqüentes). Atualmente, não. A menos que se considerassem "funcionários" os deputados federais, senadores e até mesmo os nossos chefes de missão diplomática de caráter permanente.

4) Se o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a do inc. 1 do art. 105 da Magna Carta (Governadores, Desembargadores, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios ou membros do Ministério Públi-547

Il

il

1:1::

ù_

1

co da União que oficiem perante Tribunais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral), o habeas corpus deve ser impetrado ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, 1, c, da Magna Carta. Assim também se o coator for Ministro de Estado.

5) Se a autoridade coatora for Juiz Federal, o habeas corpus deve ser impetrado ao Tribunal Regional Federal a que estiver vinculado o Juiz (art. 108, 1, d, da CF).

6) Se o constrangimento partir de qualquer autoridade militar federal e se relacionar com crime cujo processo seja da competência da Justiça Militar Federal, o habeas corpus somente poderá ser impetrado perante o Superior Tribunal Militar, uma vez que os Conselhos de Justiça, órgãos inferiores da Justiça castrense, não têm competência para a concessão do writ.

7) Compete ao Juiz Federal processar e julgar habeas corpus em matéria criminal da sua competência, ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição (art. 109, VII, da CF).

No Estado de São Paulo, a Constituição estabelece, no art. 74, IV, competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar os habeas corpus nos processos cujos recursos forem de sua competência, ou quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição, ressalvada a competência da Justiça Militar nos processos cujos recursos forem da sua competência.

Quais as autoridades diretamente sujeitas à jurisdição do Tribunal de Justiça? As Constituições Estaduais variam muito. No Estado de São Paulo, segundo o disposto no art. 74 da sua Lei Maior, são o ViceGovernador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral, os Prefeitos Municipais, os Juízes dos Tribunais de Alçada e do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de Direito e os Juízes Auditores da Justiça Militar, os membros do Ministério Público, o DelegadoGeral da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

Desse modo, cremos que, se um Promotor de Justiça, no Estado de São Paulo, requisitar a instauração de inquérito policial sem lastro para tanto, e a autoridade policial vier a instaurá-lo, eventual habeas corpus deverá ser impetrado ao Tribunal de Justiça (RT, 618/412, 548/271 etc.). Contudo, há entendimento de

que a autoridade coatora, na hipótese, é a própria autoridade policial que cumpriu ordem manifestamente ilegal (RT, 393/84). Nem se diga que o Promotor não é autoridade.

548

Se pode requisitar a instauração de inquérito, autoridade é. Por outro lado, se a CF, no art. 96, 111, confere ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar os membros do Ministério Público dos Estados, não teria sentido pudesse o Juiz apreciar pedido de habeas corpus quando o coator fosse Promotor...

8) 0 Tribunal de Alçada, nos Estados que o possuem, tem competência para conhecer, originariamente, dos pedidos de habeas corpus, quando o constrangimento parte de Juízes da inferior instância e se relaciona com processos da sua competência recursal.

9) Se a coação partir de qualquer autoridade militar estadual e se relacionar com processo da competência da Justiça Militar Estadual, o habeas corpus somente poderá ser impetrado perante o Tribunal Militar Estadual. Se no Estado-Membro não houver Tribunal Militar, o órgão competente para apreciar o pedido será o respectivo Tribunal de Justiça.

10) No Estado de São Paulo, quando se trata de constrangimento ilegal atinente a prisão civil (prisão do alimentante inadimplente, prisão de depositário infiel, prisão civil do falido), a competência para o conhecimento da matéria é da Seção Civil do Tribunal de Justiça nos casos de alimentos e de falência, e do Tribunal de Alçada Civil quando se trata de depositário.

11) A ordem é impetrada perante os Juízes de Direito nos demais casos.

12) Nos termos da Súmula 319 do STF, "o prazo do recurso ordinario para o STF, em habeas corpus ou mandado de segurança, é de 5 (cinco) dias".

13) Quando o inquérito é instaurado em face de requisição do Juiz, quem e a autoridade coatora? Uma corrente minoritária entende ser o Delegado de Polícia (RJTJSP, 69/336 e 77/348). A majoritária entende ser o proprio requisitante (JTACrim, 27/189, 44/91 e 55/87; RT, 493/ 311, 533/309, 558/340 e 559/427; RV, 87/832; RJVSP, 58/340).

14) Quando o Juiz remete ao Ministério Público peças do processo, nos termos e para os fins do art. 40 do CPP: a) o Juiz é a autoridade coatora (JTACrim, 70/120; RT, 528/305, 548/276); b) o Delegado de Polícia é a autoridade coatora (JTACrim, 34/72, 37/132, 42/70, 55/406, 50/118, 65/126, 681156, 70/120 e 71/76; RT, 198/333, 365/159, 385/ 64, 425/275, 512/385 e 549/344; RV, 481321); c) não constitui caso de habeas corpus (JTACrim, 36/372; RT, 533/339; RV, 461717

e 84/830).

549

E se por acaso o Juiz do Trabalho determinar a prisão de alguém por ser depositário infiel ou, mesmo, se numa audiência for ele desacatado, e o agente for preso, a quem poderá ser impetrado eventual habeas corpus? Obviamente, não tendo

a Justiça do Trabalho competência para apreciar matéria penal, e sendo o Juiz do Trabalho, num conceito mais amplo, Juiz Federal, posto que mantido pelos cofres da União,

evidentemente o remédio heróico será postulado junto ao Tribunal Regional Federal, de acordo com o art. 108, 1, "a", da CF, por analogia, ou art.

108, 1, "d", da CF. A mesma

solução é válida para o Juiz Estadual que

1

esteja exercendo as funções de Juiz do Trabalho.

Nesse sentido a Súmula 10 do TRF da 1.a Região: "Compete ao TRF conhecer de HC quando o coator for Juiz do Traballio".-

0 STF decidiu, no Conflito de Jurisdição n. 6.979-1-DF, o seguinte:

"Sendo o HC, desenganadamente, uma ação de natureza penal, a competência para seu processamento

e julgamento será sempre de juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário, em execução de

sentença. Não possuindo a Justiça do Trabalho, onde se verificou o incidente, competência criminal, impõe-se reconhecer a competência do TRF

para o feito" (Plenário, rel.

Min. Ilinar Galvão, DJU, 26-2-1993, p. 2356).

Nessa mesma linha de raciocínio, assim também decidiu o Eg. TRF da 4.'Região, Habeas Corpus n. 92.01.27236-7-RO, DJU, 25-3-1993, p. 17017.

.. o Parece-nos, contudo, nada impedir possam os Estados atribuir à Seção

~ h..

Civil do Tribunal de Justiça ou ao Tribunal de Alçada Civil, onde houver, competência para conhecer de habeas corpus quando a questão subjacente for de natureza cível, como nas hipóteses de depositário infiel e de alimentante inadimplente, porquanto se trata de assunto pertinente à or.~. 1

ganização judiciária do Estado. Assim, da mesma forma que no Estado de São Paulo o processo-crime falimentar tramita, integralmente, perante o Juízo da Falência, tendo o

STF, em face de vários conflitos, afirmado cuidar-se de matéria atrelada à organização judiciária, nada impede possa o habeas corpus versando sobre prisão civil ser apreciado

pelo Tribu-

1111

nal de Alçada Civil ou pela Seção Civil do Tribunal de Justiça.

11. Competência recursal

Vimos os casos em que o pedido de habeas corpus é formulado originariamente, isto é, diretamente ao órgão jurisdicional. Vejamos, agora, quando pode ou deve ser

conhecido por meio de recurso: se

hi

550

impetrada a ordem perante o Juiz de instância inferior e houver denegação, o interessado disporá de dois caminhos: ou interpoe o recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, X (e, neste caso, é preciso o pressuposto subjetivo: legitimidade), ou, então, impetra outra ordem diretamente ao Tribunal competente (Tribunal de Justiça, Alçada, Regional Federal, Regional Eleitoral ou Superior Tribunal Eleitoral).

Se se tratar de coação relacionada a matéria eleitoral e a denegação partir do Juiz Eleitoral, o recurso oponível é aquele previsto no art.

581, X, do CPP, em face do disposto no art. 364 do Código Eleitoral, que determina sejam aplicadas subsidiariamente as normas processuais penais. Se a denegação partir do TRE, tanto poderá ser interposto o recurso ordincírio-eleitoral, no prazo de 3 dias, para o TSE, nos terinos do art. 276, H, b, combinado com o § 1.' do mesmo dispositivo, todos do Código Eleitoral, como poderá, também, o interessado impetrar outra ordem diretamente ao TSE.

Se o pedido for denegado por Juiz Federal, caberá ao interessado impetrar outro diretamenteao TRF da sua área, ou para ele encaminhar o competente recurso (CPP, art. 5 8 1, X).

Relacionando-se constrangimento com infrações da competência da Justiça Comum Estadual, e sendo autoridade coatora o Juiz de Direito, ou se impetra outra ordem ao Tribunal de Justiça (ou Tribunal de Alçada, onde houver), ou se interpõe o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, X, do CPR

Em que hipóteses o habeas corpus pode ser impetrado ao Tribunal de Alçada? Hoje, em face da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, é da competência do Tribunal de Alçada Criminal, nos Estados que o possuem (Minas Gerais, São

Paulo e Paraná), conhecer de habeas corpus, quando a autoridade coatora for Juiz da inferior instância, nos crimes contra o património, seja qual for a natureza da pena cominada, nas demais infrações a que não seja cominada pena de reclusão, isolada, cumulativa ou alternativamente, excetuados os crimes ou contravenções (sic) relativas a tóxicos ou entorpecentes, e a falência. É como soa o art. 108 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMN), em face da alteração introduzida pela Lei Complementar n. 37, de 13-11-1979, que alterou a Lei Complementar n. 35, de 14-3-1979.

No Estado de São Paulo, entretanto, há um Tribunal de Alçada exclusivamente para apreciar matéria criminal. Em face da lei local - que não viola a LOMN - cabe-lhe apreciar recursos e habeas corpus: a) nos crimes contra o património, salvo quando ocorrer o evento morte; b) nas

:~'1

contravenções; c) nos crimes apenados com detenção, exceto os falimentares, os previstos na Lei de Tóxicos, os da competência do Júri e os de responsabilidade de Vereadores, nos termos do art. 79 da Constituição paulista.

Nos demais casos, a competência será do Tribunal de Justiça.

Evidentemente que, se no Estado não houver Tribunal de Alçada, o habeas corpus, mesmo que o pedido se relacione com

contravenções, crimes apenados com detenção e apenados com reclusão, sendo autoridade coatora o Juiz de 1.' grau, será impetrado junto ao Tribunal de Justiça.

E se, malgrado de reclusão a pena cominada, o Juiz impuser a de detenção ou multa (e. g., art. 155, § 2.', do CP) e houver trânsito em julgado?

Quer-nos parecer que o habeas corpus, não podendo alterar, para pior, a situação do réu, será dirigido ao Tribunal de Alçada.

E, se interposto o recurso perante o Tribunal competente (TRF, Tribunal de Justiça ou de Alçada) e houver denegação, ou, então, se lhe foi o pedido formulado diretamente e a ordem for negada, poderá o interessado impetrar

outro diretamente ao STJ? A Constituição somente permite a direta formulação do pedido à Excelsa Corte ou ao STJ

nas hipóteses tratadas nos arts. 105, 1, c, e 102, 1, d. No caso enfocado, cumpre ao interessado interpor recurso ordináriooconstitucional ao STJ, nos termos do art. 105, 11, a, da CF, ou, se a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores, interpor o ordinário ao STF (CF, art. 102, 11, a).

Entretanto, se negado o provimento ao recurso ordinário-constitucional dirigido ao STJ, este, obviamente, transinudou-se em coator, e, desse modo, nada impede possa ser impetrado pedido de habeas corpus diretamente ao STF, nos precisos termos do art. 102, 1, i, da CF.

Este recurso, consoante a regra do art. 3 10 do Regimento Interno do STF, deve ser interposto no prazo de 5 dias, nos proprios autos em que se houver proferido a decisão recorrida, com as razões de pedido da reforma.

A falta de razões impede o conhecimento desse recurso ordinário.

A propósito: Recurso de Habeas Corpus n. 58.668-6-BA, STF, DJU, 10-4-1981, p. 3173:

"Recurso de habeas corpus desacompanhado das razões de reforma da decisão impugnada. RHC não conhecido".

No mesmo sentido, Recurso de Habeas Corpus n. 59.027-6-BA, STF, DJU, 21-8-1981, p. 7973; Recurso de Habeas Corpus n. 59.590-552

1-SP, STF, DJU, 5-3-1982, p. 1550; Recurso de Habeas Corpus n. 59.4328-SP, STF, DJU, 19-3-1982, p. 2233.

Se a ordem for denegada pelo TRE, não se interpõe o recurso ordináriooconstitucional, mesmo porque ainda há outra instância a ser percorrida, que é o recurso ou a impetração direta ao TSE. Se este denegou. o pedido, pode o interessado interpor recurso ordináriooconstitucional para o STE Se o TSE, ao receber o recurso, não lhe der provimento, transinudou-se em autoridade coatora e, assim, nada impede possa ser impetrado outro writ ao STF, nos termos do art. 102, 1, i, da CF.

12. 0 recurso ordinário-constitucional e o agravo de instrumento

0 recurso ordinário-constitucional é interposto perante o Presidente do Tribunal que denegou a ordem de habeas corpus. E se dele o Presidente não tomar coffilecimento, ou, ainda que venha a

fazê-lo, não lhe der seguimento?

Embora o agravo de instrumento não tenha sido previsto, expressamente, para a denegação de recurso ordinário-constitucional para o STJ, por analogia deve ser invocado. Se assim não se entender, o único remédio será a reclamação de que tratam os arts. 13 a 18 da Lei ri.

8.038/90. Por outro lado, é possível que o direito pretoriano venha a admitir o agravo em eventual denegação de recurso ordinário-constitucional para o STJ. E mais que isso: agravo com o rito dos arts. 544 e 545 do CPC.

Mas se o recurso ordinário dever ser dirigido ao STF e for denegado, oponível será o agravo de instrumento, já agora por força do art. 313 do Regimento Interno do STF.

13. 0 "habeas corpus" na Justiga Militar E possível recorrer-se para o Tribunal de Justiça Militar (nos Estados que o possuem) ou para o STM de decisão denegatória de habeas corpus?

Não. A resposta negativa se justifica porque os órgãos inferiores da Justiça Castrense, seja estadual, seja federal, não têm competência para conhecer de pedidos de habeas corpus, e, se não podem conhecer, não haveria a possibilidade de denegá-los.

Na Justiça Militar, os pedidos de habeas corpus são sempre dirigidos aos órgãos de 2.' grau. Se estes os denegarem, oponível será o recurso ordinário-constitucional.

1 1

14. Casos especiais

i

Alguns casos que comportam a impetração de habeas corpus: a) se

o Juiz recebe denúncia ou queixa, cujo fato descrito não constitua crime

em tese, cabe habeas corpus; b) mesmo que o fato descrito constitua crime, se os autos do inquérito ou peças de informação que instruíram a

denúncia ou queixa não contiverem algum elemento sério de convicção quanto à existência do crime ou sua autoria, cabe habeas corpus para

trancar a ação penal, por falta de justa causa; c) se o condenado, após

i

cumprir a pena, continuar no cárcere, cumprindo eventual medida de i

segurança, cabe habeas corpus, com fundamento no art. 648, 11; d) se o

Juiz decretar a prisão preventiva, sem fundamentá-la, cabe habeas corpus,

por falta de justa causa; e) mesmo depois de haver transitado em julgado

eventual sentença condenatória, se o processo for manifestamente nulo,

como, por exemplo, se o crime deixou vestígio e não houve exame de corpo de delito direto ou indireto, se não houver citação ou esta se fez

irregularmente, se a defesa não interveio etc., cabe habeas corpus; J) se

estiver extinta a punibilidade, cabe habeas corpus; g) se o Juiz, no sursis,

i'

impuser condição estapafÚrdia que implique constrangimento, cabe habeas

corpus, como, por exemplo: se o Juiz, num processo-crime por agressão do marido contra a esposa, na sentença condenatória conceder o sursis, estabelecendo, como uma das condições, dever o condenado, mensal mente, ir

com a esposa ao Fórum ... ; h) se o auto de prisão em flagrante não atender às exigências legais, cabe habeas corpus etc.

1)

15. Observações

0 pedido de habeas corpus deve ser formulado em duas vias. Nada obsta que o interessado o remeta pelo correio. A segunda via será enca-

..S.

'~M

minhada à autoridade apontada como coatora, acompanhada de um ofício

À k)

1 -

em que o orgão competente lhe solicita as informações necessárias que

devem ser prestadas dentro de um prazo exiguo. Todavia, se bem ins truído o pedido do remédio heróico, não há mal em que se dispensem as informações.

E se, porventura, deixar o pedido de conter algum daqueles requi-

~~1

1

sitos apontados no art. 654, § L', do CPP? Cumpre ao Presidente do Tribunal ou mesmo ao Juiz de 1.a instância (se este for o competente) determinar seja ele preenchido. Se não o

for, o pedido será indeferido liminarmente. Outra causa, entretanto, poderá ensejar a rejeição in limine pelo Juiz ou Presidente do Tribunal (incompetência, p. ex.). Na primei-554

ra hipótese, ou o interessado recorre, ou impetra outro, perante o Tribunal

competente. Na segunda, isto é, quando o indeferimento liminar provier de Presidente de Tribunal, normalmente os Regimentos Internos prevêem o agravo regimental, simples petição circunstanciada a ele dirigida interposta no prazo de 5 dias e inaudita altera parte (sem que se ouça a parte ex adversa). Apresentado o agravo, ou o Presidente se retratará ou, então, o submeterá à apreciação do órgão competente para julgar o habeas corpus. Aliás, a segunda parte do art.

663 do CPP determina até que, no caso de

indeferimento in limine, o Presidente, ad cautelam, leve a petição ao Tribunal, Câmara ou Turma para que delibere a respeito.

16. 0 órgão competente dos Uibunais para julgar Qual o órgão competente para julgar o pedido de habeas corpus? No Tribunal de JustiV do Estado de São Paulo, é preciso distinguir: A) Os habeas corpus impetrados contra ato da Mesa ou da Presidência da Assembléia Legislativa, da Seção Criminal e dos Grupos do Tribunal ou de seus Juízes, inclusive do Presidente da respectiva Seção, oficiando como preparador, e do Procurador-Geral de Justiça, serão processados pelo Orgão Especial. Não obstante prescreva o § 2.' do art. 501 do atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar habeas corpus contra atos do Governador do Estado, queremos crer deva prevalecer a regra contida no art. 105, 1, c, da CF, que confere tais poderes ao STJ. B) Os habeas corpus impetrados contra atos dos Secretários de Estado, das Câmaras Criminais e de seus Juízes, bem como do Presidente da respectiva Seção, quando oficie como juiz preparador de feitos da Câmara, serão processados e julgados pelos Grupos Criminais ou Civis (conforme a natureza da matéria). C) Compete às Câmaras Civis e Criminais, conforme a natureza da matéria, processar e julgar os habeas corpus impetrados contra atos de Juízes de primeira instância. No Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, a competência é das Câmaras. Convém observar que se o constrangimento disser respeito a matéria civil (p. ex., prisão de alimentante inadimplente, prisão de falido, prisão de depositário infiel), a competência será de uma das Câmaras do Tribunal de Alçada Civil. Se, nessa hipótese, o feito for da alçada do Tribunal de Justiça, a competência será de uma de suas Câmaras Civis ou Grupo de Câmaras Civis, conforme já vimos. No STJ,

àJ

os habeas corpus contra ato de Ministro de Estado e Governadores serão processados e julgados pelo Plenário. Nos demais casos, por uma de suas Turmas (5.' e 6 a) . Ao STF compete processar e julgar, originariamente, pelo seu Plenário, os habeas corpus, quando o coator ou paciente for o Presidente da República, Vice-Presidente da República, a Câmara, o Senado, o próprio Tribunal ou qualquer de seus Ministros, o Procurador-Geral da República, os Tribunais Superiores da República. Nos demais casos, a competência será de suas Turmas. Nos Tribunais Regionais Federais, normalmente a competência é de suas Turmas.

Nos demais Tribunais, obedecer-se-á ao que dispuserem seus Regimentos.

17. Quando o constrangimento é ilegal

0 habeas corpus pode ser preventivo ou liberatório. 0 primeiro pode ser impetrado quando houver ameaça à liberdade de locomoção. 0 segundo, quando o paciente já estiver sofrendo a violência ou coação na sua liberdade ambulatória. 0 art. 647 do CPP fala em violência ou coação. De uma e de outra fala também o art. 5.', LXVIII, da Magna Carta. A violência é a vis absoluta, que se traduz num constrangimento físico, efetivo ou iminente (prisão, cárcere privado, seqüestro), e coação, na lição de Hungria, é o constrangimento de alguém, por meios físicos ou morais, a unifacere, ou a um nonfacere (cf. Comentários, cit., v. 1, t. 1, p. 25 1). Ambas geram um constrangimento. Então pode-se dizer que o constrangimento é espécie de que são gêneros a violência e a coação. Entretanto, no art. 648 do mesmo estatuto, o legislador não disse quando é que a violência ou coaçao são consideradas ilegais. Liinítou-se a dizer: a coação considerar-se~á ilegal... Mas, se a intenção do legislador foi a de permitir o uso do habeas corpus, desde que alguém sofra ou esteja na

. . 1 .

inimencia de sofrer um constrangimento na sua liberdade de ir e vir, bastaria dizer quando é que a coação é ilegal. Se a coação e a violência são formas de constrangimento, e sendo a coação um minus em relação à violência, entender-se-á que, naqueles mesmos casos elencados no art. 648, subentende-se a violência. Mas, se o legislador dissesse: a violência considerar-se-á ilegal....

estaria excluída a coação.

Diz o art. 647 do CPP: "Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir..." (grifos nossos). Entretanto a Constituição Federal, no art. 5.', LXVIII, limita-se a dizer:

"Conceder-se-á

556

li ~1

T i

habeas corpus, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer

Idêntica era a redação do § 23 do art. 141 da Carta de 1946.

É de se perguntar: não precisa a violência ou a coação ser iminente?

Ora, se a Constituição fala em "sofrer violência ou coação" ou "se achar ameaçado" de sofrê-la, parece claro que a violência tanto pode ser atual como iminente: a que está ocorrendo e a que está prestes a se desenca dear. Ameaçar, diz Aulete, é prometer mal. Estar ameaçado de e achar se na iminência de são expressoes semanticamente equivalentes, reveladoras de uma ação que está prestes a efetivar-se.

No Pequeno dicionário de língua portuguesa (Ed. Nacional, 1972), lê-se, a propósito dos verbetes iminente e ameaçar, o seguinte: Iminente: "que ameaça cair sobre alguém ou sobre alguma coisa; que está em via de efetivação imediata; pendente, sobranceiro".

Ameaçar: "W. rel. estar próximo a chegar; a aparecer acontecer".

Ora, tanto iminência como ameaça postulam a mesma raiz indoeuropeia mi .

n = saliência, proeminência (v. Dictiormaire des racines des langues européennes - Grandsaignes d'Hauterive,

4.---ed., Paris, Larousse, p. 127), ou seja, coisa suspensa e pendente, que é passível de queda a qualquer momento, constituindo-se, pois, figuradamente, em promessa de dano ou ameaça.

Assim, as perífrases achar-se na iminência de sofrer e estar ameaçado de sofrer refletem ações de matiz durativo ou contínuo, promissivas de dano, dano este que pode concretizar-se a qualquer momento.

Desse modo, no nosso entendimento, a Magna Carta, substituindo a expressão "se achar na iminência de sofre?' (art. 5.', LXVIII) pela "se achar ameaçado de sofrer", não alterou o disposto no art.

647 do CPR Fez uso, apenas, de expressão equivalente.

Que direito é protegido pelo habeas corpus? 0 direito de ir, vir ou ficar, isto é, o jus manendi, veniendi, eundi, ultro citroque. Enfim, a liberdade de locomoção, a não ser que a lei a restrinja, como nas hipóteses de prisão legal; de deportação, expulsão ou extradição de estrangeiros, quando permitidas (cf. Lei n. 6.815, de 19-8-1980, arts.

57/94, com as alterações da Lei n. 6.964, de 9-12-198 1); internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro hospital

adequado, ou, ainda, nos casos de tratamento ambulatorial (CP, art. 96); nas hipóteses de proibição de freqüentar determinados lugares (casas de tavolagem ou lugares licenciosos), como condição imposta na concessão do sursis.

Assim, desde que haja um constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir, ainda que iminente, seja resultante de uma violência, seja resul-1

i 1

tante de uma coação, é cabível o remédio extraordinário. E

tal cons

1 1

trangimento é ilegal:

1 - Quando não houver justa causa. E o que se entende por justa causa?

Aquela que é conforme ao direito. Se o ato de que se queixa o cidadão não tem sanção da lei, ou

não satisfaz os seus requisitos, não há justa causa, diz Bento de Faria (cf. Código, cit., 1942, v. 2, p. 243).

11 - Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.

Se o réu foi condenado a 3 anos e já está no cárcere há 3 anos e um dia, evidente o

constrangimento. A dúvida maior surge, entretanto, quando o réu estiver preso provisoriamente. Há entendimento de que os prazos devem ser somados para se saber se houve ou

não

i"

excesso. Se, num processo de rito ordinário da alçada do Juiz singular,

entre a segregação e a sentença, o prazo de 81 dias for ultrapassado,

.C,%,

haverá constrangimento ilegal. Um acórdão do Tribunal de Minas Gerais fixou o prazo de 81 dias para o encerramento do processo de rito ordinário:

Inquérito 10 dias (art. 10)

Denúncia

5

(art. 46)

Defesa previa

3

(art. 395)

Inquirição de testemunhas

20

(art. 401)

Requerimento de diligências 2

(art. 499)

Para despacho do requerimento

10

(art. 499, c/c o art.

800, § 3.')

Alegações das partes

6 dias (art. 500)

Diligências ex officio 5 " (art. 800,11) Sentença

20 " (art. 502, c/c o art. 800, § 3.')

Soma 81 dias

In "Habeas corpus" e desaforamentos; Emenda ri. 165, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1962, p. 145, apud Jurisprudéncia criminal, organizada pela Associação Paulista do Ministério Público.

Essa a orientação adotada no Estado de São Paulo. Sem embargo, a Associação Paulista do Ministério Público, em suas informações, observou: Embora não reconheçam os Tribunais paulistas excesso de prazo injustificado antes dos 81 dias, têm, contudo, relaxado a prisão, quando: a) há excesso de prazo na conclusão ou remessa do inquérito de réu preso ajuízo (RT, 382/311 e 328, 383/288, 398/368, 4131254); b) quando, decretada a prisão preventiva, o inquérito volta à~polícia para diligências (RT, 390/68 e 86); c) há excesso de prazo para o oferecimento da denúncia (RT, 368/353, 381/287, 385/259 e 401/94). Ao contrário, tem sido tolerado o excesso de prazo global, quando: a) decorra de manobras da defesa (RT, 393/242, 394/74); b) da internação do réu para exame psiquiátrico (RT, 381/149, 385/74, 391/366, 404n8,410/72).

No STF, o entendimento dominante é no sent ido de que os prazos se contam separadamente, não sendo possível considerar que o constrangimento ilegal suja apenas quando se tiver excedido o total dos prazos, de modo que o excesso de u~ossa ser compensado pela economia de outros (cf. RTI, 33/191, 33n85, 35/585, 39/368 e 39/544, apud informações da Associação Paulista do Ministério Público, ficha 0006). Outros julgados:

"Se, encontrando-se o reu preso, designa o Juiz, para iní cio da instrução criminal, prazo superior a 20 dias (CPP, art.

401), concorre para o excesso e dá lugar à concessão do writ.

Não há como invocarem-se dificuldades opostas ao regu lar andamento do processo, na citação de um dos co-réus..."

(cf. TFR, HC 4.899-CE (3251713), DJU, 10-3-1981, p. 1559).

"Os prazos processuais hão de verificar-se separadamente, para efeito de aferição de eventual excesso injustificado. Pode o réu, em novo habeas corpus, alegar ocorrência de demora injustificada, na formação da culpa, em fase processual subseqüente a que foi objeto de apreciação no pedido anterior" (cf. STF, DJU, 23-10-1981, p. 10629, RHC

59.246-5-PR).

"A custódia do paciente pela autoridade policial além do prazo do art. 66

da Lei n. 5.010166 e para término do inquerito, configura excesso de prazo e enseja a concessão da ordem" (cf. TRF, DJU, 29-10-1981, p. 10816, HC 5.105-MA).

No mesmo sentido: STF, Recurso de Habeas Corpus n. 48.900, DJU, 24-9-1971, p. 5133; RV, 58/388, 60/698, 62/303; Julgados do Tribunal de Alçada de São Paulo, 56/65, e RT, 530/412.

559

mente. Afinal, se o Código estabeleceu o prazo de 10 dias para a conclusão do inquérito e remessa a juízo, estando preso o indiciado, seria postergar a lei permitir-se a remessa no 16.' dia e, com açodamento, ser a denúncia oferecida no dia seguinte, e assim por diante.

Se toda e qualquer prisão provisória é um mal necessário, mas um mal, procurou o legislador estabelecer prazos razoáveis para a prática dos diversos atos, a fim de que o jus libertatis não sofresse maior constrangimento. Dir-se-á que, havendo economia de outros prazos, pode haver excesso de algum ou de alguns. Mas quase sempre a economia de prazos envolve um açodamento, uma precipitação, com sérios prejuízos para a administração da justiça (contra: Bento de Faria, Código, cit., v. 2, p. 243). Contudo, em se tratando dos crimes definidos nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368, de 21-10-1976, por força do parágrafo único do seu art. 35, acrescentado pela Lei n.

8.072, de 25-7-1990, "os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro". Trata-se do Capítulo IV da citada lei, e que se estende do seu art. 20 ao 35.

No nosso entendimento, devem os prazos ser contados separada-Aqui o prazo global é de 76 dias, e não 81.

Em se tratando de excesso de prazo na instrução, o problema mais comum está ligado ao art. 401 do CPP - que fixa o prazo de 20 dias para serem ouvidas as testemunhas de acusação, quando o réu estiver preso -, em face do disposto na primeira parte do art. 403 do mesmo

diploma, ao estabelecer que "a demora determinada por doença do réu ou do

defensor, ou outro motivo de força maior, não será computada nos prazos fixados no art. 401" (grifos nossos).

Sabe-se que a prisão provisória, por ser medida odiosa, coarcta, ainda mais, o status libertatis do réu, e, por isso mesmo, sempre que estiver preso em caráter provisorio, não so o procedimento informativo deve ficar concluído em diminuto espaço de tempo, como também a instrução criminal deve tramitar com celeridade. Daí as regras dos arts. 10, 46 e 401 do CPR

Ensina Espínola Filho: "Consoante a exigência do artigo 401, a inquirição das testemunhas arroladas na denúncia deverá estar concluída dentro no prazo de 20 dias, se preso o réu. 0 prazo se contará da data da apresentação da defesa prévia, se houver..." (cf. Código, cit., 3. ed., v. 4, p. 208).

0 desrespeito a tal regra gera um verdadeiro constrangimento ilegal. Mais uma vez Espínola: "Depreende-se dessa exposiçao que a unica 560

sanção do excesso de prazo é tornar ilegal o constrangimento que sofre o réu preso" (cf. Código, cit., v. 4, p. 233).

Aliás, é da tradição do nosso direito que a formação da culpa se faça com brevidade, em se tratando de réus presos. Já a Circular de 2-1-1865

dispunha:

"A formação da culpa aos réus presos deverá ser concluída sem a menor protelação, não excedendo o prazo de 8 dias depois da entrada daqueles na prisão, exceto quando houver afluência de serviço público ou dificuldade insuperável, não devendo tolerar-se que, a pretexto de negócios públicos ou dificuldades insuperáveis, seja iludido este salutar preceito da Lei, e convertido em regra o que é exceção.

Os Presidentes das Províncias devem fazer responsabilizar as autoridades que não cumprirem o que lhes fica recomendado .....

principio, pro

Eis que o mesmo Í Í Í fessa Ary Franco, preside o atual CPP, quando dispõe que as testemunhas de acusação, se o réu estiver preso, serão ouvidas dentro no

prazo de 20 dias (cf. Código de Processo Penal, 1970, v. 2, p. 157-8).

Tornaglii, falando por toda a doutrina, arremata: "Excedido o prazo de vinte dias para a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação, sem que o acusado preso seja posto em liberdade, a prisão do réu tornase ¡legal e enseja habeas corpus" (cf. Curso, cit., 1980, v.

2, p. 192).

Se o réu não pode ser culpado pela inobservância do prazo, é o habeas corpus o meio idôneo para pôr cobro à coação cautelar, por não se conter esta nos limites temporais em que a lei permite a vulneração da incoercibilidade no âmbito da liberdade ambulatória.

E bem verdade que prestigiosa corrente jurisprudencial entende que o prazo para o término do procedimento de rito ordinário, quando o réu está preso, é contado englobadamente, sendo de 81 dias.

A despeito desse entendimento, sem respaldo legal - data venia -

predomina no Excelso Pretório - guardião das nossas melhores tradições jurídicas - a consideração de que os prazos previstos no CPP contam-se separadamente, para a configuração do excesso.

E bem verdade que tal prazo não é absoluto, inflexível. 0 próprio Código, no art. 403, deixa entrever a dilação, no caso de força maior. Esta, na lição de Frederico Marques, é qualquer fato ou acontecimento, circunstância ou ocorrência, que sobrepuje e supere a diligência em-561

0...

C:~:

~'. ~ i.

1»i::

ù.,

.C »,~:

1

pregada para praticar o ato no prazo legal, ou crie obstáculo intransponível que impeça a realização do ato. Justo impedimento, enfim (cf. Elementos, cit., v. 2, p. 108). 0 acontecimento que o homem não pode evitar, conclui Tornaglii (cf. Curso, cit., 1980, v. 2, p. 489).

E se houver co-réu que deva ser citado por edital? Quid inde? Se se pretender manter o outro preso, cumprirá ao Juiz determinar a separação dos processos, consoante a regra do art. 80 do CPP, ou, então, procede-se à instrução, podendo o citado por edital requerer a reinquirição das testemunhas. A primeira hipótese é mais plausível, tanto mais quanto o art. 80 do CPP confere ao Juiz poderes para determinar a separaçao quando"... houver excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisoria, ou por outro motivo relevante".

Por isso mesmo o Egrégio Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal decidiu: "A citação de um co-réu, que se encontra em lugar incerto e não sabido, não impede que a instrução criminal prossiga em relação aos réus presos, ressalvando-se àquele, em caso de comparecimento, o direito de requerer a reinquirição das testemunhas"

(cf. Arquivo Judiciário, 90/309). No mesmo sentido, Revista do Tribunal de Justiça do Espirito Santo, 2/22, 1947, apud Espínola Filho, Código, cit., v. 4, p. 223).

Mais recentemente, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo assim se pronunciou:

562

"Admissível é a concessão de ordem de habeas corpus, se em face a excesso de prazo na formação da culpa, deixou o Magistrado de utilizar-se da faculdade do art. 80 do CPP, ainda que de ofício"

(cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Lex, 54/420).

"Havendo necessidade de citação editalícia, e conseqüente dilação de prazo, sem

responsabilidade do réu, sem valer-se o Magistrado do art. 80

do CPP, configura-se o excesso de prazo para a formação da culpa. Concede-se a ordem" (cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 60/112).

"Excesso de prazo na formação da culpa. Réu preso preventivamente. Início da instrução retardada em função de dificuldades relacionadas a co-réu.

Falta de pronto desdobramento do processo.

Ordem concedida" (cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 37/106).

"A liberdade do cidadão não pode ficar sujeita a azares, equívocos e distrações que importam em indesculpável constrangimento ilegal" (cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 20/80).

Como bem frisou Ary Franco, a questão relativa ao prazo de encerramento da instrução criminal sempre foi preocupação máxima dos poderes públicos, por isso mesmo que é mister acautelar os

interesses do réu, que não pode nem deve, como elemento da sociedade, ficar indefinidamente à espera de que os órgãos da sociedade que integram o Poder Judiciário ultimem a sua situação de acusado, para declará-lo inocente, ou não (cf. Código, cit., v. 2, p. 157).

Essa mesma preocupação de que falava Ary Franco entusiasmou os autores do atual CPP, estabelecendo a regra imperativa contida no art. 401: "As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro no prazo de vinte dias .....

É bem verdade, repit4-se, que tal prazo não é inflexível, inexorável. A flexibilidade permitida pelo art. 403 do mesmo estatuto não traduz nem revela, contudo, a possibilidade de, ante força maior, dever o réu permanecer preso, até o desaparecimento da causa impeditiva.

Exegese contrária afrontaria a mens legis e a mens legislatoris. Se a prisão cautelar sempre foi reconhecida pelo legislador como providência extrema e odiosa, tanto que estabeleceu as normas contidas nos arts. 295, 300, 310 e 314 do CPP; se a prisão provisória encontrou maior repúdio do legislador pátrio,

recentemente, com a adoção daquelas medidas benéficas referidas nas Leis ri. 5.491, de 23-11-1973, e 6.416, de 24-51977, não se pode admitir, por incongruente, quisesse ele permitir a prorrogação da medida constritiva da liberdade individual, em face de força maior para a qual não haja concorrido o próprio réu.

Por isso mesmo não passou despercebida ao atilado espírito do mestre Tornaglii esta judiciosa observação:

"A lei marca prazo para a realização de cada fase do processo (artigos 10, 46, 401, 407 etc.). 0 excesso de cada um desses prazos enseja a soltura do réu preso. Mesmo quando a lei ressalva o cômputo do tempo em que ocorre motivo defor ça maior (p. ex., art. 403), o que ela exclui é a responsabilida de de quem excede o tempo; mas não decorre dai que alguém possaficar indefinidamente preso" (cf. Curso, cit., v. 2, p. 3 84).

C.~:

.C,~:

r %

DI

A ~

li,

1

Por essas razões, a regra do art. 401 do CPP permanece intangível na sua imperativa determinação: as testemunhas arroladas na peça acusatória serão ouvidas dentro no prazo de 20 dias, se o réu estiver preso.

A regra categórica e incisiva do art 401 do CPI? sofre uma mitigação imposta pelo art. 403. Tal abrandamento, contudo, não se reflete no tempo da prisão cautelar e, com ele, não tem, tampouco, qualquer vinculação. Existindo força capaz de protrair o prazo para a ouvida das testemunhas arroladas pela acusação, estando preso o réu, exclui-se a responsabilidade do Juiz, persistindo, entretanto, o excesso, para a configuração do constrangimento ilegal, nos termos do art. 648, 11, do CPP, combinado com o art 401 do mesmo diploma.

Se não dermos aos arts. 648, 11, 401 e 403 do CPP essa dimensionalidade, o respeito à liberdade individual - que o Poder Judiciário deve preservar, velar e resguardar - terá, então, o destino das folhas mirradas e ressequidas das estações outonais...

Conclui-se, pois, a olho desarmado: a) a força maior a que se refere o art. 403 do CPP não abriga nem agasalha a circunstância de haver co-réu citado por edital; b) mesmo que se admita

interpretação diversa, a ressalva feita pelo art. 403 do mesmo estatuto

"exclui apenas a responsabilidade de quem excede o tempo", mas não autoriza a

perduração da providência constritiva da liberdade.

Todavia, em se tratando dos crimes definidos nos arts. 12, 13 e 14 da Lei ri. 6.368, de 21-10-1976, por força do parágrafo único do seu art. 35, acrescentado pela Lei ri. 8.072/90, o prazo global é de 76 e não de 81 dias.

Nos crimes de que trata a Lei ri. 9.034, de-3-5-1995 (organizações criminosas), por força da Lei n. 9.303, de 5-9-1996, que deu nova redação ao art 9.' daquele diploma, o prazo para o encerramento da instrução criminal será de 81 dias, quando o réu estiver preso, e de 120, quando solto.

111 - Quando quem ordenar a coação não tiver qualidade para fazê-lo.

Assim, por exemplo, toda e qualquer prisão determinada pela Autoridade Policial, fora das hipóteses de flagrante delito, implica constrangimento ilegal, porque lhe falece competência para determiná-la.

IV - Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação. Se o réu já cumpriu a pena que se lhe impôs, sua permanência no cárcere traduz indisfarçável constrangimento ilegal; se a fiança já foi prestada; se a prisão preventiva foi revogada; se houve a despronúncia; se foi concedido o sursis etc., em todos esses casos, se o réu continuar

preso, o meio hábil e rápido de fazer cessar o constrangimento por haver desaparecido o motivo que autorizou a coaçao e o habeas corpus.

V - Quando não for alguém admitido a prestarfiança, nos casos em que a lei a autoriza. Se a infração for afiançável, não se justifica a demora ou muito menos a sua não-concessão.

VI - Quando o processo for manifestamente nulo. E preciso tratar-se de nulidade evidente, e isto se dá "quando ausente algum pressuposto de existência da relação processual, ou de processo válido, ou faltar condição de procedibilidade" (cf. Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, p. 399).

Se o habeas corpus for concedido em virtude de nulidade do processo, os atos processuais contaminados pela nulidade serão renovados.

VII - Quando extinta a punibilidade.

18. Salvo-conduto

3)

Tratando-se de habeas corpus preventivo, se concedido, será expedido um salvo-conduto, assinado pela autoridade competente. Salvoconduto, do latim salvus (salvo) conductus (conduzido), dá a precisa idéia de uma pessoa conduzida a salvo. Daí a expressão "salvo-conduto" para exprimir o documento emitido pela autoridade que conheceu do habeas corpus preventivo, visando a conceder livre trânsito ao seu portador, de molde a impedir-lhe a prisão ou detenção pelo mesmo motivo que ensejou o pedido de habeas corpus.

19. 0 "habeas corpus" tranca o processo?

A finalidade do habeas corpus consiste em fazer cessar o constrangimento ilegal ou a ameaça de um ilegal constrangimento. Se for liberatório, o paciente será posto em liberdade ou, se estiver em liberdade, cessa o constrangimento; se preventivo, por meio dele se visa a impedir que o constrangimento venha a efetivar-se e, por isso, expedese um salvo-conduto, não podendo o paciente, pelo fato que lhe deu origem, vir a ser preso ou sofrer ameaça de sê-lo. Se, porventura, houver inquérito ou processo criminal em andamento, implica a concessão do habeas corpus seu trancamento? Nem sempre. A maneira do que dizia o art. 297 do CPI? do Amazonas, cuja clareza, com justa razão Espínola Filho enaltece, podemos afirmar: a concessão do habeas corpus

1

só impede o andamento do inquérito ou a marcha do processo, quando o prosseguimento de um ou de outro for incompatível com a decisão proferida. Assim, se o Juiz entender que o fato objeto de um inquérito policial é absolutamente atípico, aquele será trancado.

0 extinto TFR, no Recurso de Habeas Corpus n. 4.686-RS (DJU, 23-4-1980, p. 2730), assim se pronunciou:

"0 trancamento de inquérito policial através de habeas corpus só pode ocorrer como medida excepcional, quando se verifica ausência evidente de criminalidade. Existindo suspeita de crime, não se tem como impedir se prossiga na investigação.

ÀII

No caso, já remetido o inquérito à Justiça, não seria possível sonegar-se ao Ministério Público a faculdade de requerer diligências para o cabal esclarecimento dos fatos".

No mesmo sentido, o venerando aresto do extinto TFR, no Habeas Corpus n.

4.999-SP (DJU, 13-8-1981, p. 7662):

"0 habeas corpus não deve ser a via apropriada para o trancamento do inquérito policial no qual não se cogita da existência ou não de justa causa... Não deve o Poder Judiciário, em princípio, invadir a esfera de ação da Autoridade Policial, para substituir-se a esta, na presunção de que dele nada resultará".

Por outro lado, é de observar que os Tribunais ou Juízes, na apreciação de pedido de habeas corpus, não podem nem devem fazer um estudo aprofundado das provas. Entretanto, na indagação da falta de justa causa, nada impede o exame da prova, a não ser que se exija análise aprofundada ou analítica, como já decidiu o nosso Tribunal de Justiça (RT, 514/350). No mesmo sentido, STF, RTJ, 58/523. Vejam-se, também, as seguintes decisões:

"Não é possível obter, em habeas corpus, a absolvição do paciente, mediante aprofundado reexame da prova" (cf. STF, HC 57.513-3-RJ, DJU, 8-2-1980, p. 503).

"Habeas corpus para trancar ação penal, por falta de justa causa.

Inidoneidade do writ, por envolver análise aprofundada da prova" (cf.

STF, RHC 59.516-2-SP, DJU, 5-2-1982, p. 442).

"Habeas corpus. Exame de prova. Crime de uso de doeumento falso. Descabe solucionar no âmbito do habeas corpus controvérsia fundada na prova do fato" (cf. STF, RHC 59.4972-RJ,

DJU, 19-2-1982, p. 1134).

Apresentação do paciente

Impetrada a ordem de habeas corpus, estando preso o paciente, pode o Juiz ou até mesmo o Tribunal, se entender conveniente, determinar sua apresentação em dia e hora que forem

designados. Desobedecendo-lhe o detentor, poderá este ser preso e processado, sem embargo das providências tomadas para que o paciente seja excarcerado e apresentado perante o órgão competente para o julgamento do "remédio heróico". É claro que, estando aquele preso, nenhum motivo sério pode impedir a determinação da sua apresentação, salvo grave enfermidade ou não estar sob a guarda di pessoa a quem se atribui a detenção. Caso contrário, sua apresentação, se determinada, deverá ser efetivada. Pode ocorrer a hipótese de o paciente, por motivo de doença, não ser apresentado. Neste caso, o Juiz, se quiser, pode dirigir-se ao local em que ele se encontrar. Ocorre, muitas vezes, que, impetrado o habeas corpus, este perdeu sua razão de ser, porque o constrangimento ilegal cessou. Neste caso, é evidente, o pedido estará prejudicado.

21. Sanções

Concedida a ordem, resta indagar se houve ou não má-fé ou indisfarçável abuso de poder por parte da autoridade que determinou a coação. Havendo-a, não só será ela condenada a pagar as custas respectivas, como também serão extraídas certidões das peças necessárias do habeas corpus (ou, se for o caso, até mesmo dos autos principais) e encaminhadas ao órgão do Ministério Público, para as providências que lhe parecerem acertadas. Neste caso, o órgão do Ministério Público terá suas vistas voltadas para os arts. 3.' e 4.' da Lei n. 4.898, de 9-12-1965, que definem os crimes de abuso de autoridade.

22. Pedido de informações

Impetrado o writ e estando o pedido em ordem, isto é, conforme ao disposto nas

alíneas a, b e c do § 1.' do art. 654, o Juiz, ou o Tribu-567

i

1

1 '1

0 órgão do Ministério Público não funciona, na 1.a instância, nos pedidos de habeas corpus. Trata-se de um lamentável senão do legislador. Como fiscal da lei, devia ser ouvido.

Entretanto, legem habemus, e esta silencia a respeito. 0 direito pretoriano, contudo, admite possa o

'.' : 1

Promotor recorrer de decisão concessiva de habeas corpus (cf.

RT, 228/

C,'

75, 339n9 e 441/442). Note-se que até 1969 não se permitia sequer a ouvida do Ministério Público na 2. instância, como se constata pelo art. 610 do CPP. 0 Decreto-lei n. 552, de 25-4-1969, entretanto, alterou aquele dispositivo, determinando-lhe a ouvida, no prazo de 2 dias, tan to nos Tribunais Federais como nos Estaduais, nos processos de habeas 1*,~, corpus. Esse prazo lhe é concedido apos a prestação de informações pela autoridade coatora, salvo se o Relator as entender desnecessárias, ou se não forem prestadas. Após a manifestação do Ministério Público,.

os autos vão ao Relator para julgamento, independentemente de pauta.

Na sessão, poderão falar o Procurador-Geral de Justiça, ou quem suas vezes fizer, e o impetrante, desde que possua capacidade postulatória, pelo prazo de 10 ou 15 minutos para cada um, conforme o Regimento

).1

r,

Interno.

1)

24. Como pode ser impetrada a ordem de Ilhabeas corpus"

1

:

1

Normalmente, o pedido é formulado por meio de petição circunstanciada, que deverá conter: a) indicação do órgão a quem é dirigida (Juiz ou Presidente de Tribunal); b) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violên cia, coaçao ou ameaça; c) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça ou coação, as razões em que funda o seu temor; d) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas resi dências.

nal, se entender necessário, poderá requisitar à autoridade tida como coatora as informações sobre o constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade ambulatória, por violência ilegal, deduzido no petitum. Recebidas as informações ou dispensadas, será o habeas corpus apreciado dentro de 24 horas, se o órgão julgador for Juiz singular, ou na primeira sessão, se Tribunal.

23. Intervenção do Ministério Público

568

Pode, inclusive, o writ, dependendo da urgência, ser impetrado por telegrama, contanto que a linguagem lacônica não prejudique a exigência do art. 654, § 1.', a, b e c, do CPP. Nesse caso, a firma deve ser autenticada e as estações expedidora e receptora devem fazer alusão a tal circunstância. Nada impede, também, seja o pedido formulado através defax, tomando-se, contudo, o cuidado de se dar autenticidade ao pedido.

No habeas corpus, usam-se as expressões: paciente, para designar a pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer um constrangimento ilegal; impetrante, a pessoa que pede a ordem de habeas corpus; impetrada, a autoridade a quem é dirigido o pedido; coator, a pessoa que exerce ou ameaça exercer o constrangimento; e, finalmente, detentor, a pessoa que detém o paciente.

Embora não se exija a capacidade postulatória para a impetração de habeas corpus, ela se toma indispensável para a interposição de recurso e, até mesmo, para a susterétação oral nos Tribunais.

25. Concessão

Concedida a ordem, sera expedido ofício assinado pela autoridade competente (Juiz, Presidente de Tribunal, Presidente de Turma, de Cámara ou da Secção Criminal). Tal ofício normalmente é encaminhado à autoridade coatora, mas pode ser dirigido ao detentor ou até mesmo ao carcereiro. Dependendo da hipótese, a ordem poderá ser transmitida até mesmo por telegrama, devendo, nesse caso, ser autenticada a firma da autoridade, mencionando-se nele essa circunstância. Tratando-se de habeas corpus liberatório, será expedido alvará de soltura, salvo se o paciente, por outro motivo, dever continuar preso.

0 ofício ou o telegrama, em que se contém a ordem, será juntado aos autos respectivos, e, posteriormente, aqueles em que se processou o pedido de habeas corpus o serão aos autos principais, se for o caso.

0 carcereiro ou diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embaraçar ou procrastinar a expedição da ordem de habeas corpus, as informações sobre a causa da prisào1 a condução ou apresentação do paciente, ou a sua soltura, será multado na quantia de R$ ... a R$ ..., sem prejuízo de eventual processo criminal por desobediência. As multas serão impostas pelo Juiz ou Tribunal que julgar o feito.

569

1

26. Liminar em "habeas corpus"

Uma das mais belas criações da nossa jurisprudência foi a da liminar em pedido

de habeas corpus, assegurando de maneira mais eficaz o direito de liberdade. Malgrado as críticas que, injustamente, se fazem à Justiça Militar, cumpre registrar que tal providência -

liminar em habeas corpus preventivo - foi concedida pelo Almirante José Espínola, ilustre figura que perolou no STM (cf. RV, 33/590).

1~

Posteriormente surgiu outro caso. Em novembro de 1964 a Auditoria

da 4.' Região Militar decretou a prisão de Mauro Borges, então Governa

dor do Estado de Goiás. As tropas sediadas em Anápolis-GO já estavam

i

marchando em direção a Goiânia para cumprimento da decisão.

Impetrou

1

se o habeas corpus, que recebeu o número 41.296, distribuído ao relator

Min. Gonçalves de Oliveira. Como naquele dia não havia sessão no STF, quer do Plenário, quer de suas Turmas, Sua Excelência, o ex-Ministro Relator,

concedeu a liminar, pois, do contrário, de nada adiantaria a apreciação do

habeas corpus: a violência já estaria consumada. E, na r. decisão, obser-1.

vou: "Se no mandado de segurança pode o Relator conceder a liminar até

em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a c,

liminar, no habeas corpus preventivo, não pudesse ser concedida~'.

Evidente que para a concessão da medida extrema, observou o grande

Magistrado - como era e é de rigor - devem estar patentes os pressupostos das cautelares, isto é,

periculum in mora e fumus boni juri . S.

E, na primeira reunião do Plenário ou Turma, foi o habeas corpus 1 `

1

concedido por votação unânime. A partir daí os Tribunais passaram a conceder "liminar".

Tornaghi, sobre a medida liminar, em habeas corpus, registrou:

"Conquanto a lei não se refira à concessão de liminar em processo de

". j

habeas corpus, alguns acórdãos vão insinuando essa medida em nossa, vida judiciária. Necessidades de ordem prática e semelhança com o man

dado de segurança, em que a providência aparece como medida i

acautelatória (Lei n. 1.533, de 31-12-195 1, art. 7.', 11), servem de base

i

a essa prática" (cf. Curso, cit., v. 2, p. 391).

i

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover: "De natureza cautelar,

. 1

i

ao contrário, é a concessão liminar do habeas corpus que, embora não

expressamente autorizada pela lei, se esboça em doutrina, na esteira da

concessão in limine do mandado de segurança" (cf. Revista da Procu radoria-Geral do Estado de São Paulo, 17/196, dez. 1980).

570

A liminar, sendo, como efetivamente é, providência cautelar, exige, além daquelas condições de toda e qualquer ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse), o periculum in mora, isto é, aquele grave dano a que se referem os Regimentos dos Tribunais, ainda que provável, e ofumus bonijuris (a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda o writ).

Embora os Regimentos Internos dos Tribunais, e em especial o do STF, admitam decisão liminar em processos de habeas corpus; não obstante tal decisão guarde profunda e absoluta semelhança com a liminar dos mandados de segurança, não se deve nem se pode confundi-Ias. Na segunda hipótese, a concessão da liminar comporta agravo regimental. Na primeira, não. Essa dessernelhança se justifica em face da própria finalidade do habeas corpus, e, demais disso, haveria extensa e desmedida inconciliabilidade com o procedimento sumariíssimo do remédio heróico.

27. Extensão

1,

Observa Bento de Faria não ter cabimento o habeas corpus quando se tratar de pessoas indeterminadas, v. g., os empregados de determinado estabelecimento, os moradores de alguma casa etc., ainda quando referida uma das pessoas com o acréscimo de e outros. Neste caso, somente em relação à pessoa referida será conhecido o habeas corpus (cf. Código, cit., 1942, v. 2. p. 252). Data venia, é preciso distinguir. Tratando-se de pessoas indeterminadas, não será possível. Mas, se houver a individualização de uma delas, os demais poderão ser beneficiados, aplicando-se, por analogia, a regra do art. 580 do CPP. Daí várias decisões da Excelsa Corte no sentido de que é de se deferir em favor de pacientes que se encontram em situação idêntica dos co-réus beneficiados com a ordem (cf.

RV, 40/36, 45/94, 40/328).

28. Reiteração

Note-se que o pedido de habeas corpus pode ser reiterado no juizo de 1.'

grau, de 2.' grau, ou até mesmo no STJ ou STF, pela mesma pessoa que impetrou o primeiro, ou por outra. A reiteração deve ser formulada com novos documentos ou novos argumentos.

A Excelsa Corte entende que se o habeas corpus impetrado for mera reprodução de outro já indeferido, dele não se pode conhecer.

571

1

Mas, se renovado o pedido, com novos documentos ou outros argumentos, nada impede a reiteração. A propósito estes venerandos arestos:

"STF. Habeas Corpus n. 58.080-7-RJ, DJU, 24-10-1980, p. 8605. Habeas corpus. Reiteração. Não-conhecimento. Apurado que se trata de mera reiteração de pedido já julgado, dele não se conhece, segundo iterativa jurisprudência do STF".

"STF. Habeas Corpus n. 58.704-6-DF, DJU, 20-3-1981, p. 2229. Habeas corpus. Mera reiteração de pedido anterior. Habeas corpus não conhecido."

"STF. Habeas Corpus n. 59.205-8-RJ, DJU, 13-11-1981, p. 1 1414. Habeas corpus. Não se conhece quando é reiteração de outro idêntico anteriormente indeferido."

"STF. Recurso de Habeas Corpus n. 59.938-9-AM, DJU, 1

. t:I

~I

S4

18-6-1982, p. 5988. Habeas corpus improvido. Reiteração do é1

pedido. Alegação de falta de justa causa e incompetência da L

Justiça Militar objeto de anterior julgamento do STF."

Se for impetrado pedido de habeas corpus e o interessado quiser substituí-lo por outro, poderá fazê-lo, desistindo do primeiro e apresentando novo.

Impetrado o habeas corpus por estranho, dele não se conhecerá se desautorizado pelo paciente (cf. Reg. Int. do STF, art. 192, parágrafo único).

,): 1 29. Recursos extraordinário e especial J

Já vimos que, uma vez denegado o pedido de habeas corpus, duas

opções se apresentam ao interessado: recorre da decisão denegatória ou

impetra outra ordem diretamente ao órgão jurisdicional superior àquele

que denegou o writ, salvo se a denegação partir dos Tribunais Regio nais Federais e Tribunais Estaduais e do Distrito Federal, quando, en

tão, caberá recurso ordinário para o STJ, não podendo tal recurso ser

substituído por pedido originário. Também caberá recurso ordinário se

a decisão denegatória partir de Tribunal de Justiça Militar. Se a decisão

denegatória partir de Tribunais Superiores - em única instancia -, o

recurso ordinário será dirigido ao STE Note-se: única, não última.

572

Se a concessão ocorrer na 1.a instância - Justiça Comum Estadual, Justiça Comum Federal, Justiça Eleitoral -, oponível será o recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 5 8 1, X, do CPP, sem embargo de dever o próprio Juiz recorrer de ofício, segundo a regra do art. 574, 1, do CPP.

Se a decisão denegatória partir do TRE, poderá ser interposto o recurso a que alude o art. 276, 11, b, do Código Eleitoral, dentro no prazo de 3

dias, a partir da publicação da decisão (cf. Código Eleitoral, art. 276, § L').

Nos demais casos, se concedido o remédio heróico, o recurso oponível será o extraordinário ou o especial. 0 primeiro, dirigido ao STF e o segundo, se for o caso, ao STJ. Poderá ser oponível o extraordinário das decisões proferidas em única ou última instância (pouco importa o Tribunal), se a decisão contrariar a CF, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF ~CF, art.

102, 111, a, b e c).

Se a decisão concessiva do habeas corpus, proferida em única ou última instância, provier dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada, Tribunais de Justiça Militar (estes últimos denominados Tribunais dos Estados), cabível será o recurso especial, se a decisão contrariar tratado ou leifederal ou negar-lhes vigência; se julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal e der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, 111, a, b e c, da Magna Carta).

Cumpre observar que, se a decisão concessiva, em única ou última instância, partir do STJ, TSE ou STM, o único recurso será o extraordinário, se a decisão o comportar.

30. Nâo-cabimento de "habeas corpus"

Não cabe habeas corpus contra a prisão administrativa, atual ou inúnente, dos responsáveis por dinheiro ou por valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu

recolhimento nos prazos legais, consoante a regra do art. 650, § 1% do CPP. 0 mesmo dispositivo, entretanto, ressalva: a) se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado; b) se a prisão exceder o prazo legal. Não obstante, pelo que se infere do inc. LXI do art. 5.0 da Constituição da República, já não existe prisão administrativa. À exce-573

C,.

li.,

ção do flagrante, ninguém poderá ser recolhido a prisão sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Assim, a regra do art. 650, § 1% do CPP perdeu toda a sua importância.

E se se tratar de punição disciplinar? 0 § 23 do art. 141 da Constituição de 1946, cujo conteúdo foi repetido na Carta de 1967, proibia o habeas corpus quando se tratasse de punição disciplinar:

"Nas transgressões disciplinares não cabe o habeas corpus", dizia o texto. A Constituição atual não cuidou do assunto; logo, cabe. Esclareça-se, contudo, que, em se tratando de punição disciplinar militar, o § 2.' do art. 142 da CF não permite o uso do habeas corpus.

Não permite, em termos; mesmo porque, se quem punir não tiver autoridade para fazêlo, se houver excesso de prazo da medida constrangedora, se não houver previsão legal, por exemplo, o habeas corpus é impetrável, tal como o era quando a Constituição anterior o vedava para as transgressões disciplinares, consoante lição de Pontes de Miranda (Comentários à Constituição Federal de 1946, 3. ed., Borsoi, 1960, t. 5, p. 257).

31. Ato de particular

Pode ser impetrada ordem de habeas corpus contra ato do particular? Há quem entenda que o constrangimento há de provir de uma autoridade. Quando a violência provier de particular, dizem,

caberá a ação da polícia para frustrá-la. Bento de Faria chegou a tal conclusão pela análise dos arts. 649, 650, § L', 653, 660, § 5.', 662 e 665 do CPP, que falam sempre em "autoridade coatora".

Todavia Costa Manso, Pedro Lessa, Aureliano Guimarães, João Mendes Jr., citados pelo próprio Bento de Faria, entendem que a ilegalidade pode emanar do particular (cf. Comentários ao Código Penal, v. 2, p. 247).

Magalhães Noronha, dentre outros, acha também possível a impetração de habeas corpus contra o ato do particular, mesmo porque o texto constitucional fala apenas em "ilegalidade ou abuso de poder", expressões amplas que não se circunscrevem à conduta de autoridade (cf. Curso de direito processual penal, p.

541 e s.).

De fato, o art. 5.', LXVIII, da Magna Carta não fala em autoridade.

Entretanto, no inciso seguinte, ao cuidar do mandado de segurança e habeas data, acrescenta: "... quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

574

A jurisprudência, no particular, ora é favorável à extensão, ora contrária. Vejam-se, a propósito, esses venerandos acórdãos na RT, 291/64, 304/700, 509/336 e 514/307 e RF, 167/369, 147/443 e 149/416.

Aliás, diga-se de passagem, bem claro, a respeito, era o art. 344 do Código de Processo Criminal do Império. Ali se dizia ser cabível o habeas corpus, quando "... algum cidadão, oficial de justiça, ou autoridade pública, tivesse ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção".

Alega-se que, se o particular comete o constrangimento ilegal, a Polícia deve intervir... E se não intervier? Quid inde? Somente o heróico remédio poderá fazer cessar a violência ou coação.

Veja-se, a propósito, Tornaghi (Curso, cit., v. 2, p. 387).

Além dos julgados supracitados, vejam-se, ainda, os venerandos acórdãos publicados na RT, 309/85, 143/472, 493/316, 509/336, 5521 223 e RJTJSP, 66/332 e 80/432.

Em dezembro de 84, a Folha de S. Paulo chegou a publicar, em sua primeira página, sob o títulè) "Juntos até a morte, assegura a Justiça", o curioso caso de um filho que internara seus pais no

Departamento de Geriatria D. Pedro II, da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia, no Jaçanã, em São Paulo. 0 habeas corpus fora concedido em 1.a instância e confirmado pela Colenda 5 a

Câmara Criminal do Tribunal de Justiça. Evidente, pois, tratar-se de coação

praticada por particular, amparada por habeas corpus.

32. Problemas especiais

1. Se a decisão for proferida por Câmara, Seção ou Turma, não pode o interessado impetrar outro habeas corpus, em face da decisão denegatória, para o Pleno, pois a Câmara, Seção ou

Turma, ao decidir matéria que lhe é afeta, representa o próprio Tribunal (cf. RT, 537/414 e DJU, 11-9-1981, p. 8788, apreciando o HC 58.272).

2. A circunstância de o CPP haver previsto recurso próprio para combater a decisão concessiva ou denegatória de habeas corpus (art 5 8 1, X) ou o Código Eleitoral, no art. 276, 11, b, cuidar de recurso para o TSE, quando denegatória a decisão, não impede a impetração do writ. 0 interessado recorre ou impetra outro ao órgão superior. E se a decisão denegatória partir de Tribunal Superior ou dos Tribunais Estaduais ou Federais? Nesses casos, o recurso oponível, conforme já vimos, é o ordinário-constitucional, nos termos dos arts.

102, 11, a, e 105, 11, a, ambos da CE Será possível a substituição desse recurso ordinário por habeas corpus origi-575

I ~ I i

1. ~ 1 ~

iL

b1)

... ì 'i

nário? Em se tratando do STJ, o entendimento é pacífico. Aliás, é comum o interessado, além de interpor recurso ordinário, impetrar outro habeas corpus diretamente ao STJ. Quanto ao STF, a

Constituição anterior (art. 119, 11, c) vedava a substituição do recurso ordinário por habeas corpus originário. Assim, se os Tribunais Superiores denegarem habeas corpus ou negarem provimento a recurso ordinário interposto de decisão

denegatória de habeas corpus, caberá recurso ordinário para o STF, nos termos do art. 102, 11, a, da CF. Como não há norma proibitiva, será possível a substituição desse recurso pelo habeas corpus.

3. 0 fato de estar foragida a pessoa que está sofrendo ou na iminência de sofrer um constrangimento ilegal não impede a impetração de habeas corpus. Nesse particular, tranqüila é a jurisprudência.

Vej a-se, a propósito, a publicada no DJU, 11-12-1978, p. 10046.

4. É comum, quer nas comarcas de muito movimento, em que há Juízes de plantão, ou mesmo em comarcas com dois ou mais Juízes com jurisdição cumulativa, um deles conceder habeas corpus.

Pergunta-se: remetidos os autos do inquérito, aplicar-se-á a regra contida no art. 83 do CPP? A resposta é negativa. Caso contrário, sobrecarregarse-ia o Juiz que apreciasse os pedidos de habeas corpus.

Nesse sentido, os venerandos acórdãos na RT, 418/72, 498/333 e 513/543.

5. 0 indeferimento liminar do habeas corpus verifica-se não só quando manifesta a improcedência do pedido, como, também, se a petição desobservar as regras contidas no art. 654, § 1.', do CPP, como, por exemplo, não declinar a espécie de constrangimento, ou mesmo se faltar a assinatura, nos termos da letra c do § 1.' do art. 654 do CPP.

Também, se impetrada a ordem por telegrama, a assinatura não estiver autenticada. A propósito, STF, Habeas Corpus n.

57.771-7-RN, DJU, 6-6-1980, p. 4135.

6. Sobre o sentido da expressão se denegatória a decisão, contida no art.

102, 11, a, da CF, que era a mesma contida no art. 119, 11, c, da Emenda Constitucional n. 1/69, assim se manifestou a Excelsa Corte" ... A interpretação da expressão 'se denegatória a decisão' contida no art. 119, 11, c, da CF, para efeito de cabimento do recurso, deve compreender tanto a decisão que julga improcedente o pedido, como a que dele não conheça, ou o julgue prejudicado, porquanto o que se tem em vista é a recusa da vantagem que se busca pela

prestação jurisdicional..." (cf. STF, RHC 59.538-BA, DJU, 12-4-1982, p. 3210).

576

33. Mandado de segurança

E cabível o mandado de segurança em matéria criminal? A Constituição Federal, no art. 5.0, LXVIII, cuida do habeas corpus para tutelar o direito de ir e vir -jus manendi, eundi, veniendi, ultro citroque (direito de ficar, ir e vir de um para outro lugar). Enfim, tutela-se the power of locomotion. No inciso seguinte, proclama a Lei Maior que sera concedido mandado de segurança "para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus... quando o responsável pela

ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública Infere-se do texto constitucional não haver nenhum obstáculo quanto ao ingresso do mandado de segurança na área penal. Enquanto o habeas corpus ampa ra o direito de locomoção, o mandado de segurança protege aquel'outros já citados, conquanto líquidos e certos, e dês que haja ilegalidade ou abuso de poder.

Na primeira Públici, como a Constituição de 1891, ao cuidar do habeas corpus, foi omissa quanto ao direito por este amparado, não o restringindo à proteção da liberdade ambulatoria, a jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso, era no sentido de se conceder o writ para amparar e proteger "qualquer direito que tivesse como pressuposto de exercício a liberdade de locomoção".

Concedia-se o habeas corpus para a reintegração de funcionários públicos, para a publicação de artigos lidos da tribuna do Congresso durante o estado de sítio... E, assim, o Excelso Pretório, tendo estendido o raio de ação do habeas corpus, abrangeu outros direitos que hoje seriam postulados pelo mandado de segurança, escrevendo, pois, uma das páginas mais bonitas da nossa história, ou, como disse Oswaldo Trigueiro, a sua fase romântica.

Em 1934 o mandado de segurança ingressou no nosso ordenamento. E cada um desses institutos seguiu o seu próprio curso. De regra, no campo repressivo, o remédio jurídico de larga aplicação é o habeas corpus. Excepcionalmente o direito pretoriano admite o mandado de segurança, dês que atendida a prescrição do art. 5.' da Lei n. 1.533/51.

Se houver previsão de recurso para combater a ilegalidade ou abuso de poder, descabe o writ. Nesse sentido a Súmula 267

do STE Esta, entretanto, através dos tempos, tem sofrido tão acentuado abrandamento que o STJ, julgando o Recurso em Mandado de Segurança n. 2.140-3-SP, chegou a afirmar "caber mandado de segurança contra ato judicial, independentemente do recurso cabível, se evidente a ilegalidade ou o abuso

l

tal se entende aquele que se comprova de plano, mesmo porque não se admite instrução probatória, ou, como dizia Buzaid, "é aquele insuscetível de contestação" (Comentários à Lei do Mandado de Segurança, Forense, 1989, p. 73). Não bastam, contudo, a certeza e a liquidez. Malgrado o v. acórdão supracitado, é preciso não haja previsão de recurso com efeito

suspensivo. É preciso, ainda, que o ato ou decisão afronte a lei ou seja praticado com abuso de poder, e, em conseqüência, seja lesivo do direito do impetrante.

Não é muito freqüente o seu uso na esfera penal. Contam-se nos dedos os casos decididos: a) para o Advogado obter vista dos autos fora do cartório (RT, 586/204, 592/311,

611/362); b) para ser admitido como assistente (RT, 150/524, 577/386; Jurisp. do TACrimSP, de Aze-o .1 vedo Franceschini, v. 1, p. 632; JTACrimSP, 74/179); c) contra apreensão em excesso de objetos contrafeitos para instruir ação penal nos crimes

contra a propriedade imaterial (RT, 613/320); d) para obter efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução e ao recurso em sentido estrito (RT, 634/296, 635/376, 664/279; RJVSP, 91/486, e Súmula 3

das Mesas de Processo Penal da USP); e) para se conseguir a restitui ção de coisas apreendidas (RT, 592/321, 606/331, 607/305).

De se notar que o mandado de segurança, ao contrário do que ocorre com o habeas corpus, somente pode ser impetrado por quem tiver capacidade

postulatória. Senão, não. A

impetração deve ser dirigida ao mesmo órgão que tiver competência ratione materiae: Turma ou Cá-

".1

mara Criminal. As vezes, é o inverso: é a impetração de habeas corpus

na esfera civil. Assim, se houver ilegalidade quanto à prisão do alienante

inadimpilente (art. 733 e parágrafos do CPC), ou do depositário infiel (art. 904 do CPC), o habeas corpus será apreciado pela Turma ou Cá mara Civil. Nesse sentido o art. 501, § 1.', do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

578

de poder" (DJU, L'-2-1993, p. 468). Mas o que se tornou pacífico foi o cabimento do mandamus não só quando não houver recurso previsto, como, ainda que existente, quando não apresente efeito suspensivo.

0 mandado de segurança ampara o direito líquido e certo. Como l~

1

1 ~ ' ~ ! ~ ~: ~_1"~ 1 , . ,

~ 5 1 . 1 ~ ~~ , -~ìb

r~ j ,

. - ;i ~j ~ '4 ',1 '0 (A <,A. ', , , -, 1 ~

03'

2, U j>

, :

1-1..~ i ~ ~ ~~ *,i , ,, ';lì 1

. 1t , 1 11~i 1;.: ~ :-.~ ,

1

1

11 ~2 - 1 ~ ', ~

capítulo 72

Da Revisao

SUMÁRIO: 1. Observações preliminares. 2. 0 erro judiciário e a coisa julgada. 3. A revisão pro societate. 4. A revisão 4

criminal no Brasil. 5. Natureza jurídica. 6. Pressuposto primordial da revisão. 7. Oportunidade. 8. Legitimidade. 9. 0 Ministério Público poderá requerer a revisão? 10. A revisão e a decisão do Júri. 11. Competência.

12. Os fundamentos do pedido. 13.

Extinção da punibilidade. 14. Unificação de penas. 15. Revisão para aumentar a pena. 16. Pode o Tribunal conceder mais do que lhe foi pedido?

17. 0 condenado precisa recolher-se à cadeia? 18. Conversão em diligência. 19. A regra dos arts. 621 e

626.20. Absolvição e revisão. 21. Prazo. 22. 0 pedido. 23. Procedimento.

24. Julgamento. 25. Improcedência. 26. Procedência. 27. Conseqüências.

28. Anulado o processo, poderá ser aumentada a pena? 29. Reiteração. 30.

Sentença estrangeira. 31. A

Justiça Eleitoral. 32. Morte do condenado. 33. A indenização.

1. Observações preliminares

Proferida a sentença final, ainda que terminativa de mérito, ensejase às partes o uso das vias impugnativas, que, no nosso Direito, apresentam-se com intensa policromia: recurso em sentido estrito, apelação, protesto por novo Júri, embargos infringentes, embargos de nulidade, embargos declaratórios, carta testemunhável, recurso ordináriocons-

~. k)

produzem má apreciação do fato objeto do processo. A crônica judiciária, através dos tempos, tem mostrado como a semelhança dá causa aos 580

titucional, recurso criminal ordinário-constitucional, recurso extraordinário, agravo de instrumento, correição parcial, agravo regimental, sem falarmos no instituto do habeas corpus, posto pelo legislador no

elenco dos recursos. Aquele que não se conformou com a decisão do Orgão Jurisdicional pode, por meio dos recursos, pleitear a sua reforma. É

certo que os Tribunais de 2.' instância também erram. Mas, como diz Buzaid, não é menos verdade que eles reúnem maior tirocínio e experiência, além de ilustração e cultura, adquiridas ao longo dos anos no exercício da função judiciária (cf. Estudos, cit., p. 103).

0 duplo grau de jurisdição demonstra uma preocupação constante do Estado em realizar a justiça. Na evolução histórica do Processo Penal, essa tendência, essa inquietação em se lograr uma justiça tanto quanto possível perfeita, tem sido uma constante. Mesmo ao tempo das torturas e das provas legais, esses meios de prova e sua apreciação representavam na época, como diz Leone, expressão desta tendência à sentença justa (cf. Trattato, cit., 1961, v. 3, p. 258).

Ensina João Monteiro, com apoio em Pisanelli, que o recurso corresponde e satisfaz a uma tendência irresistível da natureza humana; é a expressão legal do instinto que leva todo homem a nao se sujeitar, sem reação, ao conceito ou sentença do primeiro censor ou Juiz.

E, citando Berittiam, acrescenta que é uma lei fisiológica, cuja genetriz está na falibilidade humana (cf. Processo, cit., 4. ed., p.

591).

A atividade jurisdicional, como outra de qualquer setor da atividade humana, está sujeita a erros. Quantos veículos não saem das fábricas com defeitos! Quantas decisões não evertem, invertem e subvertem o bom Direito! A justiça é feita pelos homens, simples criaturas humanas, sem o dom da infalibilidade. As provas que devem servir como "espelhos da verdade", representativas que são do thema probandum, por causas diversas, fornecem imagens deformadas. Os depoimentos infantis, as anomalias dos órgãos dos sentidos, a sugestionabilidade, o interesse, as paixões, o ódio, o amor, a vingança, a simpatia ou antipatia, o espírito de solidariedade, os laços de família ou de conveniência, o amor à Pátria, o espírito de seita, partido ou grupo, a psicopatia geram, consciente ou inconscientemente, testemunhos imperfeitos. Aliem-se, ainda, a ilusão, a emoção, a falta de atenção, o transcurso do tempo, a brevidade da percepção e outras causas. Tudo são fatores que erros nos reconhecimentos. Os documentos, verdadeiras testemunhas mudas que não se niquelam, contêm, às vezes, uma falsidade (mutatio ou imitatio veritatis). Por outro lado, o açodamento na

realização das audiências, a falta de zelo do Magistrado na colheita do material probatório, a desídia e falta de perspicácia das partes e até mesmo do Juiz na formulação de perguntas às testemunhas, a instrução criminal malfeita e a falsidade dos meios de prova, tudo conduz o Magistrado a proferir uma sentença injusta. Às vezes, embora em casos raros, o erro decorre da falta de probidade do Juiz, do seu interesse em congraçar-se com um dos litigantes, de idéias preconcebidas a respeito de pessoas e das "suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, que fazem com que o Juiz guarde tendências que o orientam inconscientemente nos seus atos". Há Juízes que têm completa aversão pelos criminosos sexuais; outros, pelos homicidas...

Não houvesse orgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores para controlar e reexaminaráas decisões provindas dos órgãos inferiores, inegavelmente a situação seria de descalabro. Nunca é demais repetir a célebre frase atribuída a Ulpiano: nem sempre quem julga por último julga melhor. Mas, concluir daí para a abolição do recurso, dizia o nosso João Monteiro, não será o mesmo que fazer da exceção regra? E será de boa doutrina abolir a regra, que em princípio se reconhece conforme à natureza humana - sem cuja consulta não haverá direito

legítimo -, só porque a exceção pode raramente subverter a regra? (cf. Processo, cit., p. 593).

Certo, como já se disse, que não é pelo número de reexames que se mede o grau de justiça de uma sentença. Mas os Tribunais superiores, constituídos de homens que de há muito fizeram seu noviciado na judicatura, onde, com o passar dos tempos, adquiriram experiência e cultura, estão mais aptos a acertar e, por isso mesmo, oferecem maior penhor de garantia de realizar ajustiça tanto quanto possível perfeita. Certo, como dizia, salvo engano, Vieira, deslizam até mesmo os que escrevem com tinta de ouro. Os deslizes, contudo, são menores e raros.

Mesmo fazendo uso dos meios legais de impugnação da decisão, há um momento em que impossível se torna outro reexame: é quando se esgotam todas as instâncias. 0 ato jurisdicional torna-se irrecorrível, e a sentença, justa ou injusta, é considerada inatacável e irrevogável. Torna-se ela, então, inimpugnável. (coisa julgada formal), impedindo, também, que em outro qualquer juízo se instaure outro processo sobre

ù..

.C*r,

:~' i

.~. i

o mesmo litígio. É que, como diz Liebman, o comando emergente da sentença se tornou imutável. A paz social exige a estabilidade dos direitos, e isto não seria conseguido, se, por acaso, os litígios não tivessem fim. A renovação contínua dos processos tornaria a vida insuportável. Já se disse que os vencidos nunca são convencidos. E uma verdade axiomática. Sendo assim, os litígios jamais teriam um ponto final. Por isso o Estado, embora permita às partes lutarem por uma decisão justa, fornecendo-lhes uma gama de remédios processuais, não permite, contudo, pelo interesse prático da estabilidade das relações jurídicas, que os litfgios se eternizem. E Laurent acrescenta:

"Mais quand les recours que la loi organise sont epuisés, il faut que les procès

aient une fin; si l'on pouvait toujours les renouveler sous prétexte d'erreur, les contestations se perpétueraient et le monde ne serait qu'un immense procès..." (cf. Laurent, apud Joâo Monteiro, Processo, cit., p. 738, nota 3).

Desse modo, se as partes, perfas ou per nefas, não interpuserem recursos para reexame das decisões e, se interpostos, esgotarem-se as vias impugnativas, a decisão, certa ou errada, justa ou injusta, torna-se inimpugnável e imutável: res judicata pro veritate accipitur. A coisa julgada é tida como verdadeira.

2. 0 erro judiciário e a coisa julgada

Por causas de origem variada, e vimos muitas delas no número anterior, a decisão transitada em julgado às vezes consagra e encerra uma rematada injustiça. Claro que é uma incongruencia, mas, como ja se disse, se os vencidos nunca são convencidos, os processos não teriam fim. 0 Estado, então, viu-se numa encruzilhada: ou permitir a instabilidade dos direitos, permitindo a renovação dos processos, sem quaisquer limites, ou, como disse Schinidt, preferir "el efecto preclusivo de la res judicata, como mal menor" (cf. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal, trad. J. M. Nuñez, Buenos Aires, 1957, p. 164). Então, em benefício da paz e da ordem, preferiu, como menor dos males, a coisa julgada.

Mas o princípio de que a res judicata é intangível não é de todo absoluto. Se no cível, onde, de regra, estão em jogo interesses disponíveis, desde que satisfeitos os pressupostos legais, pode a parte investir contra a coisa julgada por meio da ação rescisória, quanto mais se se

tratar de sentença penal! Uma condenação injusta é prejudicial ao réu e à sociedade que, com justa razão, passa a desconfiar da justiça. "Une injusticefait à un seul est une menacefaite à tous", dizia Montesquieu. Por isso, desde épocas remotas se admitem providências para jugular a injustiça de uma decisão condenatória. A indulgentia principis era a válvula de segurança para as condenaçoes iniquas. Tal providência, contudo, não era um direito do réu, mas simples providência de natureza administrativa, que muito dependia da boa vontade do soberano.

Ao tempo em que os povos europeus estavam sob o domínio germânico-barbárico, e vigoravam as ordálias ou juízos de Deus (sistema de prova que reduzia o julgador a simples espectador do resultado probatório), houve tentativas no sentido de ser introduzido o instituto da revisão criminal. Muito embora houvesse a crença de que a Divindade intervinha nos julgamentos para impedir que os inocentes pagassem pelos erros dos outros, cometeram-se muitas atrocidades judiciárias, e, sem embargo, houve ten~z resistência à revisão. Ao que parece, foi o Code d'Instruction Criminelle que transfigurou o instituto da revisão, passando ele de simples providência administrativa, ao sabor da vontade do monarca, a um verdadeiro direito do injustiçado.

Só do injustiçado? E se a sentença absolutória contivesse clamorosa injustiça? Se se admitiu a vulneração da coisajulgada para se impedir uma condenação iníqua, pela mesma razão, se as decisões absolutórias fossem também injustas, em face do princípio de que nec delicta maneant impunita, dever-se-ia, também, permitir a abertura de uma brecha sobre o muro de contenção que protege a res judicata. Mas não é assim. Com acerto observa o mestre Frederico Marques: se o status libertatis é fundamental para a pessoa humana, constituiria um atentado, sem justificativa, aos princípios que tutelam e garantem a dignidade e os direitos do homem, colocar, em termos absolutos, a proeminência da segurança jurídica, na realização da Justiça, a ponto de sacrificar-se um bem jurídico tão relevante como a liberdade (cf. Elementos, cit., 2. ed., 1970, v. 3, p. 75).

Não, contudo, se se tratar de sentença absolutória. Disse-o, em poucas palavras, Alimena: "Amessa Ia revocabilità delle sentenze assolutorie, nessun imputado assolto protebbe più essere sicuro della sua sorte e si prolungherebbero indefinitamente le sue ansie e suoi timori, con grave ofessa della tranquilità".

11 1

E Jorge A. Romeiro enfatiza: não há termo de comparação, em frente da opinião pública, entre a condenação de um inocente e uma absolvição injusta, ainda que motivada esta por uma ação criminosa do próprio réu (cf. Da revisão, Forense, 1964, p. 81).

Hoje, em todas as legislações do mundo civilizado, a coisajulgada penal, a despeito de necessária à ordem pública, deixa-se violentar quando um interesse mais alto a sobrepuja: uma sentença condenatória manifestamente injusta. E o

remédio jurídico-processual que permite reabrir-se o processo, em que se cometeu a injustiça, rasgando-lhe o selo da intangibilidade, é a revisão criminal.

3. A revisão "pro societate"

Certo que, em muitas legislações, admite-se, também, a revisão, mesmo nas hipóteses de sentenças absolutórias injustas. Jorge A. Romeiro, em sua monografia citada, pesquisando a revisão pro societate, denominação que se dá à revisão de sentenças absolutórias, encontrou-a, com maior ou menor intensidade, nos Códigos de Processo Penal alemão, atualizado em 1.'-5-1960 para a Alemanha Ocidental, § 362; norueguês, de L'-7-1887, § 415; Lei Federal de Processo Penal suíça, de 15-6-1934, art. 229 (salvo os Cantões de Nidwald, Valais, Vaud e Genève);

Lei Processual sueca, de 18-7-1942, posta em vigor em L'-1-1948, cap.`

58, § 3.'; Códigos de Processo Penal húngaro, de 1951, alterado em 1954 e 1957, § § 213 e 214; alemão para a zona de Leste, § 317; iugoslavo,

posto em vigor a L'-1-1954, § 379; tchecoslovaco, de 19-12-1956, que vigorou até 1961; austríaco, de 20-4-1960, § 355; russo, de 27-10-1960, arts. 373 e 380 (cf. Processo, cit., p. 77).

0 atual CPP português admite a revisão pro societate. A propósito seu art. 499:

'1 A revisão de sentença transitada emjulgado é admissível quando: a) uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo;

c) os fatos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) se descobrirem novos fatos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação".

Percebe-se, pois, ser possível pela análise das alíneas a e b do inc. 1

desse artigo, também a revisão na hipótese de sentença absolutória, tanto mais quanto o art. 450 confere legitimidade para requerer revisão ao Ministério Público (de quaisquer decisões), ao assistente, relativamente a sentenças absolutórias ou a despachos de nãopronúncia e, finalmente, ao condenado ou seu defensor, relativamente a sentenças condenatórias.

4

Na Itália, apenas num caso se pode ver uma revisão pro societate. Tratase da hipótese em que se julga extinta a punibilidade pela morte do agente e se comprova, mais tarde, estar ele vivo. Essa espécie de revisão pro societate que era tratada no art. 89 do Codice di Procedura Penale anterior, foi mantida pelo atual, de setembro de 1988, no § 2.' do art. 69. In verbis:

"La sentenza non impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona, qualora successivamente si accerti che la morte dell'imputato è stata erroneamente dichiarata".

Na Alemanha admite-se, também, a revisão pro societate. Pouco importa se a sentença é condenatória ou absolutória. Daí dizer o § 359 da StPO:

"§ 359. (Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten). Die Wiederaufnahme eines durch rechtskraftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten ist zulassig .....

A revisão a favor do réu. A revisão de uma sentença transitada em julgado é admitida a favor do réu... (seguem-se as cinco hipóteses em que ela é permitida).

585

.1.1

0...

11».)

p .

No § 362 são estabelecidas as hipóteses em que se permite a revisão de uma sentença absolutória. In verbis:

"§ 362. (Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten). Die Wiederaufnahme eines durch rechtskraftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungun des Angeklagten ist zulassig .....

(Revisão em prejuízo do acusado). A revisão de um processo com sentença transitada em julgado é admitida contra o acusado... (seguem-se as quatro hipóteses em que se permite a revisão contra o réu).

Uma dessas hipóteses ocorre quando uma prova, trazida ao debate em seu benefício, como autêntica, era falsa ou adulterada (wenn eine in der Hauptverhandlung zu seine Ungusten als echt

vorgebrachte Urkunde unecht oder verfalscht war).

4. A revisão criminal no Brasil

A revisão criminal entrou na legislação pátria pelo Decreto n. 848, de 11

- 10- 1890, que dizia: "Compete ao Supremo Tribunal Federal proceder à revisão dos processos criminais em que houver sentença condenatória definitiva". Nunca, desde a sua adoção, se permitiu, entre nós, pudesse ser reexaminada uma sentença absolutória com trânsito em julgado. E, poucos meses depois, a 24-2-189 1, era a revisão introduzida no texto da primeira Constituição Republicana, como verdadeiro remédio constitucional. A propósito, o art. 81 daquela Carta: "Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em

benefício dos condenados

A Carta de 1934, no seu art. 76,

manteve

o mesmo princípio. Embora a de 1937 silenciasse, sob a sua égide sur giu o atual CPP, consagrando-a, apenas, em benefício dos réus. A Cons tituição de 1946, ao tratar da competência do STF, em outras palavras repetiu os dizeres das

anteriores (1891 e 1934). A EC n. 1, de 1969, embora dissesse, simplesmente, no art. 119, 1, m, caber ao STF a revi são criminal de seus julgados, deixou, contudo, à própria Suprema Corte a faculdade de, no seu Regimento Interno, estabelecer o processo e julgamento dos feitos da sua competência originária e recursal (cf.

Emenda,

n. 1/69, art. 119, § 3.', c).

586

jurídica.

Basta o disposto no art. 259 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "será admitida a revisão, pelo Tribunal, dos processos criminais findos, em que a condenação tiver sido por ele proferida ou mantida no julgamento de ação penal originária ou recurso criminal ordinário", para que se perceba que a revisão criminal é uma daquelas garantias individuais implícitas de que trata o § 2.' do art. 5.' da CF.

Ademais, uma revisão pro societate repugna à nossa consciência Citando Carrara, diz com acerto Frederico Marques: aliás, melhor atende aos interesses do bem comum a manutenção da sentença errada proferida em prol do réu do que a instabilidade e insegurança a que iria ficar sujeito o réu absolvido, se o pronunciamento absolutório pudesse ser objeto de revisão (cf. Elementos, cit., v. 4, p. 328). Assim, a autoridade da coisa julgada, necessária e indispensável para assegurar a estabilidade das relações jurídfLas, impede um reexame contra o réu. A seu favor, não, porque melhor atende aos interesses do bem comum.

5. Natureza jurídica

Muito embora arrolada pelo legislador processual penal como recurso, a revisão criminal, na verdade, não passa de mera ação penal de natureza constitutiva. Até mesmo aqueles que não admitem seja trasladada para o processo penal a moderna classificação da ação civil (ação condenatória, declaratória, constitutiva, cautelar e executória por título judicial ou extrajudicial), como Alcalà-Zamora, quando analisam a revisão criminal, afirmam: "su efecto es

manifestamente constitutivo", mesmo porque seu objeto é desfazer uma sentença com trânsito em julgado.

Enquanto o recurso, pelo menos entre nós, tem por finalidade precípua substituir uma decisão por outra, ainda que proferida pelo mesmo órgão, a revisão visa, exclusivamente, a invalidar a entrega da prestação jurisdicional. No Direito brasileiro, só pode haver recurso dentro no processo, e ele tem o condão de estender a relação processual.

0 recurso nada mais representa senão um desdobramento da ação que se promove no juízo de conhecimento e se estende até onde permita a lei. Uma vez esgotadas todas as vias recursais, ou preclusas as vias impugnativas, a decisão, certa ou errada, justa ou injusta, adquire a qualidade de inimpugnabilidade e imutabilidade.

587

M

C'.

.IJ

:2

Pontes de Miranda, a propósito, faz estas considerações: o que caracteriza o recurso é ser impugnativo dentro da mesma relação processual que a resolução judicial que se impugna. A ação rescisória e a revisão não são recursos; são ações contra sentenças, porquanto remédios com que se instaura outra relação jurídico-processual. A impugnativa, em vez de ser dentro, como a reclamação do soldado contra o seu cabo, é por fora, como o ataque da outra unidade àquela de que faz parte o cabo. 0 soldado foi pedir a atuação alienígena. É erro dizer-se que a ação rescisória ou revisão criminal é recurso, como falar-se em reabertura extraordinária da lide trancada pela força do caso julgado. A ação rescisória vai, exatamente, contra a força formal da coisa julgada; quebrada essa muralha de eficácia formal, lá está o processado e a relação jurídica processual que a preclusão fizera cessar; exsurge, não se reabre; o juízo rescisório não é reinstalação, mas volta à vida, ressurreição. Não se reconstrói a casa que

se fechara; abre-se a porta (= destróise a sentença) e reocupa-se a casa (cf. Tratado das ações rescisórias e das sentenças e outras decisões, Rio de Janeiro, 1957, p. 115).

Por isso mesmo Alcalà-Zamora, pelo fato de a revisão abrir "una relación conclusa, con frecuencia hace mucho tiempo e incluso después de muerto el condenado", diz não se tratar de um recurso, e sim de uma "demanda independiente" oti uma "acción autónoma" (cf.

Derecho, cit., v. 3, p. 318).

Entre nós, o recurso, qualquer recurso, caracteriza-se pelo fato de ser uma impugnação da decisão dentro na mesma relação processual.

Aliás, até mesmo nos Códigos de maior projeção da Europa, segundo observa Alcides de Mendonça Lima, a tendência é a de conceituar como recursos, no seu sentido técnico, apenas os ordinários,

que são instauráveis dentro da mesma relação processual em que foi proferida a decisão impugnada, não atacando, assim, a coisa julgada. Os extraordinários, porém, mesmo quando rotulados de recursos, perdem, em substância, essa qualidade, por se dirigirem, exatamente, contra a cousa julgada (cf. Dos recursos, cit., p. 155).

'1

De sorte que, mesmo no sistema europeu, ainda que se considere a revisão como recurso extraordinário, ela não passa de verdadeira ação autônoma.

Vejam-se Chiovenda (Princípios, v. 2, p. 511); W. Kisch (Elementos de derecho procesal civil, Madrid, 1932, p. 308). No mesmo sentido, Prieto Castro: el llamado en la Ley de Enjuiciamiento Civil recurso de revisión no entra propiamente en la categoría de los recur-588

sos. . . Hay que considerarlo como un remedio extraordinario (cf. Derecho procesal civil, 1968, v. 1, p. 733). Muito significativa esta passagem de Manzini: Impugnaciones extraordinarias son las que se proponen contra que han adquirido ya autoridad de cosa juzgada. Tales son el recurso de casación contra sentencias de jueces especiales hechas irrevocables y le demanda de revisión (cf. Tratado,

cit., v. 5, p.

21).

No Processo Penal brasileiro, embora incrustada no capítulo atinente aos recursos, a revisão é, também, verdadeira ação autônoma destinada ao desfazimento dos efeitos produzidos por uma sentença condenatória trânsita em julgado. Se a coisa julgada, em princípio, é intangível, porque interesses do Estado assim o querem, esses interesses, contudo, não podem prevalecer sobre el interés de hacer triunfar lajusticia substancial sobre la justicia formal (cf. Manzini, Tratado, cit., v. 5, p. 258). E, à maneira da rescisória do cível, surgiu no Processo Penal a revisão criminal, como remédio jurídico para tutelar o direito de liberdade.

Sérgio de Oliveira Médice, na sua excelente Revisão criminal (tese de mestrado, Revista dos Tribunais, 1998, p. 232-61), nega à revisão o caráter de recurso, como o faz a grande maioria, repudiando, também, o seu caráter de ação, sob o fundamento de que na revisão não há

"parte contrária" e, de conseguinte, inexiste o contraditório, não há citação e, quando julgada, descabe recurso, salvo o extraordinário e o especial, pelo que prefere denominá-la "meio impugnativo de decisão" oponível após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com apoio em Carnelutti e Giovanni Leone, ensina Fredei iço Marques que,

"se com o pedido instaurar-se uma nova instâncizi.

pedido será manifestação do exercício do direito de agir" (Elemenios, cit., v. 1, p. 323). E, na hipótese de revisão, instaura-se nova instância. Evidente a diferença entre a ação revisional e a ação penal principal. Mas se a revisão, implicitamente, é uma garantia constitucional (art. 5.0, § 1% da CF) que se efetiva dentro no Processo Penal, qual seria sua natureza jurídica? A nosso pensar, não se pode negar-lhe o caráter de ação, mesmo porque ao direito subjetivo de ingressar nojuízo revidendo, que se funda naquela garantia constitucional, corresponde a obrigação, 44por parte do juiz, de emitir uma

decisão". Não importa inexistir o duplo grau de jurisdição. Desconhece-o,

também, a ação penal originária. Tratase, de ação penal complementar, na sua feição declaratória ou constitutiva, que não segue, pari passu, o mesmo procedimento da ação penal principal (pública e privada).

589

'~'1

.dJ

6. Pressuposto primordial da revisão

Pressuposto primordial da revisão é a existência de um processo criminal com sentença condenatória trânsita em julgado. Assim, desde que alguém tenha sido condenado, pouco importando a pena, sendo despicienda a circunstância de ter sido esta cumprida ou não, se a sentença se tomou insuscetível de reexame, seja porque ficaram preclusas as vias recursais, seja por terem sido percorridas todas as instâncias, satisfeita estará a primeira condição de admissibilidade no juízo revisional. Se da decisão condenatória for interposto recurso extraordinário, poderá ser requerida a revisão? Os nossos autores, citando Espínola Filho, respondem negativamente, uma vez que, embora o apelo excepcional não tenha efeito suspensivo, conforme dispõe o art. 637

do CPP, o certo e recerto é que não se pode falar em processo findo, tal como exige o art. 621, se pender recurso extraordinário. A resposta, então, é esta: evidentemente, não! Igual resposta, se por acaso pender recurso especial, mesmo porque esse recurso, como todo e qualquer recurso do nosso ordenamento, pressupõe decisão não transitada em julgado.

7. Oportunidade

Pouco importa esteja o réu cumprindo pena, que já a tenha cumprido, haja ou não ocorrido causa extintiva da punibilidade. A finalidade da revisão não é apenas evitar o cumprimento de uma pena imposta injustamente, mas, precipuamente, a de corrigir uma injustiça, restaurando-se, assim, com a rescisão do julgado, o status dignitatis do condenado. Mesmo que este haja falecido, antes, durante ou apos o cumprimento da pena, poderá ser promovida a ação revisional, sendo que, neste caso, parte legítima para promovê-la, nos termos do

art. 623

do CPP, será uma das pessoas ali enumeradas (cônjuge supérstite, ascendente, descendente ou irmão). Se todos, ao mesmo tempo, ingressarem com o pedido, cremos que se deva obedecer, por analogia, à regra que se contém no art. 36 do estatuto processual penal.

8. Legitimidade

Quem pode promover a revisão? Nos termos do art. 623 do estatuto processual penal, podem fazê-lo o proprio reu ou procurador legalmente habilitado, ou, no caso de morte do condenado, seu cônjuge,

590

ascendente, descendente ou irmão. 0 próprio réu tem legitimidade para, em seu prol, requerer a revisão. Muito embora o Estatuto da Ordem dos Advogados exija a capacidade postulatória para a prática de atos em juízo, exceto quando se tratar de habeas corpus, e induvidoso que, mesmo sem ojus postulandi, poderá o condenado dirigir-se à instância revidenda, porque "convém às garantias constitucionais que visam assegurar a defesa do réu em sua plenitude e possibilitam imprimir rapidez ao processo de revisão". Certo que o Estatuto da Ordem é posterior ao CPP e, sendo também lei federal, ter-lhe-ia revogado o disposto no art. 623. Mas, pelas razões expostas, é de se permitir tal direito. Ademais, se o legislador processual penal, excepcionalmente, concedeu ao próprio condenado o direito de requerer a revisão criminal, mesmo sem capacidade postulacional, e se o Estatuto da Ordem não fez referência expressa a revisão, é de se acreditar não tenha sido atingida pela proibição a regra especial do art. 623

do CPR Do contrário, o próprio réu não poderia interpor apelação (CPP, art. 578, § L'), o que seria um rude golpe à

-h

garantia da ampla defesa a que se refere a Lei Maior. Aliás, os nossos Tribunais têm entendido também assim, permitindo até que alguém assine a rogo do condenado, na presença de duas testemunhas. É

o que se infere desta ementa: "A revisão que não contenha qualquer elemento de autenticação, por vir assinada a rogo do peticionário, não merece conhecimento" (cf. RT, 4271442). E como se acentuou: em tal petição não se encontra a impressão digital da peticionária ou o testemunho de quem tenha presenciado a manifestação de seu desejo de recorrer (cf. RT, 427/442). Essa, aliás, a orientação seguida.

Não a infirma o venerando acórdão na RT, 4111109. Pelo contrário, até.

Poderá também, e normalmente o é, ser requerida por procurador legalmente habilitado. A expressão procurador legalmente habilitado pode gerar aquela dúvida que assaltou o espírito de Camara Leal: o texto presta-se a duas interpretações, porquanto poderia ser entendido como se referindo a procurador com poderes especiais; mas, em regra, quando a lei se refere a procurador habilitado, entende-se aquele que pode procurar em juízo (Comentários, cit., v. 4, p.

137). É preciso, antes de mais nada, observar que a revisão é uma garantia constitucional que possibilita àquele que foi condenado por sentença trânsita em julgado o direito subjetivo de dirigir-se ao Tribunal para, quebrando o selo da coisa julgada, permitir o reexame da causa. Por isso mesmo, ninguém mais interessado que o próprio réu. Se este, sem habilitação técnica, pode fazê-lo, nada obsta que outrem, sem capacidade postulatória, o

f

faça em seu nome. Ninguém ignora que o CPP, ao exigir poderes especiais do procurador, fá-lo expressamente, como o fez nos arts. 39, 44, 55, 98 e 146. Mas, como o parágrafo único do art. 622 impede, peremptoriamente, a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas, poderia ocorrer a hipótese de, indeferido o pedido formulado por procurador habilitado, sem poderes especiais, vir o interessado renovar a instância revidenda, sob o argumento de que não dera poderes àquele procurador. Assim, com esse entendimento, e voltado para a regra proibitiva contida no parágrafo único do art.

622 do estatuto processual penal, somos de opinião que o procurador não precisa

ter habilitação técnica, mas indeclinável a exigência de poderes especiais. É certo que o habilitado tecnicamente assume o risco de formular um pedido um tanto bisonho e canhestro, mas é de convir que esse mesmo risco foi previsto pelo legislador, permitindo ao próprio réu promover a ação de revisão.

Tanto é certo o que vimos de afirmar que o Regimento Interno da Excelsa Corte, no parágrafo único do art. 265, dispõe:

"Aplica-se ao processo de revisão o disposto nos incisos 1 e 11 do art. 191 deste Regimento".

"A.rt. 191. 0 Relator requisitará informações... e poderá...

1 - sendo relevante a matéria, nomear advogado para acompanhar e defender oralmente o pedido, se o impetrante nãofor diplomado em Direito" (sem grifo no texto).

É bem verdade que a atual Constituição dispõe no seu art. 133 que o Advogado é indispensável à administração da Justiça. Tal preceito não infirma o que vimos de dizer. Do contrário, somente os Advogados poderiam impetrar ordem de habeas corpus e os réus não mais poderiam interpor apelo.

Qualquer do povo poderá? A Constituição de 189 1, no § 1.0 do art. 8 1, permitia, expressamente, a qualquer cidadão, ut civis, o ingresso no juízo revisional. In verbis: "A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou ex officio pelo Procurador-Geral da República". Também a de 1934, no art. 76, dizia: " ... a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa". A Carta de 1937 fez omissão ao instituto. 0 CPP, entretanto, restringiu a legitimatio ad causam, limitando-a apenas às pessoas enumeradas no art. 623. As Constituições que sucederam à de

1937 nada falaram. Assim, persiste e subsiste a norma do art. 623. 0

antigo Regimento da Suprema Corte, no art. 145, concedia legitimidade a qualquer pessoa, contrariando a lei ordinária.

0 que lhe sucedeu, elaborado em 1970, no art. 247, delimitou a legitimidade ao Procurador-Geral da República e ao próprio condenado, ou, falecido este, ao seu cônjuge, bem como ao seu ascendente, descendente ou irmão. 0 atual, entretanto, vigorando desde 1.'-12-1980

(nos termos do art. 368), cuidando da legitimidade para a ação de revisão, dispõe no art. 265:

"A revisão poderá ser pedida pelo próprio condenado ou seu procurador legalmente habilitado, ou, falecido aquele, pelo seu conjuge, ascendente, descendente ou irmão".

11

---0 Ministério Público poderá requerer a revisão?

-h

0 Ministério Público não é parte legítima para requerer a revisão criminal. Poderá impetrar habeas corpus. Revisão, não. Afasta-se, desse modo, o nosso instituto da revisão do disciplinamento a que o sujeitam numerosas legislações. Se o Estado tem, também, o dever de desenvolver a necessária atividade para proclamar a injustiça de uma condenação, não se louva a falta de legitimidade do Ministério Público (que, às escâncaras, encarna os interesses da própria sociedade) para requerê-la.

Todavia, seguindo a melhor doutrina e de acordo com modelos alienígenas (e indígenas também, uma vez que as Constituições de 1891 e 1934

permitiam), o STF, no seu Regimento anterior, meteu a rol entre as pessoas legitimadas a requerer a revisão criminal o Procurador-Geral da República, como se vê pela redação do art. 247 do citado Regimento Interno.

Muito embora o art. 624 (com a nova redação que lhe deu o art. 1.' do Dec.-Iei ri. 504, de 18-3-1969), no seu § L% disponha que, "no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos, o processo e julgamento (das revisões) obedecerão ao que for estabelecido no respectivo regimento interno" e a despeito de o art. 623 do CPP

estabelecer, taxativamente, quais as pessoas que têm legitimatio ad causam para o juízo revisional, não fazendo menção ao Ministério Público, a Suprema Corte, no seu Regimento anterior, estendeu a legitimidade ao Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União.

593

i~i

i

i, !

b#

TI 2

Todavia, com o estender ao Ministério Público legitimidade para a revisional, adotou a Suprema Corte medida salutar, porquanto abriu novas perspectivas para, de jure constituendo, ser admitida pelo legislador ordinário a possibilidade de a revisão criminal ser promovida pelo órgão do Ministério Público que atuar junto aos Tribunais.

Agora, em face do novo Regimento Interno do Excelso Pretório, arredando o Procurador-Geral da República dentre os legitimados a pedirem revisão, nos termos do art. 265, tivemos um

retrocedimento, e, assim, as esperanças de ampliar o raio de ação do Ministério Público, como Instituição que é, destinada a preservar e resguardar os valores da sociedade, posição a que foi guindado condignamente, debilitaram-se, decresceram, diminuíram.

E é estranha essa exclusão do Ministério Público. Se pode impetrar habeas corpus - tal como previsto em lei -, se pode recorrer pró-réu, por que razão não pode requerer a revisão criminal?

Na Itália, o art. 632, 1, b, do atual Codice di Procedura Penale confere legitimidade ao "procuratore generale presso la corte di appello nel cui distretto fu pronunciata la setenza di

condanna".

Assim também em Portugal, consoante o inc. 1, a, do art. 450 do vigente Código de Processo Penal. Observa Maia Gonçalves que o Ministério Público tem legitimidade para pedir a revisão de

quaisquer decisões, sejam condenatórias, sejam absolutórias ou despachos de nãopronúncia; trata-se de um poder vinculado, ou seja, de um poder-dever, pelo que o pedido será obrigatoriamente formulado sempre que para tanto haja fundamento bastante (cf. Código de Processo Penal anotado, Coimbra, 3. ed., p. 582).

10. A revisão e a decisão do Júri

Se a decisão condenatória, cuja revisão se pretenda, houver sido proferida pelo Tribunal do Júri, a rescisão do julgado não conflita com a soberania dos veredicta? Frederico Marques deu a resposta convincente: "A soberania dos veredictos não pode ser atingida, enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas, se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete contra o texto constitucional".

Assim, se a finalidade da soberania é resguardar o jus libertatis,

"absurdo seria manter essa intangibilidade quando se demonstra que o júri o condenou erradamente" (cf. A instituição, cit., v. 1, p.

54).

Ademais, se a Lei n. 263, de fevereiro de 1948, regulamentando a instituição do Júri, alterou diversos capítulos do CPP, adaptando-os à Constituição de 1946, e deixou intangível o capítulo pertinente à revisão, não há dúvida ser ela possível, mesmo que a condenação provenha do Tribunal leigo. Entende, contudo, Jorge A. Romeiro que, na hipótese de se pretender a revisão de uma condenação imposta pelo Tribunal popular, caberá ao órgão de 2." grau apenas o judicium rescindens, ao passo que o reexame da causa, isto é, o judicium rescisorium deve ser levado a cabo pelo próprio Tribunal do Júri, por ser o órgão competente (veja-se Da revisão, cit., p. 85 e s.).

Cremos que tal não seria possível entre nós, a não ser na hipótese de ter a revisão a finalidade de anular o processo ou o julgamento. Nos demais casos, não. Assim, por exemplo, se se provar, no juízo revisional, que a pretensa vítima está viva, nem poderia ser renovado o julgamento, uma vez que crime não houve. Se o pedido revisional. tiver por objeto a rescisão de uma sentença condenatória, prolatada contra a decisão dos jurados ou contra a lei expressa, pode o Tribunal absolver o réu, alterar a classificação da infração, ou modificar a pena, não só pelas razões expostas por Frederico Marques, como também por expressa determinação do art. 626 do CPP, que não sofreu nenhuma alteração com o advento da Lei n. 263, de fevereiro de 1948. Se a revisão existe para tutelar mais ainda o jus libertatis, não teria sentido ficassem os Tribunais Superiores impossibilitados de reexaminar as decisões do Tribunal popular, dês que satisfeitos seus pressupostos. Mesmo que a decisão dos jurados seja manifestamente contra a evidência dos autos, perfeitamente possível a revisão, posto não ter sentido a manutenção de uma sentença condenatória iníqua.

Aliás, no particular, como reconhece o próprio Jorge A. Romeiro, é tranqüila a jurisprudência da Suprema Corte, e na doutrina não se nota discrepância. Vejam-se os julgados na RT, 479/321, 357/523, 449/ 476, 4751352, 448/330, 5481331; RTJ, 115/1114; e HC 67.737, DJU, 16-2-1990, p. 930. No mesmo sentido, Hermínio Marques Porto (Júri, cit., 2.

ed., p. 41-2).

Se o Júri, na Constituição, está no capítulo "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" é porque o Poder Constituinte quer que os cidadãos da comunidade onde ocorreu crime doloso contra a vida, na sua forma consumada ou tentada, decidam, com a sua íntima convicção, sobre a existência do crime e a responsabilidade do acusado.

E,

ainda segundo a Constituição, essa decisão dos jurados é soberana, pelo que nenhum órgão jurisdicional poderá sobrepor sua decisão à dele. Claro que, sendo soberana, tanto poderá ser favorável ao reu.

como prejudicial. Por outro lado, a Constituição, implicitamente, admitiu a revisão criminal para tutelar, mais ainda, o direito de liberdade do cidadão, sempre que as decisões condenatórias, transitadas em julgado, revelem erros judiciários. Assim, se a soberania dos veredictos é dogma constitucional, também o é, e em maior grau, a tutela do direito de liberdade, tendo este, a toda evidência, maior prevalência.

Desse modo, as decisões do Tribunal popular, dês que se amoldem àquelas exigências dos arts. 621 e 626 do CPP, comportam a revisão. Assim, se o réu foi condenado por homicídio qualificado, nada impede que, no juízo revidendo, comprovado que a decisão foi, por exemplo, contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, seja excluída a qualificadora. No entanto, se na ação revisional. se postula a nulidade da sentença, nada impede que a Instância Revisional, acolhendo o pedido, determine novo julgamento. Mas, se o pedido versar sobre a correção da pena, não pode o Tribunal, ainda que pleno de razões, anular o feito, em face do princípio do ne procedatjudex ex officio. A propósito, RT, 598/429, 6771541, 679/320; Lex, 146/324.

No Direito brasileiro não há aquela separação dos dois juízos: juízo rescindente e juízo rescisório, isto é, um órgão limitando-se a anular o julgamento e possibilitando a outro a reabertura da causa para novo julgamento de meritis. Os dois juízos se amalgamam e se fundem, salvo o caso especialíssimo de nulidade. Por exemplo, o juízo revisional reconheceu que três jurados que participaram do Conselho de Sentença estavam peitados. Nesse caso, o julgamento será anulado, ensejando-se outro.

Na França e na Alemanha, por exemplo, é diferente, profundamente diferente do sistema adotado no Direito pátrio. Aqui, cabe ao próprio Tribunal (STF, STJ, TRF, STM, TSE, TRE, Tribunais de Justiça e Tribunais de Alçada), ante um pedido de revisão, analisá-lo sob o aspecto da admissibilidade (judicium rescindens). Sendo admissível, passa-se à segunda etapa: "aprecia-se e julga-se o processo novamente" - é o judicium rescisorium.

Na França e na Alemanha, cabe à Corte o juízo de admissibilidade do pedido de revisão. Julgado procedente, ordena a Corte a remessa da causa a outro juízo, equiparado em jurisdição e grau àquele de quem se anulou a

decisão, para que outra seja proferida... (ou ao mesmo juízo, conforme §

367 da StPO). Há, assim, nesse sistema, dois juízos: o de admissibilidade e o de julgamento. Aquele afeto a um órgão e este, a outro.

Entre nós, o juízo rescindente e o rescisório, seja qual for a causa, cabem ao mesmo órgão. No mesmo julgamento, apreciam-se admissibilidade e mérito.

11. Competência

A princípio, quando surgiu entre nós o instituto da revisão com esse nomenjuris, porquanto antes chamava-se "revista", sua competência era exclusiva da Suprema Corte, nos termos do Decreto n.

848, de 11-101890. A mesma orientação foi mantida pela Constituição de 189 1, no seu art. 81, dispondo que "os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, pata reformar ou confirmar a sentença". Não divergiu dessa orientação a Carta de 1934, no seu art.

76.

Como a Constituição de 1937 silenciou a respeito da revisão, quando da elaboração do atual CPP, que entrou em vigor em janeiro de 1942, o legislador ordinário desdobrou a competência: a) quando as condenações fossem proferidas pelo Supremo, a revisão seria da sua competência; b) nos demais casos, competentes seriam os Tribunais de Apelação (denominação que se dava aos atuais Tribunais de Justiça). Era assim que dispunha o art. 624 do CPP.

Tendo a Constituição de 1946 criado o TFR, e atribuindo-lhe "rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos", e, por outro lado, tendo sido criados Tribunais de Alçada em alguns Estados-Membros, também lhes foi atribuído rever, em benefício dos condenados, as decisões criminais proferidas em causas da sua alçada. Por isto mesmo, o Decreto-lei n. 504, de 18-3-1969, em seu art. 1.', alterou o art. 624 do CPP, dando-lhe nova redação, ajustando-a à realidade.

Assim, compete ao STF rever, em benefício dos condenados, as decisões criminais em processos findos, quando a condenação tiver sido por ele proferida

ou mantida no julgamento de ação penal originária ou recurso criminal ordinário (cf. Reg. Int. do STF, art.

263).

Se a decisão condenatória foi proferida pelo STJ, em causas criminais da sua competência originária, ou em grau de recurso naqueles 597

d 1

criminal competirá aos seus Tribunais de Justiça.

Nos demais casos, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar Federal e da Justiça Militar Estadual (onde houver órgão de 2.' grau dessa Justiça), compete

aos Tribunais de Justiça apreciáIa. Entretanto, nos Estados onde houver Tribunal de Alçada (São Paulo, Minas e Paraná), caber-lhe-ão o processo e julgamento da revisão nas causas

da sua competência recursal.

No STF, a competência é do Plenário, consoante o disposto no art. 6.", 1, b, do seu Regimento Interno. No STJ, a competência será da Corte Especial, se a decisão revidenda foi

por ela proferida, ou da Seção, das decisões suas e das Turmas, conforme dispõe o art. 239 do Regimento Interno.

Nos Tribunais de Justiça e de Alçada, observar-se-á o disposto no art.

624, § 2.', do CPP, que traça normas de competência interna a respeito.

r .,

No TRF da 3. Região, se a condenação foi proferida em processo da sua competência originária, a competência será do Plenário. Caso contrário, da Seção especializada. Assim

também nos demais Tribunais Regionais Federais.

Z..

No Estado de São Paulo, o processo e julgamento da revisão, nas causas da competência originária ratione personae do Tribunal de Justiça, são da competência exclusiva do

Plenário. Nos demais casos, sendo sua a competência recursal, o processo e julgamento da revisào, por

1

força do Assento n. 307/92 do Orgão Especial do Tribunal de Justiça, são dos Grupos de Câmaras. Pouco importa se se trata de revisão de sentença ou de acórdão. Ao todo são 3

Grupos: o 1.' formado da 1.' e 2. Câmaras, o 1% da 3.' e 4.' e, finalmente, o 1% formado da 5.è 6.` Câmaras. Ainda de acordo com o art.

5.' do referido Assento, "Os Grupos

Criminais decidirão por maioria de votos, prevalecendo, em caso de empate, a decisão mais favorável ao réu".

598

i

feitos da sua competência (Magna Carta, art. 105, 1, e), competir-lhe-ão o processo e julgamento da revisão.

Se a decisão condenatória for proferida pelo TRF em única ou última instância, caber-lhe-á julgar a revisão dos seus julgados (CF, art. 108, 1, b).

Quando a condenação provinha, em feitos da alçada da Justiça local, de um dos Juízes dos Territórios, a competência revisional era do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que atuava, também, como órgão de segundo grau da Justiça local dos Territórios. Hoje, os nossos Territórios já foram guindados à posição de

Estados, de sorte que a revisão

Também no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo as revisões criminais são da competência dos Grupos. Estes são constituídos de 2 Câmaras e cada Câmara de 5 Juízes. Não poderá a

distribuição recair em Juiz cujo Grupo seja formado por Câmara que prolatou o acórdão revidendo, ou Juiz que tenha proferido decisão de mérito. Havendo empate na votação, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu (cf. Reg. Int. aprovado aos 8-4-1981, arts. 181, 47, 1%

3.' e 186, § 2.').

12. Os fundamentos do pedido

Analisado o pressuposto lógico da revisão, que nada mais é que sua condição fundamental, isto é, sentença penal condenatória trânsita em julgado, vejamos agora os fundamentos do pedido ou legítimo interesse para a propositura da ação revisional. A propósito, o art. 621

do CPP, in verbis:

-h

"A revisão dos processos findos será admitida: 1 - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

11 - quando a sentença condenatória se fundar em dep mentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

IH - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena".

É preciso, pois, que a decisão final condenatória haja assumido as feições de coisa julgada, e isto ocorre, entre nós, quando não mais for possível o uso de qualquer recurso, seja ordinário, seja extraordinário. Irrelevante para o nosso Direito tratar-se de condenação por crime ou contravenção. Não há, entre nós,

qualquer restrição. Pelo contrário até. 0 art. 626 fala em infração, termo amplo que abrange tanto o crime como a contravenção. A discussão tem razão de ser no Direito estrangeiro, porquanto há legislações que excluem do juízo revisional as contravenções. Veja-se, a propósito, Florêncio de Abreu (Comentários, cit., p. 417 e s.). Aliás, a despeito de não haver certa harmonia na doutrina estrangeira sobre o assunto, parece que Vilela reflete o pensamento dominante: não é lícito estabelecer tão radical distinção entre os julgados por delito e os julgados por infração contravencional, de molde a

1

~i%9"

2,1

não se admitir a revisão desta quando evidentemente errada e, portanto, a reparação da injustiça que ela encerra (cf. Alvaro Vilela, A revisão no processo criminal, Coimbra, 1897, p. 289).

Quando a revisão entrou na legislação pátria, por meio do Decreto n. 848, de 1890, havia expressa exclusão das contravenções. Excetuadas as contravenções, dizia o texto legal. Mas, no ano seguinte, a Carta Maior fez cessar a restrição, por ser odiosa, falando, apenas, em processos findos em matéria crime. Sem embargo de uma certa resistência às revisões nos processos contravencionais, entendia o Supremo, e, com ele, a grande maioria da doutrina, que o texto constitucional não ensejava dúvida: tanto fazia ser crime ou contravenção. Hoje, entretanto, repitase, qualquer discussão teria o sabor de chinesice, de vez que a lei não faz qualquer limitação.

Pode parecer, por outro lado, que o pedido de revisão deva assentarse exclusivamente naquelas hipóteses do art. 621. Mas o art. 626, prevendo a possibilidade de ser anulado o Processo, deu margem a se adn-útir, também, o ingresso no juízo revisional com o objetivo de anulá-lo. Aliás, o anterior Regimento Interno do STF admitia, como fundamento do pedido, "não-observância de forrnalidade essencial no processo em que se tiver pronunciado a decisão condenatória" e dizia, no art. 245, 111, a, que o Pedido poderia também

ser formulado quando a sentença condenatória fosse proferida por Juiz incompetente, suspeito, peitado, ou subornado. Já o Regimento atual, no art. 263, 1, 11 e 111, repete o texto do art. 621 do CPP. Nem por isso, se a sentença for proferida por Juiz peitado, suspeito ou absolutamente incompetente ou, enfim, se houver uma nulidade abso-

-

--1

luta, desconhecerá a Suprema Corte do pedido de revisão, não só porque a expressão lei penal contida no inc. 1 do art- 621 não tem, nem pode ter,

um sentido restrito, abrangente que é da lei processual penal, como tam bém em face do que dispõe o art. 626 do CPP.

A lei fala: quando a decisão condenatória contrariar texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos.

No primeiro caso, como bem diz Tornaghi, considera-se não a boa ou má interpretação da lei, e sim a afronta ao mandamento da lei (cf. Curso, cit., v. 2, p. 360). Assim, se o Juiz condenar alguém por haver furtado coisa própria; se o Juiz da causa for marido da ré; se o Juiz condenar o réu por ter negado alimentos à amante (veja-se o art. 244

do CP, que fala em cônjuge), em todos esses casos, haverá afronta à lei penal (rectius: penal e processual penal, ambas leis penais

...).

600

No segundo, ainda previsto no inc. I do art. 621 do CPP, cuida-se de contrariedade à evidência dos autos. Que se entende por evidência dos autos? É preciso, diz Tornaglii, que a condenação não se ampare em nenhuma prova. Se existem elementos probatórios pró e contra, e se a sentença, certa ou errada, funda-se em algum deles, não se pode afirmar que e contra a evidência dos autos (cf.

Curso, cit., v. 2, p. 361).

Quer-nos parecer, contudo, que o eminente Nilo Batista apanhou bem a questão: "... Não basta que o decisório se firme em qualquer prova: é mister que a prova que o ampare seja oponível, formal e logicamente, às provas que militem em sentido contrário" (cf. Decisões criminais comentadas, Ed. Liber Juris, 1976, p. 120). No mesmo sentido, Frederico Marques (cf. Elementos, cit., v. 4, p. 347 e s.).

0 art. 621, 11 , do CPP admite, também, a revisão, "quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos". Não basta a existência de um depoimento à

mendaz, de um exame ou documento falso. É preciso, isto sim, que o Juiz, ao proferir a decisão condenatória, tenha-se arrimado no depoimento, nos exames ou documentos comprovadamente falsos. A falsidade não vai ser apurada, investigada no juízo revidendo. Cabe ao requerente encaminhar-lhe a prova da falsidade a fim de que o juizo revidendo simplesmente se limite a constatar a falsidade. Se a falsidade já foi reconhecida, tanto melhor.

Finalmente, o inc. III do art. 621: "quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena".

0 art. 386 do CPP, que trata das decisões absolutórias, cuida das hipóteses de inocência: a) estiver provada a inexistência do fato; b) não houver prova da existência do fato; c) não constituir o fato infração penal; d) não ter o réu concorrido para a infração penal; e) existência de causa que exclua o crime ou isente o réu de pena; J) inexistência de prova suficiente para a condenação.

As causas que autorizam ou determinam especial diminuição da pena estão espraiadas na Parte Geral e na Parte Especial do CP (circunstâncias legais genericas atenuantes - CP, art. 65), e as causas de diminuição da pena, na Parte Geral e na Parte Especial do mesmo diploma - arts. 14, parágrafo único, 26, parágrafo único, 28, § 1% 69, 70, 71, 121, § 1-0, 155, § 1% 170, 171, § L', 121, § 4.', 129, §§ 4.0

e 5.0 etc.

601

Assim, por exemplo, se após a condenação por homicídio (provado, evidentemente, por exame de corpo de delito indireto) a pretensa vítima aparecer (veja-se o caso dos Irmãos Naves); se se provar que o

crime de furto, e. g., não se consumou, apenas foi tentado; se se provar a existência de uma atenuante etc.

Atente-se para a judiciosa observação de Tornaghi: "Conquanto a lei se refira ao descobrimento de novas provas, a interpretação deve ser à

extensiva aos casos de produção nova de provas já descobertas, mas não produzidas antes. E pode ainda acontecer que a prova já estivesse nos autos, mas que o Juiz ali não a descobrisse, isto é, não a notasse , (cf. Curso, cit., v. 2, p. 362).

13. Extinção da punibilidade

A revisão, conforme vimos, não tem por objetivo evitar que alguém cumpra pena. Mesmo se constatando ter havido extinção da punibilidade, nada impede se ingresse no juízo revidendo. Suponha-se 1

haja decorrido lapso prescricional entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Transitada em julgado a decisão, nada poderá impedir a revisão. Certo que o habeas

corpus funciona com muito maior presteza, mesmo nas hipóteses de nulidades manifestas. Pouco importa. 0 que se afirma é que a via revisional não pode ser obstaculizada.

1

Pode parecer estranho que, extinta a punibilidade pela anistia, graça, prescrição ou outra causa qualquer, ainda haja interesse do réu ou de seus familiares em promover a revisão. Mas é de se ponderar, como já o dissera Frederico Marques, que a revisão não tem por causafinalis 12

tão-só impedir que o condenado continue a sofrer as sanções injustas que lhe

foram impostas, mas, também, restaurar seu status dignitatis.

E a demonstração mais evidente dessa afirmativa decorre da circunstância de se permitir a revisão mesmo após a morte do condenado.

Tratando-se de novatio legis que venha a retirar a ilicitude do ato incriminado e que foi objeto de sentença condenatória com trânsito em julgado, a providência deverá ser tomada ex officio, nos termos do art. 13 da Lei de Introdução ao CPR E, se, requerida a extinção da punibilidade, o Juiz proferir despacho negativo, nada obsta se interponha recurso de agravo, nos termos do art. 197 da LER

Aliás, surgindo qualquer causa extintiva do jus punitionis, nada impede que o interessado requeira seu reconhecimento ao Juiz competente, que, in casu, onde não houver Juiz

especializado, é o das execuções. E, havendo despacho negativo, pode ser interposto agravo, nos termos do art. 197 da LER Mas, se o Tribunal não na reconhecer, nada obsta seja ela pleiteada ou por meio de habeas corpus ou mediante ação revisional. A propósito, RT, 417/370.

Pode acontecer, entretanto, que a causa extintiva da punibilidade haja ocorrido, despercebidamente, antes do trânsito em julgado. Quando a decisão se tornar inimpugnável, somente por meio do remédio heróico do habeas corpus ou da revisão criminal é que se poderá lograr o seu conhecimento, mesmo porque a finalidade da revisão não consiste, apenas, no reconhecimento da inocência, mas, também, na reabilitação do condenado.

Assim, se entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou queixa, por exemplo, decorreu o lapso de 4 anos e 2 meses, e o Juiz impos ao réu a pena de um ano, não tendo havido recurso da Acusação, obviamente extinta estava a punibilidade da pena in concreto.

Pouco importa que o réu não haja interposto apelo. A lei, como bem diz Delmanto, não exige qualquer recurso, seja explícita, seja implicitamente, para o reconhecimento da causa extintiva da punibilidade (Código Penal, art. 110, verbete "desnecessidade de recurso do réu").

Transitada em julgado a decisão condenatória, a nosso juízo, o réu tanto pode impetrar uma ordem de habeas corpus como ingressar no juízo revisório, porquanto houve uma sentença condenatória transitada em julgado, sem que pudesse ser executada em face da extinção da punibilidade.

0 Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de janeiro de 1993, no art. 585, § 1% 1, não admite a revisão criminal "nos processos em que tenha sido decretada a extinção da pretensão punitiva".

Se não houve condenação, não faz sentido o ingresso no juízo revidendo.

Mas, se houver sentença condenatória irrecorrível, e o réu for beneficiado com uma causa extintiva da punibilidade, desde que a hipótese se subsuma na moldura do art 621 do CPP, nada impede a propositura da ação revisional, mesmo porque, com a revisão, não se procura evitar o cumprimento de pena, mas a restauração do status dignitatis do cidadão.

0 que não pode é o cidadão ingressar no juízo revisional. pleiteando o reconhecimento de uma causa extintiva de punibilidade.

Se a pena imposta foi excessiva, admite-se, também, a revisão (RT, 410/319).

1

603

14. Unificação de penas

1

~11

1~

i...

lL

Admite-se a revisão para a unificação de penas. Hoje, em face do art. 66

da Lei de Execução Penal, a unificação dar-se-á no Juízo das Execuções.

Se indeferido o pedido, caberá agravo em

execução, nos termos do art. 197 da LER Há entendimento isolado no sentido de se permitir, in casu, o recurso previsto no art. 5 8 1, XVII, do CPR Não nos parece. 0 art. 197 da LEP não comporta dúvida. Sempre que houver uma decisão do Juiz das Execuções, a parte vencida pode interpor agravo, também chamado "agravo em execução". Mas, se a decisão passa em julgado, ou se o órgão superior negou provimento a eventual recurso, evidente que somente a via revisional é a acertada e única. Assim, se por uma fictio juris o crime continuado forma uma unidade delitual, desde que o agente haja praticado vários fatos na mesma ou em outras cornarcas, enlaçados pela continuidade, seria uma iniqüidade a não-unificação das penas. E tal pedido pode ser formulado com apoio no art. 621, 1, do CPP (v. RT, 3051326). Certo que determinada corrente jurisprudencial comunga do entendimento de que a revisão não é a via legal para a unificação das penas, ainda que o pedido haja sido indeferido na instância inferior (cf. RT, 409/133). Com a devida vênia, não nos parece assim. A nãounificação das penas, nos casos permitidos, afronta o texto legal, e seria tremenda iniqüidade a improcedência da revisão, porquanto, por amor às filigranas da lei, um pobre-diabo passa a receber exageradamente uma pena que o legislador, por meio da ficção da continuidade, quis evitar. É claro que o pedido de unificação de penas deve ser formulado ao Juízo das Execuções. E se for negado? Caberá agravo em execução, nos termos do art. 197 da LER E se o Tribunal nega provimento ao agravo contrariando texto expresso da lei penal? Por óbvio, o remédio jurídico há de ser a revisão criminal. A propósito, RT, 524/397 e 633/335.

E se a jurisprudência do Excelso Pretório passar a entender que, em determinadas hipóteses, pode-se falar em continuidade, não obstante anteriormente fosse diversa sua compreensão? 0 STF tem-se manifestado sobre o assunto:

"Revisão criminal. Não contraria texto expresso da Lei Penal ou a evidência dos autos acórdão que inadmite o benefício da continuidade em crimes de roubo praticados contra vítimas diversas, por reconhecer a inexistência de continuidade nos crimes subseqüentes ao primeiro (CR art. 71)... A simples mudan-604

ça de jurisprudência sobre a continuidade em crimes de roubo não justifica o pedido de revisão criminal- (cf. STF, Revisão Criminal ri.

4.624-7-SP, DJU, 11-11-1981, p. 12603).

"A adoção de interpretação controvertida não contraria texto expresso em lei. As decisões plenárias que admitiam a continuidade delitiva em crimes de roubo, mormente quando ainda não publicada a Súmula dos acórdãos, não têm efeito vinculativo. 0 Juiz não pode, sob o pretexto de fazer justiça, ampliar os casos de revisão criminal, que são taxativos" (cf. STF, Revisão Criminal ri. 4.604-2-SP, DJU, 18-12-1981, p. 12936).

No mesmo sentido, STF, Revisão Criminal ri. 4.622-1-SP, DJU, 1812-1981, p. 12936; STF, Revisão Criminal ri. 4.635-2-SP, DJU, 2-4-1982, p. 2882, com a seguinte ementa: "A mudança de

jurisprudência sobre continuidade de crimes de roubo não justifica pedido de revisão criminal".

Parece, contudo, admi#ir a Suprema Corte o pedido de revisão, nessa hipótese, se a jurisprudência é reiterada, tranqüila. A propósito:

"Revisão Criminal ri. 4.601-8-SP, STF, DJU, 2-4-1982, p. 2882. Se a alteração de jurisprudência não vem a ser reiterada, tomando-se assente, daí decorre que uma decisão isolada não serve de fundamento à revisão criminal, para encaminhar tese referente à aplicação do texto expresso da lei penal, como tendo sido contrariado pela decisão condenatória. Entendimento do art. 621 do CPP".

Hoje, entretanto, a discussão perdeu todo o interesse, uma vez que a reforma penal operada em 1984 disciplinou a matéria atinente a crime continuado contra vítimas diversas, cometido com violência ou grave ameaça a pessoa. Muito a propósito o parágrafo único do art. 71

do CR Assim nada impede que aqueles que postularam a unificação de penas em crimes de roubo contra vítimas diversas, e não lograram êxito, possam reiterar o pedido, já agora em face de texto expresso de lei, aplicando-se o princípio de la lois plus douce, consagrado pelo parágrafo único do art. 2.' do CR Se, por acaso, houver indeferimento, o interessado poderá interpor agravo em execução, nos

termos do art. 197 da LER E, no Estado de São Paulo, se o agravo não for admitido, poderá ser requerida a Carta Testemunhável.

Nesse sentido o art. 814, 1, do atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

605

15. Revisão para aumentar a pena

Observe-se que os nossos Tribunais chegavam a deferir pedido revisional para aumentar a pena, sob o fundamento de que, em revisão, nada obsta se majore levemente a imposta

para facultar-se ao réu pedido de livramento condicional. Na verdade, era excelente orientação que jugulava a pretendida e, às vezes, odiosa justiça caseira. Não se tratava de

revisão in pejus, o que seria um contra-senso. Mas, como sempre, in melius. É que, se a pena não fosse aumentada, em certas hipóteses, o réu não faria jus ao livramento

condicional. Assim, condenado o réu a

1

3 anos, nem teria direito ao sursis nem ao livramento condicional, o que não deixava de ser imprevisão do legislador - iníqua imprevisão. Ora, transitada em julgado a decisão, somente

por meio do pedido revisional é que poderia uma leve e bendita exasperação da pena (1 dia a mais que fosse) abrir ao condenado as portas do livramento condicional (v. RT, 409/132 e

355/356). E não havia nenhum mal naquela orientação. Se a revisão visa a beneficiar o réu e se o aumento da pena, in casu, o beneficiava, nada obstava pudesse o Tribunal

modificá-la in pejus, de modo a quebrar o rigorismo da lei, que não tinha nem

pode ter a

1 .

rigidez de uma pauta. Hoje, contudo, em face da reforma penal, man

i

i

tendo o instituto do sursis, quando a pena não ultrapassar os 2 anos

! i

(salvo a hipótese do art. 77, § 1% do CP, que permite o sursis ainda que a pena aplicada não ultrapasse 4 anos, desde que o réu tenha 70 anos), e permitindo o livramento, desde que a

pena imposta seja igual ou superior a 2 anos, aquela criação pretoriana ficou apenas registrada nos

.cor

1É

anais da nossa história, como testemunho do respeito dos nossos Tribunais pelo direito de liberdade.

2

16. Pode o Tribunal conceder mais do que lhe foi pedido?

Diz o inc. 111 do art. 621 que, se após a sentença se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determinem ou autorizem diminuição especial da pena, pode, também, ser requerida a revisão.

Essas novas provas normalmente são conseguidas por meio da justificação, que, à míngua de regulamentação no estatuto processual penal, pode ser feita nos termos dos arts. 861 e s. do CPC. Mas, se o Juiz que prolatou a decisão se descurar na apreciação das provas, nada impede que a instância revisional as

submeta a novo exame, e, com 606

base nessas mesmas provas, poderá proferir sentença absolutória ou, se for o caso, diminuir a pena. E claro que, nessa hipótese, restará apenas à instância revisional averiguar se a sentença condenatória violentou a evidência dos autos (v. RT, 417/118).

Nada obsta, por outro lado, que o condenado peça menos e o Tribunal lhe dê mais. Por exemplo: peça redução da pena e a instância revisional o absolva. Conforme ponderação de Manzini,

'Irattandosi di interessi non exclusivamente privati, il giudizio della Corte stessa, invero, non può ritenersi limitato alle ragioni proposte, che possono essere improprie o infondate ma si stende a tutto ciò che può mettere in luce

l'errore giudiziario

E arremata: "petulante formalismo seria pretender que a Corte de Cassação fingisse não se aperceber de uma causa legítima de revisão, somente porque não foi deduzida". E, enfaticamente, aduz: pode e deve, mesmo de ofício, considerá-la (cf. Trattato, cit., 1932,

v. 4, p. 701-2).

A tal respeito, vejam-te RT, 414/291 e 407/127.

17. 0 condenado precisa recolher-se à cadeia?

Haverá necessidade de o condenado recolher-se à cadeia para poder ingressar com o pedido de revisão? Não. A respeito existe, até, súmula. A de ri. 393 do STF diz: para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão. Se, atualmente, com a redação dada ao art. 594 do CPP pela Lei ri. 5.941, de 22-11-1973, sendo o réu primario e de bons antecedentes, nem precisa recolher-se à cadeia para apelar, quanto mais em se tratando de revisão. Mesmo não houvesse essa alteração, nenhuma aplicação poderia ter a regra do art. 594 (específica para a apelação), no campo da ação revisional. Por isso mesmo, se o réu que estava preso vier a fugir, nada impede que ele ingresse com o pedido de revisão. Como bem disse o Des. Azevedo Franceschini, se pode qualquer réu requerer revisão sem carecer recolher-se à prisão, razão não há para se não

conhecer de pedido revisional de quem estava preso e, no curso da ação especial, logrou evadir-se (cf. RT, 4121306; Julgados do Tribunal de Alçada, 8/56).

18. Conversão em diligência

Pode o Tribunal, apreciando pedido revisional, converter o julgamento 607

i

. ~1

11

em diligência? Tudo depende do que dispuser o Regimento Interno, em face do disposto no art 628 do CPR 0 Regimento Interno da Suprema Corte, no seu art. 267, expressamente concede poderes ao Relator para determinar a produção de outras provas, se entender necessárias. Nada obsta a que os Regimentos dos demais Tribunais acolham aquela excelente regra. É de convir que a revisão não é recurso, mas uma verdadeira ação de natureza constitutiva, visando a desfazer os efeitos da coisa julgada, numa sentença condenatória. Nesta ação, o réu é o Estado qua Administração, ao passo que o autor é aquele que sofre as consequencias do erro judiciário.

Tratando-se, como se trata, no consenso da doutrina, de verdadeira ação, nada obsta a que o Tribunal, quando necessário, determine as diligências que julgar convenientes, mesmo porque mais iníqua que a decisão injusta rescindenda seria a atitude do Tribunal que, embora pudesse, com simples diligência (cuj a realização escapou à argúcia e perspicácia do autor), evitar que o erro ou a injustiça perdurasse, tomasse a posição de simples espectador na produção das provas. Incensuráveis, pois, as decisões insertas na RT, 400/317, 4001326, 4021283.

19. A regra dos arts. 621 e 626

A largueza do art. 621, combinado com o art. 626, ambos do CPP, permite, também, o reconhecimento de concurso formal, ou de hipóteses que possibilitam a aplicação da regra do concurso ideal (CP, arts. 70, 73, 2.' parte, e 74, 2. parte), de circunstância que autorize diminuição especial da pena, esteja prevista na Parte Geral ou Especial do CP, para anular processo, para se excluir uma

agravadora (que é aquela causa de especial aumento, prevista na Parte Especial do CP), para unificar as penas, para excluir, reduzir ou alterar medida de segurança etc.

Note-se, por exemplo, que, se o réu for condenado por bigamia, e, no juízo cível, conseguir ele, após o trânsito em julgado da sentença conderiatória, anular o seu primeiro casamento ou o segundo, por qualquer motivo que não a bigan-iia, o crime será considerado como inexistente, e, nesse caso, poderá lograr na instância revisional a sua absolvição. Mesmo porque, conforme vimos, a expressão lei penal contida no art. 621, 1, do CPP é abrangente da lei processual penal.

608

20. Absolvição e revisão

Pode parecer, à primeira vista, que a revisão sempre pressupõe, necessariamente, uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, como diz o art. 621 do CPR E se o Juiz absolver um inimputável, nos termos do art. 26 do CP, e lhe aplicar medida de segurança, não sendo típico o fato? É óbvio que a aplicação da medida de segurança pressupõe: a) prática de fato previsto como crime; b) periculosidade do agente. Tais elementos devem necessariamente coexistir.

Ora, se o fato não pode ser considerado crime a parte objecti, ainda que perigoso o agente, não se lhe aplica a medida preventiva. Nesse caso, cabe a revisão, devendo ser considerada tal sentença absolutória como condenatória, seguindo, aliás, a melhor doutrina. É condenatória a sentença que inflige una pena o una medida de seguridad (cf. Fenech, Derecho, cit.,v. 2, p. 240).

21. Prazo

-h

Para se promover a ação revisional. não há prazo fixado, mesmo porque não se pode saber quando poderão surgir, se for o caso, as novas provas da inocência do condenado. A qualquer tempo, antes ou depois da extinção da pena, esteja ele cumprindo ou haja cumprido a pena, esteja o injustiçado vivo ou morto, possível será o ingresso na instância revidenda, desde que satisfeitas as condições

previstas em lei. A propósito, o art. 622 do CPR

22. 0 pedido

A pessoa legitimada encaminhará ao Presidente do Tribunal competente requerimento, devidamente assinado, em que se deduzirá, com clareza, a pretensão, instruindo-o com a certidão da sentença penal condenatória revidenda, com a nota de haver transitado em julgado, bem como com os documentos comprobatórios dos fatos alegados. Pode, inclusive, dependendo da hipótese, juntar, em traslado devidamente conferido e concertado, os autos do processo em que se proferiu a sentença que se pretende rever, e requerer as provas que pretenda sejam produzidas, tal como prevê o art. 266 do Regimento Interno da Suprema Corte. Nada obsta, também, que o peticionário, em vez de juntar o traslado do processo, ou de peças deste, limite-se a requerer se proceda

í

à requisição dos autos originais para o devido apensamento, o que se efetivará se, por acaso, essa providência não criar obstáculo à execução.

Não se contesta que, na revisão, há uma inversão do onus probandi. Na instância revisional, é o condenado o autor; então, actori incumbit probaflo. Mas não é menos certo que, nas ações penais condenatórias, a despeito de vigorar o mesmo princípio, o Juiz instrutor não fica maniatado, podendo, como lhe permite, por exemplo, a segunda parte do art. 156 do CPP, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. E por que razão charadística não poderá o relator determinar as diligências requeridas ou as que julgar necessárias?

Ainda que, erroneamente, for considerada a revisão como uma apelação sui generis, guindando a instância revidenda ao nível de 3.' instância, aplicável será a norma do art. 616 do CPP..

Se, porventura, o pedido revisional é formulado sob a alegação de que a sentença condenatória afrontou a evidência dos autos, nenhum documento será necessário, salvo os autos originais ou o seu traslado.

Para se evitarem amargas decepções, e tendo em vista certa resistência da parte de alguns Tribunais em se permitir um juízo instrutório no processo de revisão, convém ao

requerente instruir convenientemente o pedido.

JÁ

23. Procedimento

)

Encaminhado o requerimento ao Presidente do Tribunal, poderá

2:. ~ este ou o Relator designado indeferir liminarmente o pedido. 0

Relator,

.-) ! nos termos do art. 625 do CPP, será um desembargador que não tenha 1[

pronunciado decisão em qualquer fase do processo. Embora a lei fale

JJ

em desembargador, designação dada ao membro do Tribunal de Justi ça, é curial que, se o processo for da competência dos Tribunais Supe

riores da República, o relator será um dos seus Ministros; se do Tribunal de Alçada, um dos seus Juízes.

0 indeferimento liminar poderá ocorrer: a) se o pedido não esti ver, a critério do prolator do despacho, suficientemente instruído; b) se for reiteração de outro, com os mesmos fundamentos, e sem outras provas; c) se o pedido não se encartar na moldura dos arts. 621 ou 626 do CPP; d) se, por acaso, houver necessidade do apensamento dos autos origi nais e essa providência for inconveniente ao interesse da justiça. A in-610

0

conveniência ocorrerá, nos termos do § 2.0 do art. 625 do CPP, se, com tal

providência, resultar dificuldade a execuçao normal da sentença, quanto ao peticionário ou ao co-réu. Se o Presidente não o indeferir, será aberta vista dos autos ao órgão do Ministério Público que atuar perante o Tribunal revidendo. No Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo é assim. Mas, em outros Regimentos, é possível que a vista ao Ministério Público ocorra após a distribuição, como se dá com o Regimento Interno do STF (art. 268). 0 órgão do Ministério Público disporá de 10 dias, consoante dispõe o art 625, § 5.', do CPP, para se manifestar sobre o requerimento, podendo, inclusive, argüir defeitos que tornem legítimo o indeferimento liminar. Já o Regimento Interno do STF estabelece o prazo de 5 dias para a ouvida do Procurador-Geral da República, conforme se vê do seu art. 268. Esse prazo também é conferido ao requerente se, por acaso, houve produção de provas.

Explicase essa diferença procedimental: conforme ja vimos, a EC n. 7 autorizou a Suprema Corte a traçair normas sobre os processos da sua competência. E foi o que ela fez. Contudo, em face do art 24 da Lei n. 8.038, de 28-5-1990, determinando que no STF "será aplicada a legislação processual em vigor", isto é, o CPP, quer-nos parecer que, mesmo na Suprema Corte, se o Relator não indeferir o pedido liminarmente, os autos vão à Procuradoria-Geral da República para colher sua manifestação, no prazo de 10 dias. Não se ouve o requerente, mesmo porque não houve previsão no CPP. Após a manifestação do Ministério Público, retornando os autos, serão eles remetidos ao Relator, lançando relatório no prazo de 10 dias e, a seguir, por igual prazo, ao revisor, que pedirá dia para julgamento.

Indeferido o pedido liminarmente, tal despacho negativo enseja, nos termos do § 3.' do art. 625 do CPP, a interposição de recurso. Vimos que este outro não é senão o agravo regimental, oponível, segundo a maioria dos Regimentos, no prazo de 5 dias, e dirigido ao próprio prolator do despacho agravado. Recebendo-o, ou o prolator do despacho se retrata, ou, então, o submete à apreciação do órgão competente para julgar a revisão, podendo, ou não, conforme dispuser o Regimento, ser-lhe computado o voto.

Não havendo indeferimento in limine, ou se desfeito por meio do agravo regimental, o Tribunal, por seu órgão competente (Plenário, Grupo de Câmara, Grupo de Turmas ou Seção), passará a apreciar o pedido, que, conforme vimos, pode ser convertido em diligência.

No nosso Direito, o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, no processo de revisão, cabem ao mesmo órgão. 0 mesmo Tribunal julga admissível o pedido e analisa o meritum causae. Na maioria das demais legislações, conforme observa Florêncio de Abreu, o judicium rescindens é da alçada de um órgão superior, e o judicium rescisoriuni, de outro, com exceção apenas do Japão, onde a Corte Suprema pronuncia dois juízes: um secreto, como câmara de conselho, sobre a admissibilidade; outro público, sobre o mérito da causa (cf.

Comentários, cit., p. 457).

24. Julgamento

Os Regimentos não autorizam a interferência do ofendido, ainda que se trate de crime de exclusiva ação penal privada, como se pode concluir pela análise do § 5.' do art. 626 do CPP. No nosso entender, embora contrariando a lógica (assistente de réu não existe), devia a vítima ser notificada a se manifestar sobre o pedido revisional, em face do seu indisfarçável interesse na satisfação do dano ex delicto, mormente se já recebeu o "quantum" devido. Infelizmente, de jure constituto, isso não é possível. Mesmo em se tratando de ação exclusivamente privada, não pode intervir o ofendido. Cremos que essa exclusão do sujeito passivo do crime repousa na circunstância de que o Estado transferiu à vítima do crime, em certos casos, apenas o jus accusationis. Uma vez proferida sentença condenatória com trânsito em julgado, cessou o jus accusationis, dando lugar ao jus punitionis, que é exclusivo do Estado.

25. Improcedência

Julgado improcedente o pedido, poderá ser tomada alguma providência? Se satisfeito qualquer dos pressupostos alinhados nas letras a b ou c do inc. 111 do art. 102 ou no art. 105 da Magna Carta, poderá ser interposto o recurso extraordinário ou o especial.

E se a decisão desfavorável do juízo revisional não for unânime, caberão embargos infringentes ou de nulidade? Há alguns venerandos acórdãos permitindo a embargabilidade. Pensamos não ser possível. E certo que o parágrafo único do art. 609 do CPP fala em decisão de segunda instância, mas a redação do capítulo a que se subordina aquele dispositivo é por demais sugestiva: "Do processo e julgamento dos recursos em sentido estrito e das

apelações .....

612

Assim, não há dúvida de que somente as decisões de 2. instância, não unânimes e desfavoráveis ao réu, que apreciarem recurso em sentido estrito ou apelação, é que comportam os embargos infringentes (cf. RV, 46/616).

Mas o STF, em face do disposto no art. 119, § 3.', c, da Magna Carta anterior, criou, com visos de acentuada retratabilidade - pois o julgamento das revisões está afeto ao Plenário -, os embargos infringentes, oponíveis contra as decisões não unânimes e desfavoráveis, proferidas nos processos de revisão (cf. Reg. Int. do STF, art. 333, 11).

Ver, sobre o tema, o item 4 do Capítulo 63 deste volume.

26. Procedência

Julgado procedente o pedido, poderá, também, ser interposto recurso extraordinário, ou especial, desde que admissível (v. verbete

"Improcedência"). Tal recurso scimente poderá ser interposto pelo Ministério Público. 0 ofendido, houvesse ou não se habilitado como assistente de acusação, nos autos originais, ou mesmo na hipótese de ação exclusivamente privada, não pode fazer uso desse recurso. E

que, na revisão, outra é a relação processual, com inversão das posições das partes. Aqui e o reu o autor. Lá, o genuíno autor é o Estado, mesmo na ação privada, figurando o querelante como mero substituto processual. Permite-se ao ofendido apenas o direito de acusar e, na qualidade de assistente, funcionar em todos os termos da ação pública, não podendo habilitar-se após o trânsito em julgado da sentença (art. 269). Uma vez proferida sentença condenatória com trânsito em julgado, nenhuma interferência tem ou pode ter o ofendido, ainda que houvesse funcionado como parte acusadora principal.

Por essa razão, se a revisão é uma ação autônoma, em que o réu se torna autor e este, réu, não se lhe pode reconhecer o direito de interpor recurso extraordinário. Nesse sentido, o venerando aresto da Suprema Corte, no Recurso Extraordinário n. 59.595, RV, 36/459.

27. Conseqüências

Julgada procedente a revisão, poderá o Tribunal alterar a classificação da infração (menos in pejus), absolver o réu, modificar a pena (sempre para melhor) ou anular o processo. Estamos que, anulada a

o

sentença, se não houve nenhuma causa extintiva da punibilidade intercorrente, não pode o Tribunal proferir outra, pois, se assim agisse, estaria suprimindo, contra legem, o duplo grau de jurisdição. Caberá, então, ao juízo revisional. baixar os autos à instância de origem, a fim de que outra se prolate, como de direito. Nesse sentido o venerando aresto da Suprema Corte, na RV, 56/291. Nessa nova sentença não poderá o Juiz agravar a pena. Poderá dar nova definição jurídica ao fato, contanto que a pena a ser imposta seja, no máximo, igual àquela aplicada na primeira decisão. Caso contrário, por via oblíqua, surgiria uma modalidade, toda sui generis, de revisão pro societate.

E se o Tribunal anular todo o Processo, poderá o Juiz impor pena 28. Anulado o processo, poderá ser aumentada a pena?

maior que a imposta anteriormente?

Há quem entenda que, intentada nova ação penal, nada obsta que se dê qualificação jurídico-penal diversa ao mesmo fato, ensejando, assim, ao Juiz, aplicação de pena mais grave. Sady Gusmão entende não ser possível (cf. Recursos cíveis e criminais, 1936, p. 130).

Espínola Filho informa que a tese mais difundida é a de que a decisão proferida na ação que se intenta, por ter sido anulado, em revisão, o processo anterior, não pode aplicar pena maior nem mais grave do que a primeira imposta (cf. Comentários, cit., v. 6, p. 381). Suponha-se haja dois condenados. Um se conformou com a pena imposta. 0 outro, inconformado com o julgamento, requereu a revisão.

Julgada esta procedente, foi o processo anulado. Instaurada nova ação penal (se a

nulidade atingiu também a peça acusatória), não teria sentido viesse o Juiz impor pena superior à primeira, mesmo porque, ou seria prejudicado o co-reu, que se conformara com o decisório, ou então, pelo mesmo fato, ficaria um réu em situação de desvantagem em relação ao outro.

João Martins de Oliveira, na excelente monografia sobre a revisão (cf. Da revisão, p. 189), entende que, se a anulação atingiu apenas a sentença, não pode haver alteração da pena. Mas, se o

processo for anulado ex radice, poderá, inclusive, ser dada nova qualificação jurídica ao fato, com possibilidade de maioração da pena.

A doutrina aceita, pacificamente, ao que parece, é a de que, anulada apenas a sentença, outra deverá ser prolatada, sem exasperar a pena, isto é, a segunda não poderá ser superior àquela imposta na primeira

decisão e que foi objeto do juízo revidendo. A dúvida ocorre se o Tribunal anular todo o processo, de molde a dever ser intentada nova ação penal. É claro que, se se tratar de ação penal privada, a esta altura já estaria extinta a punibilidade pela decadência. E se for pública? Poderia o órgão do Ministério Público, no requisitório, dar outra qualificação j urídico-penal ao fato, de molde a agravar a pena?

Pode parecer, em face do aforismo quod nullum est, nullum produxit effectum, que nova oportunidade se lhe abre para definir o fato, como bem entender, pouco importando se a pena será ou não mais grave. Parece ser esse o entendimento, à vista deste pronunciamento do Tribunal: "... se não pede a ele a anulação do processo, não deve a mesma ser decretada, expondo-o aos azares de uma nova ação"

(cf. RT, 3171407 e 384183).

Mesmo anulado o processo, estamos que nova qualificação jurídico-penal que importe pena mais grave não poderá ser dada. Note-se que o art. 617

do CPP proíbe a reformatio in pejus quando a apelação houver sido interposta apáas pelo réu. No caso ~articular da revisão, o art. 626, depois de frisar que,

julgada ela procedente, o Tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o condenado, modificar a pena ou anular o processo, dispõe de maneira categórica, no seu parágrafo único: "de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista", salvo as exceções criadas pelo direito pretoriano.

Assim, se a propria lei proclama, peremptoriamente, que de qualquer maneira não pode ser agravada a pena imposta pela decisão revista, estamos que, se se admitisse a majoração, estaria, por via oblíqua, quebrado o princípio que lhe impede o exasperamento, quando o recurso é interposto exclusivamente pelo condenado e que somente por ele podia ser feito. Se a revisão existe como um direito subjetivo do condenado para tutelar o seu status libertatis ou status dignitatis, não teria sentido que, pretendendo melhorar-lhe a situação, pudesse esta ser agravada.

0 parágrafo único do art. 626 não deixa margem a dúvida. Se o art. 626

previu a possibilidade de o Tribunal absolver, modificar a pena, alterar a classificação da infração ou anular o processo e, no parágrafo, incisivamente dispôs que, de qualquer maneira não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista, impossível se torna o agravamento. De qualquer maneira, diz a lei. Pouco importa a maneira. Se

615

., 1

desclassifica a infração ou modifica a pena, não a pode agravar. Se anular o processo, também não o poderá fazer. Tal regra imperativa não pode sujeitar-se a exceções doutrinárias ou pretorianas.

Note-se que houve a coisa julgada, cuja autoridade tem força irreversível e impede, por isso mesmo, seja a sentença reexaminada, estivesse ou não certa, fosse ou não justa, houvesse ou deixasse de haver perfeito enquadramento no modelo legal. Resjudicata pro veritate habetur. Entretanto, em benefício do próprio réu, como garantia do seu status libertatis ou até mesmo do seu status dignitatis, permite-se, de maneira excepcional, o reexame da questão selada pela força da coisa julgada. Só o réu e exclusivamente ele - e não o acusador

- é quem tem esse direito de requerer novo exame da causa, a despeito do trânsito em julgado.

Sendo assim, poderá o processo ser revisto, inclusive anulado; o que não se concebe é nova instauração de instância penal contra ele, de molde a prejudicá-lo. A força imperativa do art. 626, parágrafo único, do CPP funcionaria como um freio a angustiar o novo requisitório e a nova sentença.

Se a revisão é instituto destinado a fazer cessar o erro judiciário, quando prejudicial ao réu, de sorte que deverá sempre beneficiá-lo, tal pâncípio não pode ser olvidado pelo órgão do Ministério Público, quando da propositura da nova ação penal. Se, anulada a sentença e outra dever ser proferida, não poderá o Juiz aplicar, para pior, a regra do art. 384, parágrafo único, pois, do contrário, estaria ele com mais atribuições que o Tribunal, como poderia fazê-lo o órgão do Ministério Público? 0 princípio de que a revisão existe, entre nós, para beneficiar o réu deve estar presente na nova ação penal, ut lepra cuti...

Pensamos, também, que a situação é análoga à da coisa julgada. Se o réu for absolvido, e, após o trânsito em julgado, provas esmagadoras surgirem contra ele, inclusive confissão, nada se poderá fazer para corrigir o erro. Assim, também, se em virtude de revisão, que so se admite a favorecer o réu, for o processo anulado ab ovo, essa decisão do Tribunal, por força do parágrafo único do art. 626

do estatuto processual penal, é como tivesse, de maneira sui generis, valor semelhante ao da coisa julgada, impedindo a alteraçao in pej . us da primitiva pena. Se o próprio Tribunal revidendo não pode majorá-la, como poderia fazêlo o Juiz da instância inferior? Entendimento contrário - e em afronta

à nossa tradição e aos princípios que regem a revisão criminal -

propiciaria uma verdadeira revisão pro societate, ainda que por meio de vias indiretas.

Espínola Filho, enfrentando o problema, acha prudente não dever o Tribunal revidendo anular o processo, a menos que o requeira o próprio réu (cf.

Comentários, cit., v. 6, p. 383). Hoje, entretanto, desapareceram, por completo, aquelas razões que geraram o temor do ilustre processualista, porquanto o STF, alterando seu entendimento anterior, já firmou o princípio de que, anulado o processo, seja em virtude de exclusiva apelação interposta pela defesa, seja em virtude de revisão criminal, não pode o réu ter agravada, pela nova sentença, a pena que lhe havia sido imposta pela decisão anulada (RTJ, 74/654, 88/1018, 95/1081. No mesmo sentido, RT, 548/418).

29. Reiteração

b

0 pedido de revisão pode ser reiterado? 0 parágrafo único do art. 622 do CPP é categórico: "Não será admissível a reiteração, salvo se fundado em novas provas". 0 Regimento Interno do STF, no art.

264, parágrafo único, elastece um pouco a regra indicada no art. 622, parágrafo único, do CPP. Diz ele: "Não é admissível a reiteração do pedido, com o mesmo fundamento, salvo se fundado em novas provas". Aliás, quando o CPP veda a reiteração, evidentemente se volta para a hipótese de o pedido ser formulado com o mesmo fundamento. Nada impede, pois, que os Regimentos Internos de outros Tribunais prescrevam norma semelhante àquela do Regimento Interno do STF, à maneira de como procedeu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Verbis:

§ 2.' A reiteração do pedido que não verse matéria inédita dependerá de novas provas, devendo a Secretaria, sempre que possível, apensar os autos das anteriores postulações do peticionário".

Aliás, antes mesmo do atual Regimento Interno da Excelsa Corte, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já havia decidido, com acerto, que, "se o primeiro pedido visar à desclassificação da infração, nada obsta, mesmo sem novas provas, seja o mesmo reiterado, já agora

com outro fundamento,

so" (cf. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 8/6).

visando à absolvição ou à anulação do proces-

~1

i

30. Sentença estrangeira

Cabe revisão criminal contra a sentença penal estrangeira homologada no Brasil? Conforme ensina João Martins de Oliveira, nosso Direito não adotou o sistema da actio judicati, pelo qual a sentença estrangeira é título para outra ação que se deve propor. E, neste caso, a sentença será estudada, ou não, quanto ao mérito. Seguimos o sistema criado pela 1-i processual italiana e denominado "delibação". 0 Tribunal examina tão-somente as circunstâncias externas da sentença e apura sua legitimidade, levando em conta apenas a "competência geral" do órgão que a ditou (sem entrar no mérito da decisão), e confere, ou não, o exequatur ao julgado (cf. Da revisão, cit., p. 148).

Observa Manzini que a lei italiana é taxativa a respeito: somente a sentença prolatada por autoridade judiciária italiana é que pode sujeitar-se à revisão (cf. Derecho procesal penal, v. 5, p. 259).

Entre nós, também não é possível, pois, quando da homologação, o Tribunal não entra no meritum causae, limitando-se a constatar se estão satisfeitas as formalidades legais (cf. CPP, arts. 781, 788

e 789, § 4.'), seguindo-se o procedimento traçado nos arts. 215/224 do Regimento Interno da Suprema Corte. Se o interessado quiser, cumprirlhe-á requerer a revisão no lugar onde se proferiu a sentença condenatória. No Brasil, não.

31. A Justiça Eleitoral

E possível a revisão na Justiça Eleitoral e na Justiça Militar? 0 Código Eleitoral silencia. Todavia, como o art. 364 daquele diploma determina se aplique o CPP, como lei supletiva ou subsidiária, nada impede seja o extremum remedium jurís requerido naquela Justiça. Se se trata de direito individual, pouco importa a

Justiça.onde ocorreu a injustiça. Na Castrense, há dispositivo expresso a respeito (cf.

CPPM, art. 5 5 0).

32. Morte do condenado

11

cumpre ao Tribunal, por intermédio do Relator, nomear-lhe curador para a sua defesa. Esse curador não é um representante legal sui generis, tal como se dá na hipótese do art. 33 do CPP, mas um verdadeiro substituto processual que vai defender, em nome próprio, um interesse alheio.

33. A indenização

Se, no curso do processo revisional, o condenado vier a falecer, 618

0 problema da indenização às vítimas de erros judiciários é, como bem frisa Florêncio de Abreu, uma afirmação decorrente de longa elaboração histórica e legislativa (cf. Comentários, cit., p. 475).

Em Roma, o acusador ou era sujeito à mesma pena que pedia para o acusado, ou declarado infame quando caluniador, ou obrigado a indenizar o acusado de perdas e danos, se a acusação fosse

simplesmente temerária (cf. Alvaro Vilela, A revisão, cit., p. 316).

Segundo relato de Vilela, em 1871, a Academia de Artes e Letras de Chalons-sur-Marne pôs em concurso o seguinte quesitç:

"Quando a sociedade civil, tendo acusado um dos seus membros pelo órgão do Ministério Público, e este sucumbe na acusação, quais serao os meios práticos e menos dispendiosos para conferir ao cidadão reconhecido inocente a indenização que lhe é devida por direito natural?". A resposta foi dada por dois trabalhos notáveis, premiados pela Academia, uma de Brissot de Warville - Le sang innocent vengé, e outra de Philippon de la Madaleine, sob o tftulc, Des moyens de indemniser l'innocence in justement accusée et punie (cf. A revisão, cit., p. 317). Warville reconhecia ser dever da sociedade indenizar os prejuízos que ela

própria causara à liberdade do cidadão.

Hoje, quase todas as legislações admitem esse direito à indenização.

Entre nós, a matéria foi solucionada em nível de Constituição. A propósito o art. 5.', LXXV, da CF: "0 Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

E se se tratar de ação penal privada? Nos termos da letra b do § 2.' do art. 630 do estatuto processual penal, nessa hipótese não cabe ao Estado o direito de indenizar. A rigor, deveria caber, a menos que a condenação fosse resultante de provas falsas arregimentadas pelo querelante. Afinal de contas, não é o Estado, também, quem julga os crimes de ação penal privada, por meio dos seus órgãos jurisdicionais? Não é o Juiz quem aprecia as provas de acordo com o seu livre convencimento? Se houver erro judiciário, a culpa não será do querelante...

01

k .

Hoje, em face de norma constitucional, o condenado fará jus a uma indenização, pouco importando tenha o processo se iniciado por denúncia ou queixa.

Também é incabível a indenização, nos termos da letra a do § 2.0 do mesmo artigo, se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder.

Pensamos que, se a confissão foi conseguida mediante coação (o caso dos Irmãos Naves ainda está na lembrança), ou o réu deixou de comparecer em juízo para se defender, com receio de ser preso, e, após a condenação, apura-se o erro judiciário, que culpa se lhe pode atribuir? Devia ele suportar as torturas e não confessar? Devia ele apresentar-se à justiça, mesmo sabendo-se inocente, e permanecer preso, até que um dia surgisse um raio de luz para clarear as sombras do processo? Seria demais. Entre nós, a despeito da proibição do art. 630, § 2.', a, do estatuto processual penal, os Tribunais têm atentado para essas situações singulares. Houve confissão, inclusive judicial, no caso dos Irmãos Naves. Descoberto o erro e provada a coação policial (que se estendeu até em juízo),

determinou o Tribunal fosse paga a indenização.

Uma vez que a revisão visa, sobretudo, a restaurar o status dignitatis do condenado, nada impede que se estabeleça, de jure constituendo, norma semelhante àquela do art. 461 do CPP Português.

Verbis:

"A sentença que absolver o argüido no tribunal de revisão é afixada por certidão à porta do tribunal da comarca da sua última residência e à porta do tribunal que tiver proferido a condenação e publícada em três números consecutivos de jornal da sede deste último Tribunal ou da localidade mais próxima, se naquela não houver jornais".

Idêntica providência é adotada pelo art. 642 do atual Codice di Procedura Penale, promulgado em setembro de 1988.

620

APENDICE

13

j'i

dências.

Lei Complementar n. 851, de 9 de dezembro de 1998*

Dispõe sobre o sistema de Juizados Especiais e dá outras provi-0 Governador do Estão de São Paulo.

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei complementar:

TíTULO 1

PARTE GERAL

CAPíTULO 1

DISPOSIÇOES GERAIS

Art. 1.' É criado no Estado de São Paulo o Sistema de Juizados Especiais, integrado pelos Juizados Cíveis e Criminais, e respectivas Turmas Recursais, como órgãos do Poder Judiciário, para a conciliação, processo, julgamento e execução das causas de sua competência, nos termos da Lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

- Publicada no DOE de 10-12-1998.

623

Art. 2.' Os Juizados Informais de Conciliação e os Especiais, integrados pelos Juízes de primeiro grau, serão instalados em todas as Comarcas, Varas e Foros Distritais do Estado de São Paulo.

Parágrafo único. 0 Conselho Supervisor do Sistema, consideran-1

do o volume de serviço, ou a distância da sede da Comarca, Vara ou Foro Distrital, poderá autorizar o funcionamento, como Juizado Itinerante, de Juizado Informal de Conciliação, ou Especial.

Art. 3.' Os Juizados Especiais e de Conciliação funcionarão no horário de expediente forense a ser fixado pelo Conselho Superior da Magistratura.

1

Parágrafo único. Por proposta do Conselho Supervisor, os Juizados poderão funcionar diariamente, inclusive no periodo de férias forenses, realizando-se os atos processuais até às 21 horas, com ressalva dos já iniciados.

Art. 4.' Os serviços auxiliares das unidades, ou Varas dos Juizados serão exercidos por Ofício de Justiça Especial ou por Seção de Ofício de Justiça Comum.

Art. 5.' Cada Juizado será dirigido por um Juiz-Diretor, designado pelo Conselho Superior da Magistratura, mediante proposta do Conselho Supervisor, em face do movimento forense, e integrado por um Juiz Adjunto e por Juízes Auxiliares,

designados de igual forma, todos com jurisdição na Comarca. Art. 6.' Compete: 1 - ao Juiz-Diretor: a) a corregedoria permanente do Ofício de Justiça, ou da Seção de Ofício de Justiça, afeto ao Sistema dos Juizados, sem prejuízo da competência da Corregedoria-Geral da Justiça, com obrigatória remessa de cópia de termo de correição ao Conselho Supervisor; b) propor ao Conselho Supervisor as medidas necessárias e as mudanças convenientes ao bom desenvolvimento dos trabalhos; c) apresentar ao Conselho Supervisor, mensalmente, estatísticas do movimento, discriminando as reclamações por matéria e, anualmente, relatório circunstanciado dos trabalhos sob sua jurisdição; d) recrutar Conciliadores preferencialmente entre os bacharéis em Direito;

e) distribuir e despachar todos os processos organizando a pauta e designando datas para a conciliação, instrução e julgamento, observan-624

do rigorosa ordem cronológica e, se for o caso, igualmente de serviço entre os Juízes;

processar as execuções; - ao Juiz Adjunto:

a) auxiliar e substituir o Juiz-Diretor em seus afastamentos ou impedimentos;

b) auxiliar o Juiz-Diretor, despachando processos, inclusive na fase de execução, quando necessário em função do volume de serviço; c) presidir audiências;

111 - aos Juízes Auxiliares:

a) presidir as audiências de corkiliação, instrução e julgamento; b) substituir, observada a ordem de antigüidade, o Adjunto em seus afastamentos ou impedimentos, ou na vacância, até a designação do Conselho da Magistratura.

§ 1.0 Vetado.

si

§ 2.' 0 Conselho Superior da Magistratura, por proposta do Conselho Supervisor, em caráter excepcional, devidamente justificado, poderá designar Juiz para atuar exclusivamente no Sistema e Juizados, ou dispensá-lo dessas funções.

Art. 7.' Ao Ofício de Justiça ou Seção Especial de Ofício de Justiça, afeto ao

Juizado compete:

1 - receber a reclamação, formulada por pessoa física (ou microempresa, quando circunscrita a reclamaçao a serviços realizados pelo seu próprio titular), excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas;

11 - proceder ao registro das reclamações e dos feitos em livro proprio; III - manter registro atualizado do andamento desses feitos; IV - registrar a solução dada às reclamações, por acordo ou sentença; V - atender às partes e os respectivos advogados, prestando as informações necessárias;

VI - remeter, mensalmente, ao Conselho Superior, no prazo fixado, os dados estatísticos;

Justiça.

VII - observar as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da 625

~1

CAPiTULO Il

DO CONSELHO SUPERVISOR

Art. 8.' Ao Conselho Supervisor, órgão administrativo encarregado de planejar e orientar o funcionamento dos Juizados, compete: 1 - elaborar projeto de seu regimento interno, que será aprovado pelo Orgão Especial;

11 - propor ao Conselho Superior da Magistratura a criação, instalação, horário de funcionamento ou extinção de Juizados Especiais, Cíveis ou Criminais, e de Conciliação;

III - Propor ao Conselho Superior da Magistratura a criação de uma ou mais Turmas Recursais Cíveis, Criminais, ou com competência cumulativa, em todas as Circunscrições Judiciárias do Estado e na Capital, em razão do volume de serviço, ou das dificuldades de comunicação existentes na região;

IV - propor ao Conselho Superior da Magistratura a designação de Juízes vitalícios, ou, excepcionalmente, ainda não vitaliciados, para comporem as

Turmas Recursais Cíveis, Criminais ou com competência cumulativa;

V - propor ao Conselho Superior da Magistratura, a designação de Juiz-Diretor, Juiz Adjunto, e Juiz Auxiliar;

VI - propor ao Conselho Superior da Magistratura, em caráter excepcional, devidamente justificado, o desligamento, ou a designaçao de Juiz para atuar com exclusividade no sistema dos Juizados; VII - propor modificações e uniformização no funcionamento do Sistema dos Juizados, visando o seu aprimoramento e melhor atendimento à população; VIII - fazer publicar, mensalmente, a estatística dos Juizados Especiais e de Conciliação;

IX - elaborar relatório circunstanciado, anualmente, para que seja publicado até 31 de março, das atividades do Sistema no ano anterior.

Parágrafo único. Os processos, referentes às matérias de sua competência, serão distribuídos a todos os integrantes do Conselho, excetuado o seu Presidente, para elaborar parecer a ser apreciado em suas reuniões.

Art. 9.' Compõem o Conselho Supervisor:

1 - o Presidente do Tribunal de Justiça;

11 - três Desembargadores, membros efetivos, e respectivos suplentes, designados pelo órgão Especial;

111 - dois Juízes-Diretores de Juizados Cíveis e um Juiz-Diretor de Juizado Criminal, membros efetivos e respectivos suplentes, designados pelo Conselho Superior da Magistratura.

Parágrafo único. Ao Presidente do Tribunal de Justiça compete presidir o Conselho, sendo substituído, nas suas ausências e impedimentos, pelo Desembargador mais antigo presente.

CAPfTULO III

DOS CONCILIADORES

1

Art. 10. Os Conciliadores, com a função específica de tentar o entendimento e a composição entre as partes, são auxiliares da Justiça, recrutados, preferencialmente, entre os bacharéis em Direito, de reputação ilibada e que tenham conduta profissional e social compatíveis com a função.

Parágrafo único. As tunções de Conciliador, exercidas a título honorífico e sem vínculo com o Estado, são consideradas como serviço público relevante.

Art. 11. Os Conciliadores são recrutados pelo Juiz-Diretor após a expedição de edital, pelo prazo de 10 (dez) dias, que será afixado na sede do Juizado, para eventual inipugnação.

Parágrafo único. Sendo oferecida impugnação à sua designação, ao Juiz-Diretor compete apreciá-la, fundamentadamente.

Art. 12. Ao conciliador serão aplicadas, no que couber, as normas relativas a impedimento e suspeição, a que submetidos os Juízes em Geral.

CAPiTULO IV

DAS TURMAS RECURSAIS

Art. 13. Os recursos das decisões proferidas nos Juizados serão julgados por uma Turma Recursal Cível ou Criminal, ou com jurisdição cumulativa, composta por três Juízes vitalícios, como membros efetivos, em exercício no primeiro grau de jurisdição.

§ 1.' A Turma Recursal terá dois membros suplentes, que substituirão, mediante revezamento e automaticamente, independentemente de qualquer designação, os membros efetivos, nos seus

impedimentos e afastamentos.

627

§ 2.' Não havendo na Circunscrição Judiciária Juízes vitalícios, em número suficiente para a composição da Turma Recursal e designação de suplentes,

serão designados outros, ainda não vitaliciados, enquanto esta situação perdurar.

Art. 14. À Turma Recursal compete, além do julgamento dos recursos referidos no artigo anterior, o dos mandados de segurança e de habeas corpus, quando a autoridade coatora for Juiz do Sistema dos Juizados Especiais, e correições parciais, quando relacionadas a decisão também emanada do Sistema.

Art. 15. Na Comarca da Capital serão criadas uma ou mais Turmas Recursais Cíveis e Criminais.

§ 1.' Fora da Capital, será instalada uma Turma Recursal em cada uma das Circunscrições Judiciárias.

§ 2.' Em face do volume de serviço, ou das dificuldades de comunicação, poderá o Conselho Supervisor, justificadamente, propor a criação de mais de uma Turma Recursal na Circunscrição.

Art. 16. Cada Turma Recursal terá um Presidente, eleito pelos membros efetivos, para o período de um ano, vedada a reeleição para o período imediatamente posterior.

Art. 17. 0 exercício da função de Juiz da Turma Recursal é cumulativo com as demais atribuições do próprio magistrado.

TÉrULO II

JUIZADOS ESPECIAIS CíVEIS

CANTULO 1

DISPOSIÇõES GERAIS

Art. 18. 0 Sistema dos Juizados Especiais Cíveis, como órgão da Justiça Ordinária Comum do Estado de São Paulo, ora criado, com a competência, atribuições e atos processuais estabelecidos pela Lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e suas modificações, constitui-se de Juizados Especiais e de Conciliação, inclusive os itinerantes, que serão servidos por Ofícios ou Seções de Ofício de Justiça, e pessoal designado pelo Presidente do Tribunal de Justiça.

Art. 19. Vetado. Art. 20. Vetado.

CAPiTULO Il

COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CíVEIS

Art. 21. Os Juizados Especiais Cíveis têm competência, sem prejuizo de eventual opção do autor pela Justiça Comum, para conciliação, processo, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

1 - as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o valor do salário mínimo vigente à época da propositura da ação; 11 - as enumeradas no art. 275, inciso 11, do Código de Processo Civil, sem limitação de valor;

111 - ações de despejo para uso próprio, sem limitação de valor; IV - ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso 1 deste artigo;

V - homologação deáacordos previstos nos arts. 57 e 58 da Lei federal n.

9.099, de 26 de setembro de 1995, e as execuções decorrentes desses títulos;

VI - execuçao de títulos extrajudiciais até o valor correspondente a 40

(quarenta) salários mínimos;

VII - a execução de seus próprios julgados;

VIII - outras ações que, por disposição legal, vierem a ser incluídas na competência dos Juizados Especiais Cíveis.

TfTULO III

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

CAPíTULO 1

DISPOSIÇõES GERAIS

i-

Art. 22. Nas Varas com competência criminal, com seus respect vos Ofícios, ou Seções de Ofício de Justiça, serão instalados Juizados Especiais Criminais.

Art. 23. Têm atuação permanente nos Juizados Especiais Criminais, além do Juiz de Direito:

1 - Ministério Público;

629

1

11 - Conciliadores;

Ill - Advogados;

IV - Servidores do Poder Judiciário.

Art. 24. A defesa dos réus será feita por advogados constituídos, por Procuradores do Estado, designados pelo Procurador-Geral, ou por defensores dativos, designados pelo Juiz de Direito, independentemente de compromisso ou instrumento de mandato.

i

1

CAPiTULO Il

DA COMPETENCIA, DOS ATOS PROCESSUAIS, DA FASE

PRELIMINAR, DO PROCEDIMENTO SUMARíSSIMO, DA EXECUÇÃO

Art. 25. As disposições da Lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, regem o Sistema de Juizados Especiais Criminais, regulando a atuação dos Juízes togados, das partes e seus Procuradores, Conciliadores, demais Auxiliares da Justiça e Ministério Público, assim como a competência, atos processuais, fase preliminar, procedimento sumaríssimo, sentença, recursos, acórdãos, execução e despesas processuais.

Parágrafo único. Subsidiariamente, no que não forem incompatíveis com esta lei complementar, aplicar-se-ão as normas da legislação penal e processual penal.

Art. 26. Vetado:

1

vetado;

Il

vetado;

III - vetado.

TfTULO IV

DISPOSIÇõES FINAIS

CANTULO úNICO

Art. 27. Os atuais Juizados de Pequenas Causas e do Consumidor e as respectivas Turmas Recursais são convertidos em Juizados Especiais Cíveis e respectivas Turmas Recursais.

Art. 28. 0 Juizado Especial, quando conveniente, poderá ter competência cível e criminal, cumulativamente.

630

Art. 29. Enquanto não instalados em número suficiente os Juizados Especiais, sua competência poderá ser exercida pelos demais órgãos de primeiro e segundo graus da Justiça Ordinária.

Art. 30. 0 Tribunal de Justiça, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Secretaria da Segurança Pública disciplinarão, em atos próprios e no âmbito específico da Lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, as atividades de seus órgãos, funcionários e demais servidores que lhes são subordinados.

Art. 31. A estrutura dos Ofícios de Justiça ou Seções de Ofícios de Justiça dos

Juizados Especiais de Conciliação e Especiais Cíveis será definida em Provimento do Conselho Superior da Magistratura, mediante proposta do Conselho Supervisor do Sistema dos Juizados Especiais.

Art. 32. Os Juizados Especiais serão instalados no prazo de 60 (sessenta) dias, em todas as Comarcas, Varas Distritais, Foros Distritais e Regionais que ainda não disponham dessas unidades.

h

Art. 33. Esta Lei Complementar entrará em vigor no primeiro dia do segundo mês subseqüente ao de sua publicação, revogadas as`disposiçoes em contrário.

Palácio dos Bandeirantes, 9 de dezembro de 1998.

MÁRIO COVAS

Fernando Leça

Secretário - Chefe da Casa Civil

Antonio Angarita

Secretário do Governo e Gestão Estratégica

631

Bibliografia

A.

GALATI . Divieto di deporre e falsa testimonianza. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, jan./mar. 1970, p. 407.

A. GHIARA. Presunzione di innocenza. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, jan./mar. 1974, p. 220.

Ada Pellegrini GRINOVER. 0 processo em sua unidade. Saraiva, 1978.

_. As condições da ação penal. Bushatsky, 1977.

Adherbal Orlando Girolamo de BARROS. Fins do processo penal e os princípios da verdade real e o do nulla poena sine juditio. Justitia, 82/147.

Afrânio SILVA JARDIM. Direito processual penal. Forense, 1990.

Alcides de MENDONÇA LIMA. 0 STF e os habeas corpus. Jurispenal do STF, 30/27.

Aldo Almeida PRADO DE MAGALHÃES. Apuração do crime falimentar. Justitia, 71/57.

Alfredo BUZAID. Do agravo de petição. Saraiva, 1956.

Alfredo DE MARSICO. Diritto processuale penale. Napoli, 1966.

Aloysio de CARVALHO FILHO. Comentários ao Código Penal. Forense, 1955. v.

4.

André VITU. Procédure pénale. Paris, PUF, 1957.

1

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.

Antonio 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, 93/165.

Arion Sayão ROMITA. Recurso de ofício em processo por crime contra a saúde pública. Justitia, 83/123.

633

1 '1k~1

. Atuação do Ministério Público no processo de falência e concordata.

Justitia, 89133.

ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. Revista dos Tribunais, 1977.

Arthur COGAN. 0 perdão judicial. Justitia, 841231.

Ary A. FRANCO. Código de Processo Penal. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

Basileu GARCIA. Instituições de direito penal. Max Limonad, 1956.

Apelação criminal do assistente. Prazo de 15 ou 5 dias? RT, 365/7.

Preservação da liberdade no anteprojeto do Código Penal. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 9/35.

Benedito Silvério RIBEIRO. Identificação dactiloscópica é obrigatória ou facultativa para quem já é identificado civilmente? RT, 499/269.

Benjamin MORAES. Crimes eleitorais. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 4/77.

BENTO DE FARIA. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1942.

Cândido RANGEL DINAMARCO. Reflexões sobre direito e processo. Justitia, 71/201.

Celso DELMANTO. Da impetração de habeas corpus por Juízes, Promotores e

Delegados. RT, 552/284.

. Código Penal. Saraiva, 1980.

. Perdão judicial e seus efeitos. Justitia, 1021203.

Christiano José de ANDRADE. Dos indícios no processo penal. Justitia, 72187.

Damásio E. de JESUS. Prescrição retroativa. Jurispenal do STF, 23/23.

A prescrição retroativa no futuro Código Penal. Justitia, 91123.

Direito penal. Saraiva, 1980.

Código de Processo Penal anotado. Saraiva, 1980.

Decisões anotadas do STE Saraiva, 1980.

Eficácia temporal da condenação anterior. Justitia, 82/109.

Questões criminais. Saraiva, 1981.

Súmula 146 e recurso da acusação. Justitia, 100/241.

. Reincidência e primariedade em face do sursis. Justitia, 89/313.

Darcy ARRUDA MIRANDA. Repertório de jurisprudência do CPP. 8 v.

. Comentários à Lei de Imprensa. Revista dos Tribunais, 1969.

Dínío de Santis GARCIA. Diretrizes da reforma do processo penal. RT, 432/265.

Diornar ACKEL FILHO. Contravenções florestais. RT, 549/267.

Djaci FALCAO. Uma visão do Supremo Tribunal Federal. Justitia, 96/195.

Donnedieu de VABRES. Traité de droit criminel et législation pénale comparée. Paris,

Sirey, 1947.

E. D. MONIZ DE ARAGÃO. A correição parcial. Bushatsky, 1969.

_. Recursos criminais no anteprojeto Tornaghi. Revista Brasileira de Críminologia e Direito Penal, 9/65.

Eberhard SCHMIDT. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal

penal. Trad. J. M. Nuñez. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957.

Edgard MAGALHÃES NORONHA. Curso de direito processual penal. Saraiva, 1978.

Edmund MEZGER. Derecho penal. Trad. 6, ed. Conrado A. Finzi. Buenos Aires, Ed.

Bibliográfica Argentina, 1958.

Eduardo ESPíNOLA FILHO. Código de Processo Penal brasileiro anotado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

Eduardo J. COUTURE. Introdução ao estudo do processo civil. Trad. Mozart Vitor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro, Konfino, 1951.

Fundamentos del derecho procesal civil. 3. ed. Buenos Aires, Depalma, 1972.

Eduardo MASSARI. Il processopenale. Napoli, 193 1.

1

Eduardo Muylaert ANTUNES. Natureza jurídica da declaragáo universal dos direitos humanos. Justitia, 83/171.

Eliézer ROSA. Dicionário de Processo Penal. 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.

Madrid, 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.

Ettore DOSI. Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale. Milano, 1957.

Eugenio FLORIAN. Elementos de derecho procesal pena¡. Trad. Prieto Castro. Barcelona, Bosch, s. d.

Eugênio MAGARINOS TORRES. Processo penal do júri no Brasil. 1939. Evandro Barbosa STEELE. Revisão criminal pro societate. Justiça, 9,31237. F. A.

de MIRANDA ROSA. Patologia social. Rio de Janeiro, Zahar, 1973. Fábio FANUCCHI. Da

prescrição e da decadência. Justitia, 89/97, Fernando BARRETO NUNNES. A instituição do júri. Justitia, 90/17.

Fernando CAPEZ. Curso de processo penal. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

Fernando da Costa TOURINHO FILHO. Aditamento à queixa. Jurispenal do STF, 35/23 e Ajuris, 211226.

Firmino WHITAKER. Júri. 6. ed. 1930.

Florêncio de ABREU. Comentários ao CPP. Forense, 1945. v. 5.

Francesco ANTOLISEI. Manual de derecho penal. Trad. Juan del Rosal y Angel Tório. Buenos Aires, Uteha, 1960.

Francesco CARNELUTTI. Sistema del derecho procesal civil. Trad. Alcalà-

Zamora e Santiago S. Melendo. Argentina, Uteba, 1944.

_. Lecciones sobre el proceso penal. Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires, Bosch, 1950.

Franco CORDERO. Procedura penale. Giuffrè, 1971.

FUSTEL DE COULANGES. A cidade antiga. Trad. Fernando de Aguiar. 10. ed.

Lisboa, Clássica Ed.

G. Brière DE L'ISLE e Paul COGNIARD. Procédure pénale. Paris, Ed. A.

Colin, 197 1.

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. Lei n. 5.941173: faculdade judicial ou direito subjetivo do acusado? Jurispenal do STF, 2019.

Processo penal; comentários à Lei n. 5.941n3 e outros estudos. Jalovi, 1980.

Ação penal: aspectos da atividade acusatória. RT, 5341291.

Legitimidade recursal do Ministério Público no processo penal. Justitia, 90/223.

_. Processo cautelar: atividade recursal. Justitia, 95/201.

Geraldo GOMES. Tóxicos; do exame pericial toxicológico. RT, 5351249.

Gian Domenico PISAPIA. Primi lineamenti del nuovo processo penale.

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Giuffrè, fase. 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, 539/255.

_. Algumas considerações sobre o processo nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos. Justitia, 102/59.

Giovanni LEONE. Trattato di diritto processuale penale. Napoli, Jovene, 1961.

Giuglio BATTAGLINI. Direito penal. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. Saraiva, 1964.

Giuseppe BETTIOL. La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale. Giuffrè, 1936.

_. Instituições de direito e processo penal. Trad. Miguel da Costa Trindade.

Coimbra Ed,, 1974.

636

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 narcoanálisis. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1951.

Hélio B. TORNAGHI. Comentários ao Código de Processo Penal. Forense, 1956. v. 1, t. 1 e 2.

Instituições de processo penal. Forense, 1959.

Curso de processo penal. Saraiva, 1980.

A relação processual penal. Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, s.

d.

Hermínio MARQUES PORTO. Júri. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1980.

Herval BASíLIO. Do processo penal dos prefeitos à luz do Decreto-lei n.

201/67. Justitia, 82/97.

Horácio BORTZ. Revisão pro socketate. Justitia, 71/235.

Inocêncio BORGES DA ROSA. Processo penal brasileiro. Porto Alegre, Globo, 1942.

J. CABRAL NETTO. 0 Ministério Público nas falências e concordatas.

Justitia, 811231.

J. C. de ATALIBA NOGUEIRA. A presença do denunciado nos julgamentos pelo Tribunal de Justiça. RT, 24513.

Jacyr Villar de OLIVEIRA. Da revisão criminal. Revista de Direito da ProcuradoriaGeral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 20/68.

Jarvis VIANNA PINTO. Da competência funcional originária em habeas corpus, quando o Promotor Público for autoridade coatora. Justitia, 841127.

João da GAMA CERQUEIRA. Competência recursal do Ministério Público.

Justitia, 47/56.

João DEL NERO. 0 despacho motivado de admissão de recurso extraordinário.

Justitia, 92/131.

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 de OLIVEIRA FILHO. Prática dos recursos extraordinários. Forense, 1976.

Joaquim Canuto MENDES DE ALMEIDA. Princípios fundamentais do processo penal. Revista dos Tribunais, 1973.

Jorge Alberto ROMEIRO. Perdão judicial. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 10/73.

Jorge Luiz de ALMEIDA. Dos embargos infringentes no anteprojeto de Código de Processo Penal. Justitia, 84/159.

637

1

li

11

. Da aplicação da Lei n. 5.941173 às prisões em flagrante. Justitia, 89/91.

José Antônio PIMENTA BUENO. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1922.

José Celso de MELLO FILHO. A tutela judicial da liberdade. Justitia, 105135.

& Marcos Ribeiro de FREITAS. A Emenda Constitucional n. 1 e a extinção do Júri de Economia Popular. Justitia, 72/7.

José FREDERICO MARQUES. 0 júri no direito brasileiro. Saraiva, 1955.

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. Forense, 1960.

Elementos de direito processual penal. Forense, 1961.

J. H. BAKER, An introduction to English legal History, third edition, London, Butterworths, 1996.

José Ignácio FERREIRA. Da nova definição jurídica do fato em segunda instância, em virtude de circunstância elementar não contida na denúncia.

Justitia, 88/91.

José Roberto BARANA. Lições de processo penal. Bushatsky, 1978.

.. A sentença absolutória no anteprojeto de Código de Processo Penal.

Justiti 74/39.

José Roberto FRANCO DA FONSECA. 0 anteprojeto de CPP e alguns procedimentos especiais. Justitia, 93/169.

José Salgado MARTINS. Direito penal. Saraiva, 1974.

Juan José Gonzalez BUSTAMANTE. Principios de derecho procesal penal mexicano. México, Porrúa, 1971.

Júlio César RIBAS. 0 aditamento no processo penal. RT, 464/295 e Justitia, 6017.

Justino Magno ARAúJO. 0 Poder Judiciário brasileiro, a partir da independência. Justitia, 81/259.

Lionel R. C. HAWARD. Alguns aspectos psicológicos da prova testemunhal.

Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 5/17.

Luciano Marques LEITE. 0 sistema acusatório no anteprojeto de Código de Processo Penal. RT, 464/289.

Luigi LUCCHINI. Elementi di procedura penale. Giuffrè, 1921.

Luigi SANSó. La correlazione tra imputazione contestata e sentenza.

Milano, Giuffrè, 1971.

Luiz Antônio de GODOY. Individualização da pena e perdão judicial.

Justitia, 102/121.

Luiz Dória FURQUIN. Ministério Público e a ação penal privada subsidiária. Justitia, 88/257.

1 1

Luiz Regis GALVÃO. Da intervenção do Ministério Público de primeira instância no processo de habeas corpus. Justitia, 77159.

Luiz Roberto Pimenta PEREIRA DE MELLO. Um estudo sobre a revelia no processo do júri. Justitia, 103/143.

M. 1. GARCíA-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.

Manoel da COSTA MANSO. 0 processo na segunda instância. 1923. v. 1.

Manciei Messias BARBOSA. A imprudência nos delitos de automóvel. Jalovi, 1979.

Marcelo Fortes BARBOSA. A justa causa e o recebimento da denúncia no anteprojeto de Código de Processo Penal. Justitia, 78/61.

. A prescrição retroativa com base na Súmula 146 e o novo Código Penal.

Justitia, 79/17.

Ensaio sobre a ação penal. Justitia, 92/97.

Libelo-crime acusa&ório (a supressão do libelo no anteprojeto de CPP).

Justitia, 84/197.

Marco Antônio Martins de ARAúJO. Da persecução penal e as formas de investigação no processo penal brasileiro. RT, 502/263.

Marcos Elias de FREITAS BARBOSA. 0 contraditório no plenário do júri. RT, 543/305.

Marcos Ribeiro de FREITAS & José Celso de MELLO FILHO. A Emenda Constitucional n. 1 e a extinção do Júri de Economia Popular. Justitia, 72/7.

Mário GUIMARÃES. 0 juiz e a função jurisdicional. 1958.

Mauro Otávio NACIF. Da prescrição somente ao acréscimo no crime continuado. Justitia, 89/157.

Quesitos do júri. Justitia, 941241.

Da sustentação oral nos Tribunais. Justitia, 88/95.

Miguel FENECH. Derecho procesal penal. Barcelona, Labor, 1952.

Miguel SEABRA FAGUNDES. Dos recursos ordinários em matéria civil. 1946.

Milton SANSEVERINO. Algumas reflexões em torno da perempção da ação penal. Justitia, 82/21.

Nélson HUNGRIA. Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955. v. 1, t. 1 e 2.

Nicanor Médici FISCHER. Da ilegalidade na nomeação de Promotor ad hoc.

Justitia, 93/103.

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1945.

. Estudios procesales. Madrid, Ed. Teclinos, 1975.

639

. Proceso, autocomposición y defensa. UNAM, Ed. Textos Universitarios, 1970.

. El allanamiento en el proceso penal. EJEA, 1962.

Noé AZEVEDO. 0 juizado de instrução, no crime. RT, 29917.

Olavo OLIVEIRA. 0 júri na 3.' República. 1949.

Orestes AMBROGINI. Da revisão criminal. Justitia, 71/111.

Oscar Xavier de FREITAS. Medidas cautelares no anteprojeto de Código de Processo Penal. Justitia, 73/149.

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.

OskarVONBÜLOW. La teoríade

lasexcepcionesprocesalesylospresupuestosprocesales. Trad. Miguel A. R.

Lichtschein. Buenos Aires, EJEA, 1964.

Osman LOUREIRO. 0 direito penal e o Código de 1940. Forense, 1960.

Oswaldo Hamilton TAVARES. Da ação penal. Justitia, 80145.

Ottorino VANNINI. Manuale di diritto processuale penale italiano. 3. ed.

Milano, Giuffrè, 1948.

Paulo Cláudio TOVO. Aditamento da queixa pelo Ministério Público; amplitude. Ajuris, 18/27.

. Limitações ao princípio da verdade real no processo penal pátrio.

Ajuris, 19/57.

Paulo José da COSTA JR. & 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 Salvador FRONTINI. Da apuração do crime falimentar. Justitia, 71/97.

.. Crime de responsabilidade. Justitia, 100/137.

Piero CALAMANDREI. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires, Ed.

Bibliográfica Argentina, 1961.

PINTO FERREIRA. Direito constitucional moderno. 4. ed. Saraiva, 1962.

. Teoria e prática do "habeas corpus". Saraiva, 1979.

PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946. 3. ed. Borsoi, 1960.

. História e prática do "habeas corpus". Saraiva, 1979.

R. VENDITTI. Profili critici del processo penale militare. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, jan./jun. 1971, fase. 1-2, p. 96.

Raimundo MACEDO. Da extinção da punibilidade. Rio de Janeiro, Forense, 1946.

Raul Armando MENDES. A responsabilidade do prefeito depois de deixar o cargo. Justitia, 97/59.

~1

1

Raymundo PASCOAL BARBOSA. Da prova suficiente para a condenação.

Justitia, 103181.

René GARRAUD. Traité d'instruction criminelle. 1929. v. 6.

Robert VOUIN & Jacques LEAUTE. Droit pénal et procédure pénale. Paris, PUF, 1959.

Roberto de REZENDE JUNQUEIRA. Do livre convencimento do Juiz e de seus poderes na instrução criminal e na aplicação das penas. Justitia, 88/99.

Roberto Joacir GRASSI. Ação privada subsidiária. RT, 5071285.

Roberto LYRA. Imunidades penais de agente diplomático. RT, 211156.

_. Ética e técnica no foro criminal. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 10/7.

-

& Nélson HUNGRIA. Compêndio de direito penal. Rio de Janeiro, Ed.

J.

Ribeiro dos Santos, 1938.

Rogério Lauria TUCCI. Do mandado de segurança contra atojurisdicional penal. Saraiva, 1978.

"Habeas corpus", ação e processo penal. Saraiva, 1978.

Pedido de explicações. RT, 538/297. b

Rorneu Pires de CAMPOS BARROS. Direito processual penal brasileiro.

Sugestões Literárias, 1969.

A reforma do direito processual penal brasileiro. Jurispenal do STF, 27/18.

Insuficiência de provas e causas de exclusão da infração penal ou da pena. Jurispenal do STF, 1819.

Rui Cardoso de MELLO TUCUNDUVA. 0 procedimento ex officio. Justitia, 89/157.

_. Da apelação com efeito devolutivo no processo dos crimes da competência do júri. Justitia, 85/167.

Da ação penal subsidiária. Justitia, 69/47.

0 protesto por novo júri. Justitia, 74/61.

Rui Junqueira de FREITAS CAMARGO. Dos crimes contra a propriedade imaterial. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 6/61.

Ruy BARBOSA. Ojúri sob todos os aspectos. Rio de Janeiro, 1950.

Santiago SENTIS MELENDO. "In dubio pro reo". EJEA, 1971.

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.

Sérgio de Oliveira MÉDICE. Da revisão criminal. Revista dos Tribunais, 1998.

Silvio RANIERI. Manuale di diritto processuale penale. Padova, 1965.

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.

Themístocles BRANDÃO CAVALCANTI. A Constituição Federal comentada. Rio de i

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.

Umberto GUALTIERI. La parte civile nel processo penale. Napoli, Jovene, 1968.

Valentin Cortés DOMINGUEZ. La cosa juzgada penal. Bolonia, 1975.

Vélez MARICONDE. Estudios de derecho procesal penal. Universidad de Córdoba, 1956.

1

Vicente de Paulo VICENTE DE AZEVEDO. Direito judiciário penal. Justitia, 47/151.

. Direito judiciário penal. Saraiva, 1952 (apostilas).

Vicente RÁO. Poder de polícia. RT, 204/55.

Victor B. RIQUELME. Instituciones de derecho procesal penal. Asunción, s.

d. e s. ed. 2t.

i

Vincenzo MANZINI. Derecho procesal penal. Trad. Santiago S.

Melendo. Buenos Aires,

EJEA, 195 1.

1

Vladimir Passos de FREITAS. Contravenção florestal e à caça.

Justitia, 104/19. é

Wagner Brússulo PACHECO. 0 perdão judicial no direito brasileiro, natureza jurídica e conseqüências. RT, 533/283.

t

1

Walter P. ACOSTA. 0 processo penal. 10. ed. Rio de Janeiro.

Weber Martins BATISTA. A nova redação do art. 594 do CPP. Justitia, 83129.

5,~ r- r -- 1 = '7~- - ,0* -- '

3472

REGIS`~,

ut,iv,~ li ~;m':~ ' ' ". ' ': ' ~

-

1

'~t, e- IqueA, ~ ~~k

1

642

4

I~

à

Impressão e Acabamento

9(9 Gráfica Círculo

Fone: (011) 421-4633

Brasil

Filmes fornecidos pelo Editor.