

Organizadores:
Luciano Macri Neto
Marina Calanca Servo
Nelson Finotti Silva

Código de Processo Penal

COMENTADO

ATUALIZADO ATÉ A LEI Nº 14.155, DE 2021.

ESA
SÃO PAULO



ESA
SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

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

Código de processo penal [livro eletrônico] / [organização Luciano Macri Neto, Marina Calanca Servo, Nelson Finotti Silva]. -- São Paulo : Escola Superior de Advocacia da OAB SP, 2021. Mobi

Vários autores. Bibliografia.

ISBN 978-65-87351-50-6

1. Direito penal - Brasil
2. Processo penal - Legislação - Brasil
- I. Silva, Nelson Finotti.
- II. Servo, Marina Calanca.
- III. Macri Neto, Luciano.

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código de processo penal 343.1(81)(094.4)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

DIRETORIA OAB SP: Gestão 2019/2021

PRESIDENTE

Caio Augusto Silva Dos Santos

VICE-PRESIDENTE

Ricardo Toledo Santos Filho

SECRETÁRIO-GERAL

Aislan De Queiroga Trigo

SECRETÁRIA-GERAL ADJUNTA

Margarete De Cássia Lopes

DIRETORA TESOUREIRA

Raquel Elita Alves Preto

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA - ESA OAB SP
DIRETORIA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB SP

DIRETOR ESA OAB SP

Fernando Fabiani Capano

VICE-DIRETORA ESA OAB SP

Letícia de Oliveira Catani

CONSELHO EDITORIAL ESA OAB SP

Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Gianpaolo Poggio Smanio

Felipe Chiarello de Souza Pinto

Carlos Eduardo do Nascimento

Tatiana Shirasaki

Liton Lanes Pilau Sobrinho

ESA SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

Nelson Finotti Silva

Auxiliar de Secretaria ESA SJRP

Andrea da Silva Barbosa

COORDENAÇÃO TÉCNICA

Coordenador Geral ESA OAB SP

Adriano de Assis Ferreira

Coordenador Acadêmico

Erik Chiconelli Gomes

Revisão Técnica

Raíssa Moreira Lima Mendes Musarra

Apoio Técnico-Operacional

Marcos de Jesus Martins Izidoro

Diagramação

Simone Tavares de Andrade

ORGANIZAÇÃO E COORDENAÇÃO

LUCIANO MACRI NETO

Advogado, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Pós-graduado em Criminologia pela Faculdade CasaBranca -FACAB, Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós graduado em Direito Constitucional pela União das Instituições de Serviço, Ensino e Pesquisa- UNISEPE, Pós graduado em Direito Público pela Escola Paulista de Direito –EPD, Professor da Escola Superior da Advocacia.

MARINA CALANCA SERVO

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Graduada em Direito. Advogada militante. Professora em Instituição de Ensino Superior, em curso preparatório para segunda fase do Exame de Ordem e concursos públicos.

NELSON FINOTTI SILVA

Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Doutor em Direitos Sociais – Processo Civil – pela PUC/SP, Mestre em Direito do Estado pela UNIFRAN, professor universitário, autor de obras e artigos publicados, Advogado.

AUTORXS

ANA CLÁUDIA RIBEIRO TAVARES – Arts. 710 ao 733, CPP

Mestre em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1996). Especialista pela Universidade do Oeste Paulista em Constituição, Processo e Sociedade (2001). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" (2013). Professora na Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE) de fevereiro de 2001 até julho de 2015. Professora de Direito Penal e Processo Penal no Curso de Direito da UNIAN ABC (Anhanguera) de outubro de 2017 a junho de 2019. Professora de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo de fevereiro de 2019 a agosto de 2020. Advogada da Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel (FUNAP) desde 1997.

ANACLARA PEDROSO FERNANDES VALENTIM DA SILVA –

Arts. 306 ao 314; 574 ao 580, CPP

Advogada, mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutoranda pela mesma instituição de ensino.

ANDERSON SEGURA DELPINO – Arts. 621 ao 631, CPP

Advogado e consultor devidamente registrado na OAB/SP em São José do Rio Preto, formado pela UNIRP – Centro Universitário de Rio Preto.

ANDRÉ LUIZ VALIM VIEIRA – Arts. 185 ao 200, CPP

Advogado. Graduado em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista. Mestre em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista. Doutor em Ciências Sociais (Relações Internacionais e Desenvolvimento) pela UNESP – Universidade Estadual Paulista. Especialista em direito público, direito internacional e cível.

ANDRÉ NINO DA SILVA – Arts. 171 ao 180, CPP

Graduado pela Universidade Anhanguera (2006). Pós-Graduado pela Escola Superior da Advocacia – ESA - Direito Penal, Processual Penal e Criminologia; Pós-graduado pelo IPOG – Instituto de Pós-graduação - Curso: Perícia Criminal & Ciências Forenses Presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas OAB/SP 116ª Subseção Jabaquara/Saúde (2013/2015 – 2016/2018 – 2019/2021). Ex Coordenador do Núcleo de Direitos e Prerrogativas e Ética e Disciplina da CJA Seccional OAB/SP (2016/2017). Palestrante da Comissão OAB vai à escola da OAB/SP 116ª Subseção Jabaquara/Saúde. Conselheiro da 1ª Turma do Conselho de Prerrogativas OAB/SP (2019/2021).

ANDRÉ NOVAES DA SILVA – Arts. 394 ao 405, CPP

Advogado. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela instituição EBRADI. Relator do Tribunal de Ética e disciplina do TED 18 de Guarulhos. Presidente da Comissão de Cidadania e Justiça, Política Criminal e Penitenciária da 152 Subseção de Itaquaquecetuba OAB/SP

ANDRÉA CRISTINA D'ANGELO – Arts. 370 ao 380, CPP

Advogada. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra/IBCcrim. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCcrim. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito (EPD). Diretora Executiva do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCcrim)- biênio 2019/2020. Presidente da Comissão de Direito Penal e Processo Penal da OAB/SP – Subseção de Santana.

ANDRÉIA CHIQUNI BUGALHO – Arts. 251 ao 281, CPP

Advogada. Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP).

ANDRÉIA CRISTINA DA SILVA MOUKAKOU – Arts. 766 ao 779, CPP

Advogada. Graduada em Direito. Graduada em Engenharia Elétrica. Pós Graduada em direito penal e direito processual penal.

ANTONELLI ANTONIO MOREIRA BARACAT SECANHO –

Arts. 301 ao 305, CPP

Advogado. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela PUC/SP, professor de Direito Penal e de Processo Penal na UNORP - Centro Universitário do Norte Paulista.

ANTONIO APARECIDO BELARMINO JUNIOR –

Arts. 212 ao 225, CPP

Advogado, Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidad de Sevilla – Espanha, Pós-graduado em Ciências Criminais pela FDRP/USP, Presidente da ABRACRIM - SP (Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas no Estado de São Paulo) e professor.

BRUNO HENRIQUE CASTELO BRANCO ARENA –

Arts. 780 ao 790, CPP

Mestrando em segurança, direito penal e direitos humanos na Universidade de Salamanca (USAL – Espanha); pós-graduado em direito e processo penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim); membro da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (Abracrim); membro do Núcleo de Direito Penal Internacional e comparado (NDPIC) da UFRGS, sob coordenação do Prof. Dr. Pablo Alflen.

BRUNO JOSE VALENTIM DA SILVEIRA – Arts. 766 ao 779, CPP

Advogado. Graduado em Direito. Graduado em História.

CARLOS FLORIDO MIGLIOLI – Arts. 63 ao 68, CPP

Advogado. Graduado pela UNIARA – Universidade de Araraquara. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Mestrando pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP.

CLARISSA DE FARO TEIXEIRA HÖFLING – Arts. 39 ao 50, CPP

Advogada, Especialista em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (GVLaw), Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal) e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito (EPD). É também Pós-Graduada em Governança Corporativa e Compliance pela INSPER (Instituto de Ensino e Pesquisa) e em Gestão de Riscos e Compliance pela FIA Business School.

CLAUDIA CRISTINA BARRILARI – Arts. 118 ao 132, CPP

Doutora em Direito Penal pela USP. Mestra em Direito Penal pela PUC/SP. Advogada e professora universitária.

CLAUDIA ROSA DE CAMARGO DA SILVA – Arts. 51 ao 62, CPP

Graduada em Direito pela Instituição de Ensino Superior União das Faculdades dos Grandes Lagos (UNILAGO) - 2008; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus - 2014; Pós Graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia - Unidade de São José do Rio Preto/SP

CLESIO MEDEIROS JUNIOR – Arts. 422 ao 435, CPP

Procurador Legislativo. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP. Também é professor em Cursos Preparatórios para Concursos.

CRISTIANO JOUKHADAR – Arts. 453 ao 461, CPP

Advogado. Pós-Graduado Em Direito Processual Civil Pela PUC-SP.

DANILO CAMPAGNOLLO BUENO – Arts. 24 ao 28-A, CPP

Advogado. Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista (2005) e especialização em Direito Penal Econômico e da Empresa pela Escola de Direito do Brasil (2013). Lecionou em diversas instituições preparatórias para concurso público e exame nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Lecionou na Faculdade Esamc/Campinas. Atualmente leciona como professor convidado e palestrante.

EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR – Arts. 301 ao 305, CPP

Promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós- doutorado em ciências da saúde, advogado.

FÁBIO ROCHA CALIARI – Arts. 108 ao 117, CPP

Advogado, Assessor Jurídico. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Coordenador do Curso de Direito do IMESB, Instituto Municipal de Ensino Superior - Bebedouro/SP e Professor efetivo de Direito Penal, Direito Processual Penal, Legislação Penal Especial e Prática Penal no IMESB, Instituto Municipal de Ensino Superior - Bebedouro/SP. Lecionou Direito Penal, Legislação Penal Especial e Prática Penal no Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos UNIFEB (2016-2019). Cursou Escola Alemã de Ciências Criminais na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha (2018). Professor da Escola Superior de Direito de Ribeirão Preto/SP no Programa de Pós

Graduação Lato sensu (2017-2019). Professor convidado da Especialização em ciências criminais do Curso Êxito de São José dos Campos/SP. Professor convidado do Curso de Pós Graduação, Lato Sensu em Direito e Processo Penal, Meu Curso, São Paulo/SP. No Centro de Educação Barretos lecionou (2008-2015) Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal. Professor convidado da Especialização em Direito Penal, Processo e Criminologia da ESA/SP - Ribeirão Preto/SP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos - UNIFEB. Autor de artigos e obras jurídicas. Parecerista e associado da ABRACRIM/SP, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, e membro associado do IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

FERNANDA PAGOTTO GOMES PITTA – Arts. 574 ao 580, CPP

Advogada. Professora. Doutoranda, mestre e especialista pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP.

FERNANDA PAULA SOUSA CRUZ – Arts. 686 ao 695, CPP

Advogada. Professora de Execução Penal. Pós Graduada em Direito Processual pela PUC-Minas.

GIOVANA PEREIRA FRANZÉ – Arts. 637 ao 638, CPP

Graduanda do curso de Direito, mantido pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

GLAUBER GUILHERME BELARMINO – Arts. 212 ao 225, CPP

Advogado, pós-graduado em direito penal, administrativo e eleitoral, especialista em cibercrimes, ex-prefeito de Barra Bonita/SP (2012-2016) e presidente da Comissão Estadual de Direito Penal, Administrativo e Eleitoral da ABRACRIM-SP.

HAROLDO FRANCISCO PARANHOS CARDELLA –

Arts. 317 ao 320, CPP

Advogado, Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal.

HENRIQUE TREMURA LOPES – Arts. 462 ao 475, CPP

Graduado em Direito. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Advogado. Professor de Direito Processual Penal. Conselheiro Regional de Prerrogativas (8ª Região) da OAB/SP. Coordenador Regional da ABRACRIM - São José do Rio Preto. Professor convidado da Escola Superior da Defensoria Pública. Professor da Escola Superior da Advocacia ESA/SP - Núcleo São José do Rio Preto. Palestrante da Comissão de Cultura e Eventos da OAB/SP.

HERMES JOSÉ AUN BACHIEGA – Arts. 29 ao 38, CPP

Funcionário da ECT (1968 e 2017). Possui graduação em Direito pela União das Faculdades dos Grandes Lagos (2007). Pós Graduação em Direito Constitucional pela PUC/SP (2010). Mestrado em Processos de Ensino, Gestão e Inovação pela Universidade de Araraquara (UNIARA). Foi Professor da Faculdade de Olímpia

(2012/2019). Foi Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Olímpia (2014/2019). Atualmente é Diretor Geral da Faculdade de Mirassol – FAIMI (2019/atualmente)

IAN MATOZO ESPECIATO – Arts. 1º ao 3º, CPP

Advogado. Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Acadêmico bolsista (PIBIC) pelo CNPq/Fundação Araucária-UEM (2009-2010) e pelo Programa de Aperfeiçoamento de Ensino da FDUSP (2014-2015). Professor de Direito Penal e História do Direito no Centro Universitário de Votuporanga (UNIFEV) e Centro Universitário de Jales (UNIJALES) respectivamente.

ILANA MÜLLER – Arts. 563 ao 573, CPP

Advogada. Doutorado em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo; Especialização em Direitos Fundamentais, pela Universidade de Coimbra Faculdade de Direito, curso de pós-graduação realizado em São Paulo, em colaboração com o IBCCRIM; Especialização em Direito Penal Econômico Europeu, pela Universidade de Coimbra Faculdade de Direito, Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, curso de pós-graduação realizado em São Paulo, em colaboração com o IBCCRIM; Mestrado em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo; Especialista em Direito Processual Civil, pelo Centro de Extensão Universitário, no ano de 1997; Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

INGRYD SILVÉRIO DOS SANTOS – Arts. 766 ao 779, CPP

Advogada. Pós graduanda em Direito.

ISADORA DE CÁSSIA FORNARI CHUEIRE – Arts. 145 ao 154, CPP

Advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós Graduada pela FGV Law em Direito Empresarial e especializando em Direito Digital pela EBRADI.

IVAN RAFAEL BUENO – Arts. 639 ao 652, CPP

Bacharel em ciências sociais e jurídicas pela Faculdade de Direito de Franca, advogado, especialista em direito público pela Universidade POTIGUAR e Presidente da 80ª Subseção da OAB/SP nos triênios 2016/2018 e 2019/2021.

JENIFER DA SILVA MORAES – Arts. 3º-A ao 3º-F, CPP

Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Pós Graduada em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM; Pós Graduada em Direito Penal - Parte Geral pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM; Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); professora e advogada.

JOÃO PEDRO TEIXEIRA ARAUJO SENEDES –

Arts. 489 ao 497, CPP

Pós-graduado em Processo Penal e Direito Penal Econômico pelo IDPEE – Coimbra e IBCCRIM. Advogado.

JOSÉ LUIS CABRAL DE MELO – Arts. 282 ao 300, CPP

Advogado.

JOSÉ PAULO CALANCA SERVO – Arts. 541 ao 548, CPP

Especialista em Direito Digital, Proteção de Dados e Startups. Graduado em Direito. Advogado e DPO.

JOSÉ SÉRGIO DO NASCIMENTO JÚNIOR – Arts. 581 ao 592, CPP

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito. Professor Titular da Escola Superior de Administração e Marketing e Comunicação – ESAMC Campinas. Advogado.

LEANDRO BERTINI DE OLIVEIRA – Arts. 83 ao 91, CPP

Advogado. Coordenador da Comissão de Direito Constitucional da OAB São Paulo (22ª Subseção). Professor. Palestrante. Conferencista.

LEONARDO PLAZAS BATISTA – Arts. 83 ao 91, CPP

Advogado, formado pela Universidade de Rio Preto - UNIRP, 2015 a 2019.

LETÍCIA DE FREITAS – Arts. 381 ao 392, CPP

Graduada em Direito pelo IMMES - Instituto Municipal Matonense de Ensino Superior em 2019. Advogada. Pós Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela USP/FDR; Pós Graduanda em Processo Civil Aplicado pela EBRADI/ Escola Brasileira de Direito.

LEVY EMANUEL MAGNO – Arts. 406 ao 421, CPP

Advogado. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Formou-se pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça aposentado. Integrou o Setor de Recursos Especial e Extraordinário do Ministério Público de São Paulo. Coordenou o Centro de Apoio das Promotorias Criminais do Estado de São Paulo (CAOCRIM). Presidente da Comissão de Relação da Ordem dos Advogados do Brasil com o Ministério Público de São Paulo. Coursou Direito Penal e Direito Processual Penal Alemão, Europeu e Transcontinental na George August Universitat – Alemanha. Professor de Direito Processual Penal, Direito Penal e Legislação Extravagante.

LÍVIA YUEN NGAN MOSCATELLI – Arts. 14-A ao 23, CPP

Advogada. Mestranda em Processo Penal na Universidade de São Paulo (USP) e aluna do master em raciocínio probatório pela Universidade de Girona na Espanha (UDG). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-graduada em Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IBCCrim).

LUCAS ROCHA CHARETI CAMPANHA – Arts. 92 ao 107, CPP

Advogado, Professor Universitário na União das Faculdades dos Grandes Lagos em São José do Rio Preto-SP, formado em Direito pela Universidade Paulista, Pós-graduado em Direito Empresarial pela Instituição Damásio educacional.

LUCIANO MACRI NETO – Arts. 791 ao 811, CPP

Advogado, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Pós-graduado em Criminologia pela Faculdade Casa Branca -FACAB, Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-graduado em Direito Constitucional pela União das Instituições de Serviço, Ensino e Pesquisa- UNISEPE, Pós graduado em Direito Público pela Escola Paulista de Direito –EPD, Professor da Escola Superior da Advocacia.

LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN –

Arts. 524 ao 530-I, CPP

Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba.

LUIZ FERNANDO BERNARDES – Arts. 436 ao 452, CPP

Advogado. Especialista em Ciências Criminais (Universidade Municipal de São Caetano do Sul).

MARCELO VALDIR MONTEIRO – Arts. 315 ao 316, CPP

Advogado, mestre em Direito Penal pela USP, professor titular da Faculdade de Direito de Sorocaba e de Itu. Professor de curso preparatório para OAB e carreiras jurídicas. Professor de pós-graduação da Escola Superior de Direito (ESD). Foi professor concursado da PUCC por 10 anos, Vice-Presidente da OAB-Campinas e Presidente da Associação dos Advogados de Campinas e Região.

MARCOS NARCHE LOUZADA – Arts. 531 ao 540, CPP

Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Ambiental, pela Universidade Metropolitana de Santos- UNIMES-2008. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-1992.

MARIANA BEDA FRANCISCO – Arts. 609 ao 620, CPP

Advogada. Cursou Direito Penal Alemão, Europeu e Transcontinental na George August Universitat – Alemanha. Membro da Comissão Especial de Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (2019/2021).

MARIANA PASCON SCRIVANTE GALLI – Arts. 751 ao 765, CPP

Formada desde o ano de 2010, com atuação profissional desde de 2011. Pós-Graduação em Direito Processual Penal.

MARINA CALANCA SERVO – Arts. 541 ao 548, CPP

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Graduada em Direito. Advogada militante. Professora em Instituição de Ensino Superior, em curso preparatório para segunda fase do Exame de Ordem e concursos públicos.

MATHEUS SIDERICOUDES MILAN – Arts. 513 ao 523, CPP

Graduação em Direito com ênfase em Direito Público pela FACAMP – Faculdades de Campinas. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC SP – Faculdade Damásio. Advogado.

MESSÊNIA CRISTINA MUNHATO – Arts. 239 ao 250; 696 ao 709, CPP

Advogada, escritora, palestrante, coordenadora da Comissão de Estudos e Prevenção ao Uso de Drogas e Afins da OAB de São José do Rio Preto. Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público Material pela Faculdade Damásio de Jesus. Graduação em Direito pela Universidade Paulista – UNIP. Graduação em Letras (Português, Inglês e demais Licenciaturas) pela Universidade de Franca – UNIFRAN.

NELSON FINOTTI SILVA – Arts. 637 ao 638, CPP

Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Doutor em Direitos Sociais – Processo Civil – pela PUC/SP, Mestre em Direito do Estado pela UNIFRAN, professor universitário, autor de obras e artigos publicados, Advogado.

PATRÍCIA DE PAULA QUEIROZ BONATO – Arts. 668 ao 685, CPP

Advogada. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto- FDRP/USP (2017). Professora do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal- FESL e Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisa em Enfermagem, Saúde Global, Direito e Desenvolvimento (GEPESADES), da Escola de Enfermagem da USP de Ribeirão Preto.

PAULA DE OLIVEIRA SANTOS MIYAZAKI – Arts. 351 ao 369, CPP

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus/SP. Mestranda pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (FAMERP). Advogada

PAULA TOLEDO LARA DOS SANTOS – Arts. 593 ao 603, CPP

Advogada, professora de Direito Penal da UNORP de São José do Rio Preto/SP, Mestranda na área de Educação em Direitos Humanos pela UNESP de São José do Rio Preto/SP e Vice-coordenadora da Comissão de Direito Penal da 22ª Subseção de São José do Rio Preto/SP.

PAULO ANTOINE PEREIRA YOUNES – Arts. 69 ao 82, CPP

Advogado e professor universitário. Especialista pela FDRP-USP em direito constitucional e pela Universidade de Coimbra em direito de medicina. Mestre em direito das relações sociais, subárea de direito penal pela PUC-SP.

PAULO MURILO GOMES GALVÃO – Arts. 201 ao 211, CPP

Professor titular de Direito Penal, autor de livro. É graduado em Direito pela FMU – SP, pós graduado pela Universidade de Franca (Especialidade em Direito Penal e Processo Penal). Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto e Advogado.

PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA – Arts. 476 ao 488, CPP

Mestre em Direito pela Universidade de Franca. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal em diversos cursos de pós-graduação.

PEDRO GUILHERME BORATO – Arts. 158 ao 170, CPP

Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Salamanca (USal) (ES). Professor de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Orientador vinculado ao Programa de Pós Graduação Internacional em Direito Penal Econômico da Universidade de Coimbra (PT) em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP).

RAFAEL BUSSOLETE FINOTTI SILVA – Arts. 541 ao 548, CPP

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

RAFAEL JUNIOR SOARES – Arts. 489 ao 497, CPP

Doutorando em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Processo Penal na PUC/PR. Advogado.

RAFAELA IANSEN MIRANDA SILVA – Arts. 155 ao 157, CPP

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2013). Especializada em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (2015).

RALPH FRAGA – Arts. 317 ao 320, CPP

Advogado com atuação especializada em Direito Penal Econômico e da Empresa.

REGINA MARTA CEREDA LIMA LOUZADA – Arts. 531 ao 540, CPP

Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-2007. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de São Carlos-1992. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos-1990.

RENAN POSELLA MANDARINO – Arts. 158 ao 170; 226 ao 238, CPP

Doutorando em Ciências Jurídicas pela UENP - Jacarezinho/PR. Mestre em Direito pela UNESP - Franca/SP. Advogado. Coordenador Regional da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

RICARDO TOLEDO SANTOS FILHO – Arts. 335 ao 350, CPP

Advogado. Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Processo Penal (2003/2010) Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil –Seção de São Paulo (2019/2021).

ROBSON FERREIRA DE CARVALHO –

Arts. 185 ao 200; 734 ao 750, CPP

Advogado. Graduado em Direito pela UNIP – Universidade Paulista. Pós-graduado em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal pela UNIRP – Centro Universitário de Rio Preto. Especialista em direito penal, execução penal e processo penal.

RODRIGO JOSÉ FUZIGER – Arts. 653 ao 667, CPP

Pós-doutorando, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito (USP); Doutorem Estado de Direito e Governança Global (USAL/Espanha). Bacharel em Filosofia (USP); Coordenador da Pós-graduação em Performance Advocatícia da Escola Superior de Direito (ESD). Professor das Pós-graduações da Escola Superior de Direito (ESD); Escola Paulista de Direito (EPD), Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Advogado.

ROGÉRIO LUÍS ADOLFO CURY – Arts. 321 ao 334, CPP

Advogado. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito. Conselheiro Secional da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (2019/2021). Vice-Presidente da Comissão Especial de Processo Penal da OAB/SP (2019/2021). Cursou Direito

Penal e Direito Processual Penal Alemão, Europeu e Transcontinental na George August Universitat – Alemanha. Professor de Direito Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e da PUC-COGAE.

SIMONE TAVARES DE ANDRADE – Arts. 251 ao 281, CPP

Advogada. Pós- graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Mestranda no programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-SP.

TAINÁ FERNANDES FERREIRA – Arts. 549 ao 555, CPP

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2018). Pós- graduanda em Direito Previdenciário pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogada. Membro das Comissões de Direitos Humanos e Direito Penal da 80ª Subseção da OAB/SP e Presidente da Comissão de defesa dos Direitos dos Animais. Conselheira titular, representante da OAB, no CONVIDA (Conselho Municipal de Proteção à Vida Animal do município de Sertãozinho/SP).

WALTER FRANCISCO SAMPAIO FILHO – Arts. 4º ao 14;

133 ao 144-A, CPP

Advogado, delegado de polícia aposentado da Polícia Civil de São Paulo, professor de Direito Penal e Direito Processual Penal, especialista em Educação à Distância, Mestre em Direito Constitucional.

WILLEY LOPES SUCASAS – Arts. 524 ao 530-I, CPP

Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Pós-graduado no Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal) e pela Universidade de Salamanca (Espanha). Conselheiro Seccional da OAB/SP (2019-2021).

PREFÁCIO

Sob o comando dos ilustres advogados Nelson Finotti Silva, Luciano Macri Neto e da eminente advogada Marina Calanca Servo, recebi o honroso convite para participar de maravilhosa obra coletiva, por eles concebida, e que se destinaria especialmente à Jovem Advocacia, eis que a iniciativa ganhara corpo e forma nos estudos promovidos pela Escola Superior da Advocacia (ESA) do Núcleo de São José do Rio Preto, vinculada à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo.

A honraria - que já era singular por dividir o trabalho com o Professor Rogério Cury - se tornou ainda mais significativa, pela distinção que me foi endereçada para prefaciá-la obra. Enobreceu-me em demasia a distinção. Isso porque a feliz iniciativa dos Coordenadores conseguiu reunir qualificada plêiade de advogadas, advogados, procuradores (as), professores (as) e doutores (as) em direito penal e processual penal que ostentam efetiva militância quotidiana no sistema de justiça e que possuem efetivo conteúdo jurídico sobre a dogmática processual penal.

Estar ao lado desses grandes expoentes da área do direito que versa sobre as liberdades humanas, sobretudo em tempos em que o Direito Penal parece representar o apanágio para os males sociais que vivemos, e que vem assumindo, contemporaneamente, um papel inegavelmente negocial (acordo de não persecução penal, regulamentação da delação premiada, suspensão condicional do processo, transação penal, etc), representa estímulo a todos nós para que prossigamos com nossos ideais de Justiça e com o perene aprimoramento.

A obra restou dividida em blocos autônomos, individualizada por artigos, atribuindo-se a cada autor uma temática específica. Todos os respeitadores escritores se dedicaram às suas respectivas matérias ou capítulos, com apresentação didática, de leitura simples, mas com conteúdo profundo, além da alusão a precedentes jurisprudenciais atuais, providência que facilita a compreensão dos preceitos normativos.

Ao fim e ao cabo, desponta uma obra de qualidade, técnica, sistemática, que ao mesmo tempo não se afasta do rigor científico e da abordagem profunda em relação

às modificações processuais introduzidas por recentes leis, em especial as alterações derivadas do denominado Pacote Anti Crime (infeliz nomenclatura que resultou na promulgação da Lei nº 13.964/2019).

Não foi tarefa fácil organizar a obra - tamanha a diversidade de temas e, sobretudo, de pessoas envolvidas -, de modo que rendo público agradecimento ao esforço contínuo dos organizadores e aos competentes coautores. A divisão em artigos respeitou a convicção e a conceituação de cada um, mas, ainda, tiveram os organizadores a preocupação em observar a atuação ampla dos profissionais envolvidos na coletânea, a ponto de convidarem profissionais com atuação nos mais variados municípios do Estado de São Paulo. Essa regionalização consubstancia um dos pilares dessa gestão da OAB/SP, em que valorizamos a Advocacia em todo território paulista.

Assim, ganha o livro mais um ingrediente positivo, pluralista, porque introjeta a realidade vivenciada por operadores do Direito nas mais diversas localidades deste Estado, de forma a ampliar o espectro de valoração dos dispositivos do Código de Processo Penal.

Mas não é só.

É preciso destacar ainda dois apanágios do livro. O primeiro deles é o altruísmo de cada autor, de cada autora (e evidentemente dos organizadores), que dedicaram seu tempo livre a compartilhar seus conhecimentos e materializar seus ensinamentos, de forma voluntária, à formação da obra, sem qualquer contrapartida, de qualquer natureza.

E assim certamente o fizeram porque o livro, da mesma forma, tem destinação gratuita à Advocacia, especialmente aos iniciantes nas carreiras jurídicas, que compõem o quadro majoritário dos cursos promovidos pela ESA e, ainda, correspondem à parcela de profissionais que tem maior facilidade de acesso às vias digitais, máxime considerado o formato exclusivamente virtual em que foi produzida essa edição.

Compartilhar o saber, disseminar o conhecimento, contribuir de alguma forma para a capacitação profissional dos quase quatrocentos mil colegas inscritos nos

quadros da Seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, enfim, participar ativamente do processo educacional, com o debate de ideias, tem um significado ímpar, enriquecedor, que toca a alma da Advocacia paulista.

Por fim, o livro também coroa a trajetória de êxito que a Escola Superior da Advocacia tem apresentado nesse triênio (2019/2021), por todos os seus Núcleos, que atuam de forma independente, sob o comando do Diretor estadual, Professor Jorge Boucinhas. Os cursos on line tiveram alcance recorde. E além das aulas e palestras, intensificou-se a proliferação de obras jurídicas com o selo de qualidade da ESA, a qual, no organograma da Instituição, se vincula à pasta de atribuições da vice presidência da OAB, a nos orgulhar ainda mais.

Com a convicção de que a coletânea terá grande utilidade aos cultores do direito processual penal, desejamos a todos bons estudos!

Ricardo Toledo Santos Filho

Vice-Presidente OAB SP

SUMÁRIO

LIVRO I DO PROCESSO EM GERAL

TÍTULO I - DISPOSIÇÕES PRELIMINARES (arts. 1º ao 3º)	53
<i>Ian Matozo Speciato</i>	53
Art. 1º	53
Art. 2º	57
Art. 3º	59
REFERÊNCIAS	62
<i>Jenifer da Silva Moraes</i>	63
Art. 3º-A	63
Art. 3º-B	65
Art. 3º-C	76
Art. 3º-D	78
Art. 3º-E	78
Art. 3º-F	79
REFERÊNCIAS:	80
 TÍTULO II -DO INQUÉRITO POLICIAL (arts. 4º ao 23)	81
<i>Walter Francisco Sampaio Filho</i>	81
Art. 4º	83
Art. 5º	86
Art. 6º	95
Art. 7º	102
Art. 8º	103
Art. 9º	103
Art. 10.	104
Art. 11.	107
Art. 12.	108
Art. 13.	109
Art. 13-A	109
Art. 13-B	110
Art. 14.	113
REFERÊNCIAS:	116
<i>Livia Yuen Ngan Moscatelli</i>	117
Art. 14-A	117
Art. 15.	119
Art. 16.	120
Art. 17.	121
Art. 18.	122
Art. 19.	123

Art. 20.	124
Art. 21.	126
Art. 22.	127
Art. 23.	128
REFERÊNCIAS:	130
 TÍTULO III - A AÇÃO PENAL (arts 24 ao 62).....	132
<i>Danilo Campagnollo Bueno</i>	<i>132</i>
Art. 24.	132
Art. 25.	136
Art. 26.	137
Art. 27.	137
Art. 28.	138
Art. 28-A.	140
<i>Hermes José Aun Bachiega</i>	<i>145</i>
Art. 29.	145
Art. 30.	152
Art. 31.	156
Art. 32.	160
Art. 33.	165
Art. 34.	169
Art. 35 (revogado)	171
Art. 36.	171
Art. 37.	173
Art. 38.	174
REFERÊNCIAS	178
<i>Clarissa de Faro Teixeira Höfling</i>	<i>179</i>
Art. 39.	179
Art. 40.	181
Art. 41.	183
Art.42	187
Art. 43(revogado)	188
Art. 44.	188
Art. 45.	190
Art. 46.	192
Art. 47.	194
Art. 48.	195
Art. 49.	197
Art.50.	198
<i>Claudia Rosa de Camargo da Silva</i>	<i>200</i>
Art. 51.	200
Art. 52.	201
Art. 53.	202
Art. 54.	202
Art. 55.	202

Art. 56.	203
Art. 57.	203
Art. 58.	203
Art. 59.	204
Art. 60.	204
Art. 61.	206
Art. 62.	206
REFERÊNCIAS	208
 TÍTULO IV - DA AÇÃO CIVIL (arts. 63 ao 68).....	209
<i>Carlos Florido Miglioli</i>	209
Art. 63.	209
Art. 64.	214
Art. 65.	216
Art. 66.	217
Art. 67.	218
Art. 68.	219
REFERÊNCIAS	221
 TÍTULO V - DA COMPETÊNCIA (arts. 69 ao 91).....	222
<i>Paulo Antoine Pereira Younes</i>	222
Art. 69.	222
Art. 70.	225
Art. 71.	228
Art. 72.	228
Art. 73.	229
Art. 74.	229
Art. 75.	234
Art. 76.	235
Art. 77.	237
Art. 78.	237
Art. 79.	238
Art. 80.	239
Art. 81.	239
Art. 82.	240
REFERÊNCIAS	242
<i>Leandro Bertini de Oliveira e Leonardo Plazas Batista</i>	243
Art. 83.	243
Art. 84.	248
Art. 85.	253
Art. 86.	255
Art. 87.	256
Art. 88.	257
Art. 89.	259
Art. 90.	261

Art. 91.	262
TÍTULOS VI - DAS QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES (arts. 92 ao 154)	263
<i>Lucas Rocha Chareti Campanha</i>	263
Art. 92.	263
Art. 93.	265
Art. 94.	266
Art. 95.	267
Art. 96.	267
Art. 97.	268
Art. 98.	269
Art. 99.	270
Art. 100.	270
Art. 101.	271
Art. 102.	271
Art. 103.	272
Art. 104.	273
Art. 105.	273
Art. 106.	274
Art. 107.	274
<i>Fábio Rocha Caliarí</i>	276
Art. 108.	276
Art. 109.	278
Art. 110.	279
Art. 111.	281
Art. 112.	282
Art. 113.	283
Art. 114.	283
Art. 115.	283
Art. 116.	284
Art. 117.	284
REFERÊNCIAS	286
<i>Claudia Cristina Barrilari</i>	287
Art. 118.	287
Art. 119.	287
Art. 120.	289
Art. 121.	291
Art. 122.	291
Art. 123.	291
Art. 124.	292
Art. 124-A.	292
Art. 125.	293
Art. 126.	293
Art. 127.	293

Art. 128.	294
Art. 129.	294
Art. 130.	294
Art. 131.	295
Art. 132.	296
REFERÊNCIAS	299
Walter Francisco Sampaio Filho	300
Art. 133.	300
Art. 133-A.	301
Art. 134.	303
Art. 135.	304
Art. 136.	307
Art. 137.	307
Art. 138.	310
Art. 139.	311
Art. 140.	311
Art. 141.	312
Art. 142.	312
Art. 143.	313
Art. 144.	314
Art. 144-A.	314
REFERÊNCIAS	317
Isadora de Cássia Fornari Chueire	318
Art. 145.	318
Art. 146.	320
Art. 147.	321
Art. 148.	321
Art. 149.	322
Art. 150.	324
Art. 151.	326
Art. 152.	326
Art. 153.	327
Art. 154.	327
REFERÊNCIAS	328
TÍTULO VII - DA PROVA (arts. 155 ao 250)	331
Rafaela Iansen Miranda Silva	331
Art. 155.	331
Art. 156.	333
Art. 157.	336
REFERÊNCIAS	340
Pedro Guilherme Borato e Renan Posella Mandarin	342
Art. 158.	345
Art. 158-A.	349
Art. 158-B.	349

Art. 158-C.	350
Art. 158-D.	350
Art. 158-E.	350
Art. 158-F.	351
Art. 159.	359
Art. 160.	359
Art. 161.	364
Art. 162.	364
Art. 163.	364
Art. 164.	365
Art. 165.	365
Art. 166.	365
Art. 167.	365
Art. 168.	366
Art. 169.	366
Art. 170.	366
REFERÊNCIAS	367
André Nino da Silva	368
Art. 171	368
Art. 172	369
Art. 173	369
Art. 174	370
Art. 175	371
Art. 176	371
Art. 177	372
Art. 178	373
Art. 179	373
Art. 180	374
Art. 181	374
Art. 182	375
Art. 183	376
Art. 184	376
André Luiz Valim Vieira	377
Art. 185.	377
Art. 186.	379
Art. 187.	380
Art. 188.	380
Art. 189.	381
Art. 190.	381
Art. 191	381
Art. 192.	381
Art. 193.	382
Art. 194 (revogado).	382
Art. 195.	382
Art. 196.	382
Art. 197.	383

Art. 198.	384
Art. 199.	384
Art. 200.	385
REFERÊNCIAS	386
<i>Paulo Murilo Gomes Galvão</i>	387
Art. 201.	387
Art. 202.	388
Art. 203.	390
Art. 204.	392
Art. 205.	393
Art. 206.	393
Art. 207.	394
Art. 208.	395
Art. 209.	396
Art. 210.	397
Art. 211.	397
<i>Antonio Aparecido Belarmino Junior e Glauber Guilherme Belarmino</i>	399
Art. 212.	399
Art. 213.	401
Art. 214.	402
Art. 215.	402
Art. 216.	403
Art. 217.	403
Art. 218.	405
Art. 219.	405
Art. 220.	406
Art. 221.	406
Art. 222.	407
Art. 222-A.	410
Art. 223.	410
Art. 224.	411
Art. 225.	411
REFERÊNCIAS	413
<i>Renan Posella Mandarin</i>	414
Art. 226.	414
Art. 227.	433
Art. 228.	433
Art. 229.	433
Art. 230.	438
Art. 231.	438
Art. 232.	439
Art. 233.	440
Art. 234.	441
Art. 235.	441
Art. 236.	441
Art. 237.	441

Art. 238.	441
REFERÊNCIAS	443
<i>Messênia Cristina Munhato</i>	445
Art. 239.	445
Art. 240.	446
Art. 241.	449
Art. 242.	451
Art. 243:	451
Art. 244.	452
Art. 245.	455
Art. 246.	458
Art. 247.	458
Art. 248.	459
Art. 249.	460
Art. 250.	461
 TÍTULO VIII – DO JUIZ, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO ACUSADO E DEFENSOR, DOS ASSISTENTES E AUXILIARES DA JUSTIÇA (arts. 251 ao 281).	463
<i>Simone Tavares de Andrade e Andréia Chiquini Bugalho</i>	463
Art. 251	469
Art. 252	473
Art. 253	477
Art. 254	477
Art. 255	481
Art. 256	482
Art. 257	487
Art. 258	488
Art. 259	494
Art. 260	495
Art. 261.	498
Art. 262	501
Art. 263	501
Art. 264	503
Art. 265	504
Art. 266	506
Art. 267	507
Art. 268	509
Art. 269.	512
Art. 270	513
Art. 271	514
Art. 272	518
Art. 273	518
Art. 274	521
Art. 275	523
Art. 276	523

Art. 277	524
Art. 278	525
Art. 279	525
Art. 280	526
Art. 281	526
REFERÊNCIAS	528
 TÍTULO IX - DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA (arts. 282 ao 350).....	
531	
<i>José Luis Cabral de Melo</i>	531
Art. 282.	531
Art. 283.	538
Art. 284.	539
Art. 285.	540
Art. 286.	541
Art. 287.	541
Art. 288.	543
Art. 289.	543
Art. 289-A.	545
Art. 290.	546
Art. 291.	547
Art. 292.	547
Art. 293.	549
Art. 294.	550
Art. 295.	551
Art. 296.	555
Art. 297.	555
Art. 298 (revogado)	556
Art. 299.	556
Art. 300.	556
 <i>Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Antonelli Antonio Moreira Baracat Secanho</i>	
557	
Art. 301	557
Art. 302	563
Art. 303:	569
Art. 304:	571
Art. 305:	578
REFERÊNCIAS	579
 <i>Anaclara Pedroso Fernandes Valentim da Silva</i>	
580	
Art. 306.	580
Art. 307.	581
Art. 308.	582
Art. 309.	582
Art. 310.	583
Art. 311.	585

Art. 312.	586
Art. 313.	588
Art. 314.	590
REFERÊNCIAS	592
<i>Marcelo Valdir Monteiro</i>	593
Art. 315.	593
Art. 316.	602
REFERÊNCIAS	611
<i>Haroldo Francisco Paranhos Cardella e Ralph Fraga</i>	613
Art. 317.	613
Art. 318.	614
Art. 318-A.	616
Art. 318-B.	617
Art. 319.	617
Art. 320.	629
REFERÊNCIAS	631
<i>Rogério Luís Adolfo Cury</i>	634
Art. 321.	634
Art. 322.	637
Art. 323.	640
Art. 324.	641
Art. 325.	645
Art. 326.	646
Art. 327.	650
Art. 328.	651
Art. 329.	652
Art. 330.	654
Art. 331.	655
Art. 332.	655
Art. 333.	656
Art. 334.	657
Art. 335.	658
REFERÊNCIAS	659
<i>Ricardo Toledo Santos Filho</i>	660
Art. 336.	660
Art. 337.	662
Art. 338.	664
Art. 339.	666
Art. 340.	666
Art. 341.	668
Art. 342.	671
Art. 343.	672
Art. 344.	672
Art. 345.	673
Art. 346.	673

Art. 347.	674
Art. 348.	675
Art. 349.	675
Art. 350.	676
TÍTULO X - DAS CITAÇÕES E INTIMAÇÕES (arts. 351 ao 372)	679
<i>Paula de Oliveira Santos Miyazaki</i>	679
Art. 351.	679
Art. 352.	681
Art. 353.	681
Art. 354.	682
Art. 355.	682
Art. 356.	683
Art. 357.	684
Art. 358.	684
Art. 359.	685
Art. 360.	685
Art. 361.	686
Art. 362.	687
Art. 363.	689
Art. 364.	690
Art. 365.	690
Art. 366.	691
Art. 367.	697
Art. 368.	697
Art. 369.	698
REFERÊNCIAS	699
<i>Andréa Cristina D'Angelo</i>	701
Art.370.	701
Art.371.	704
Art.372	704
TÍTULO XI - DA APLICAÇÃO PROVISÓRIA DE INTERDIÇÕES DE DIREITOS E MEDIDAS DE SEGURANÇA (arts. 373 ao 380).	705
<i>Andréa Cristina D'Angelo</i>	705
Art. 373.	705
Art. 374.	706
Art. 375.	706
Art. 376.	706
Art. 377.	706
Art. 378.	706
Art. 379.	707
Art. 380.	707
REFERÊNCIAS	708

TÍTULO XII - DA SENTENÇA (arts. 381 ao 393)	709
<i>Letícia de Freitas</i>	709
Art. 381.	709
Art. 382.	710
Art. 383.	712
Art. 384.	716
Art. 385.	718
Art. 386.	720
Art. 387.	723
Art. 388.	727
Art. 389.	727
Art. 390.	728
Art. 391.	728
Art. 392.	729
Art. 393 (revogado)	729
REFERÊNCIAS	733

LIVRO II

DOS PROCESSOS EM ESPÉCIE

TÍTULO I - DO PROCESSO COMUM (arts. 394 ao 502)	735
<i>André Novaes da Silva</i>	735
Art. 394	735
Art. 394-A.....	736
Art. 395	737
Art. 396	738
Art. 396-A.....	739
Art. 397	740
Art. 398 (revogado)	741
Art. 399	741
Art. 400	742
Art. 401	743
Art. 402	743
Art. 403	744
Art. 404	745
Art. 405	745
REFERÊNCIAS	747
<i>Levy Emanuel Magno</i>	748
Art. 406.	748
Art. 407.	755
Art. 408.	756
Art. 409.	756

Art. 410.	757
Art. 411.	757
Art. 412.	762
Art. 413.	762
Art. 414.	766
Art. 415.	766
Art. 416.	767
Art. 417.	767
Art. 418.	767
Art. 419.	768
Art. 420.	769
Art. 421.	770
Clesio Medeiros Junior	772
Art. 422.	772
Art. 423.	773
Art. 424.	774
Art. 425.	775
Art. 426.	775
Art. 427.	776
Art. 428.	779
Art. 429.	780
Art. 430.	781
Art. 431.	781
Art. 432.	782
Art. 433.	783
Art. 434.	784
Art. 435.	784
Luiz Fernando Bernardes	786
Art. 436.	786
Art. 437.	787
Art. 438.	787
Art. 439.	788
Art. 440.	788
Art. 441.	789
Art. 442.	789
Art. 443.	789
Art. 444.	789
Art. 445.	790
Art. 446.	790
Art. 447.	790
Art. 448.	791
Art. 449.	792
Art. 450.	792
Art. 451.	792
Art. 452.	793
REFERÊNCIAS	794

<i>Cristiano Joukhadar</i>	795
Art. 453.	795
Art. 454.	795
Art. 455.	796
Art. 456.	796
Art. 457.	798
Art. 458.	800
Art. 459.	801
Art. 460.	801
Art. 461.	802
<i>Henrique Tremura Lopes</i>	804
Art. 462.	804
Art. 463.	804
Art. 464.	805
Art. 465.	805
Art. 466.	806
Art. 467.	806
Art. 468.	807
Art. 469.	808
Art. 470.	809
Art. 471.	810
Art. 472.	810
Art. 473.	811
Art. 474.	812
Art. 475.	814
REFERENCIAS	816
<i>Paulo Sérgio de Oliveira</i>	817
Art. 476.	817
Art. 477.	818
Art. 478.	819
Art. 479.	820
Art. 480.	821
Art. 481.	822
Art. 482.	823
Art. 483.	823
Art. 484.	825
Art. 485.	826
Art. 486.	827
Art. 487.	827
Art. 488.	827
REFERÊNCIAS	829
<i>João Pedro Teixeira Araujo Senedesi e Rafael Junior Soares</i>	830
Art. 489.	830
Art. 490.	831
Art. 491.	832
Art. 492.	832

Art. 493.	839
Art. 494.	840
Art. 495.	841
Art. 496.	842
Art. 497.	843
REFERÊNCIAS	847
Art. 498 ao 502 (revogados).	848
TÍTULO II – DOS PROCESSOS ESPECIAIS (arts. 503 ao 555)	848
Art. 503 ao 512 (revogados).	848
<i>Matheus Sidericoudes Milan</i>	848
Art. 513.	848
Art. 514.	850
Art. 515.	852
Art. 516.	854
Art. 517.	854
Art. 518.	855
Art. 519.	856
Art. 520.	858
Art. 521.	859
Art. 522.	860
Art. 523.	860
REFERÊNCIAS	864
<i>Luiz Felipe Maganin e Willey lopes Sucasas</i>	865
Art. 524.	865
Art. 525.	866
Art. 526.	867
Art. 527.	868
Art. 528.	870
Art. 529.	871
Art. 530.	875
Art. 530-A.	875
Art. 530-B.	876
Art. 530-C.	877
Art. 530-D.	879
Art. 530-E.	880
Art. 530-F.	881
Art. 530-G.	881
Art. 530-H.	882
Art. 530-I.	882
REFERÊNCIAS	884
<i>Marcos Narche Louzada e Regina Louzada</i>	885
Art. 531.	885
Art. 532.	888
Art. 533.	889

Art. 534.	890
Art. 535.	890
Art. 536.	891
Art. 537.	891
Art. 538.	891
Art. 539.(revogado)	892
Art. 540.(revogado)	892
REFERÊNCIAS	894

José Paulo Calanca Servo, Marina Calanca Servo e Rafael Bussolote Finotti

<i>Silva</i>	895
Art. 541.	896
Art. 542.	898
Art. 543.	899
Art. 544.	900
Art. 545.	901
Art. 546.	901
Art. 547.	902
Art. 548.	903
REFERÊNCIAS	904

<i>Tainá Fernandes Ferreira</i>	905
Art. 549.	905
Art. 550.	907
Art. 551.	908
Art. 552.	908
Art. 553.	908
Art. 554.	909
Art. 555.	909
REFERÊNCIAS	910

TÍTULO III - DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DOS TRIBUNAIS DE APELAÇÃO (arts. 556 ao 562) (revogados)	911

LIVRO III

DAS NULIDADES E DOS RECURSOS EM GERAL

TÍTULO I - DAS NULIDADES.....	911
<i>Ilana Müller</i>	911
Art. 563.	911
Art. 564.	914
Art. 565.	974
Art. 566.	974

Art. 567.	975
Art. 568.	978
Art. 569.	979
Art. 570.	980
Art. 571.	981
Art. 572.	983
Art. 573.	984
TÍTULO II - DOS RECURSOS EM GERAL (arts. 574 ao 667)	987
<i>Anaclara Pedroso Fernandes Valentim da Silva e Fernanda Pagotto Gomes</i>	
<i>Pitta</i>	987
Art. 574.	987
Art. 575.	988
Art. 576.	989
Art. 577.	989
Art. 578.	990
Art. 579.	991
Art. 580.	992
<i>José Sérgio do Nascimento Júnior</i>	993
Art. 581.	993
Art. 582	1006
Art. 583.	1006
Art. 584.	1006
Art. 585.	1007
Art. 586.	1007
Art. 587.	1007
Art. 588.	1008
Art. 589.	1009
Art. 590.	1010
Art. 591.	1010
Art. 592.	1010
REFERÊNCIAS	1011
<i>Paula Toledo Lara dos Santos</i>	1012
Art. 593.	1012
Art. 594 (revogado).	1017
Art. 595 (revogado)	1017
Art. 596	1018
Art. 597.	1018
Art. 598.	1019
Art. 599.	1020
Art. 600.	1020
Art. 601.	1022
Art. 602.	1023
Art. 603.	1023
Art. 604 ao 606 (revogados).	1024

REFERÊNCIAS	1025
Art. 607 ao 608 (revogados).....	1026
Mariana Beda Francisco	1026
Art. 609.	1027
Art. 610.	1030
Art. 611 (revogado).	1030
Art. 612.	1031
Art. 613.	1032
Art. 614.	1032
Art. 615.	1033
Art. 616.	1034
Art. 617.	1036
Art. 618.	1037
Art. 619.	1037
Art. 620.	1040
Anderson Segura Delpino	1041
Art. 621.	1041
Art. 622.	1046
Art. 623.	1046
Art. 624.	1047
Art. 625.	1048
Art. 626.	1051
Art. 627.	1052
Art. 628.	1053
Art. 629.	1053
Art. 630.	1053
Art. 631.	1054
REFERÊNCIAS	1055
Nelson Finotti Silva e Giovana Pereira Franzé	1056
Arts. 632 a 636. (revogados).....	1056
Art. 637.	1058
Art. 638.	1062
REFERÊNCIAS	1077
Ivan Rafael Bueno	1078
Art. 639.	1078
Art. 640.	1079
Art. 641.	1080
Art. 642.	1080
Art. 643.	1080
Art. 644.	1081
Art. 645.	1081
Art. 646.	1081
Art. 647.	1082
Art. 648.	1092
Art. 649.	1096

Art. 650.	1097
Art. 651.	1099
Art. 652.	1100
REFERÊNCIAS	1101
Rodrigo José Fuziger	1105
Art. 653.	1105
Art. 654.	1106
Art. 655.	1112
Art. 656.	1112
Art. 657.	1112
Art. 658.	1113
Art. 659.	1113
Art. 660.	1114
Art. 661.	1116
Art. 662.	1117
Art. 663.	1117
Art. 664.	1118
Art. 665.	1120
Art. 666.	1121
Art. 667.	1121
REFERÊNCIAS	1122

LIVRO IV

DA EXECUÇÃO

TÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS (arts. 668 ao 673).....	1123
<i>Patrícia de Paula Queiroz Bonato</i>	1123
Art. 668.	1123
Art. 669.	1123
Art. 670.	1123
Art. 671.	1123
Art. 672.	1124
Art. 673.	1124
TÍTULO II - DA EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE (arts. 674 ao 695).....	1224
<i>Patrícia de Paula Queiroz Bonato</i>	1224
Art. 674.	1124
Art. 675.	1124
Art. 676.	1125
Art. 677.	1125
Art. 678.	1125

Art. 679.	1125
Art. 680.	1125
Art. 681.	1125
Art. 682.	1125
Art. 683.	1125
Art. 684.	1126
Art. 685.	1126
REFERÊNCIAS:	1137
<i>Fernanda Paula Sousa Cruz</i>	1138
Art. 686.	1138
Art. 687.	1138
Art. 688.	1139
Art. 689.	1139
Art. 690.	1140
Art. 691.	1140
Art. 692.	1140
Art. 693.	1140
Art. 694.	1140
Art. 695.	1140
REFERÊNCIAS	1148
TÍTULO III - DOS INCIDENTES DA EXECUÇÃO (arts. 696 ao 733)	1149
<i>Messênia Cristina Munhato</i>	1149
Art. 696.	1149
Art. 697.	1149
Art. 698.	1149
Art. 699.	1150
Art. 700.	1150
Art. 701.	1150
Art. 702.	1150
Art. 703.	1150
Art. 704.	1150
Art. 705.	1151
Art. 706.	1151
Art. 707.	1151
Art. 708.	1151
Art. 709.	1151
<i>Ana Cláudia Ribeiro Tavares</i>	1157
Art. 710.	1157
Art. 711.	1157
Art. 712.	1157
Art. 713.	1158
Art. 714.	1158
Art. 715.	1158
Art. 716.	1158

Art. 717.	1158
Art. 718.	1158
Art. 719.	1159
Art. 720.	1159
Art. 721.	1159
Art. 722.	1159
Art. 723.	1159
Art. 724.	1159
Art. 725.	1160
Art. 726.	1160
Art. 727.	1160
Art. 728.	1160
Art. 729.	1160
Art. 730.	1160
Art. 731.	1160
Art. 732.	1161
Art. 733.	1161
REFERÊNCIAS	1177

TÍTULO IV - DA GRAÇA, DO INDULTO, DA ANISTIA E DA REHABILITAÇÃO (arts. 734 ao 750)..... 1178

***Robson Ferreira de Carvalho*** 1178

Art. 734.	1178
Art. 735.	1178
Art. 736.	1178
Art. 737.	1178
Art. 738.	1178
Art. 739.	1178
Art. 740.	1179
Art. 741.	1179
Art. 742.	1179
Art. 743.	1181
Art. 744.	1181
Art. 745.	1181
Art. 746.	1181
Art. 747.	1181
Art. 748.	1181
Art. 749.	1181
Art. 750.	1181
REFERÊNCIAS	1184

TÍTULO V - DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA (arts. 751 ao 779) 1185

***Mariana Pascon Scrivante Galli*** 1185

Art. 751.	1185
Art. 752.	1185

Art. 753.	1185
Art. 754.	1185
Art. 755.	1186
Art. 756.	1186
Art. 757.	1186
Art. 758.	1186
Art. 759.	1186
Art. 760.	1186
Art. 761.	1186
Art. 762.	1186
Art. 763.	1186
Art. 764.	1187
Art. 765.	1187
 <i>Andréia Cristina da Silva Moukakou, Bruno José Valentim da Silveira e Ingrid Silvério dos Santos</i>	
Art. 766.	1191
Art. 767.	1191
Art. 768.	1191
Art. 769.	1191
Art. 770.	1191
Art. 771.	1192
Art. 772.	1192
Art. 773.	1192
Art. 774.	1192
Art. 775.	1192
Art. 776.	1193
Art. 777.	1193
Art. 778.	1193
Art. 779.	1193
REFERÊNCIAS:	1200

LIVRO V

DAS RELAÇÕES JURISDICIONAIS COM AUTORIDADE ESTRANGEIRA

TÍTULO ÚNICO (arts. 780 ao 790)	1201
<i>Bruno Henrique Castelo Branco Arena</i>	
Art. 780.	1203
Art. 781.	1205
Art. 782.	1205
Art. 783.	1206
Art. 784.	1206
Art. 785.	1208
Art. 786.	1208

Art. 787.	1209
Art. 788.	1210
Art. 789.	1210
Art. 790.	1211
REFERÊNCIAS:	1213

LIVRO VI

DISPOSIÇÕES GERAIS

<i>Luciano Macri Neto</i>	1214
Art. 791.	1214
Art. 792.	1215
Art. 793.	1217
Art. 794.	1218
Art. 795.	1219
Art. 796.	1220
Art. 797.	1221
Art. 798.	1222
Art. 799.	1224
Art. 800.	1225
Art. 801.	1226
Art. 802.	1227
Art. 803.	1227
Art. 804.	1228
Art. 805.	1228
Art. 806.	1228
Art. 807.	1229
Art. 808.	1230
Art. 809.	1231
Art. 810.	1232
Art. 811.	1233
REFERÊNCIAS	1235

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

LIVRO I

DO PROCESSO EM GERAL

TÍTULO I - DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Ian Matozo Especiato¹
(arts. 1º ao 3º)

Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

II - as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, § 2º, e 100);

III - os processos da competência da Justiça Militar;

IV - os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122, nº 17);

V - os processos por crimes de imprensa.

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nºs. IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

No caput do primeiro dispositivo do Código de Processo Penal (doravante CPP), há a consagração do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, Constituição Federal de 1988 - CF), pois o legislador impõe que o Processo Penal seja regido por normas previamente estabelecidas ao afirmar que este “reger-se-á [...] por este código”, assim se interpreta a *mens legislatoris* (vontade do legislador) em cotejo com a atual sistemática da ordem constitucional vigente.

¹ Advogado. Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Acadêmico bolsista (PIBIC) pelo CNPq/Fundação Araucária-UEM (2009-2010) e pelo Programa de Aperfeiçoamento de Ensino da FDUSP (2014-2015). Professor de Direito Penal e História do Direito no Centro Universitário de Votuporanga (UNIFEV) e Centro Universitário de Jales (UNIJALES) respectivamente.

Além disso, da leitura desse primeiro artigo percebe-se que as leis processuais penais, diversamente das penais que possuem uma extraterritorialidade excepcional (art. 7º do Código Penal), não são aplicadas em outro território senão daquele Estado que as promulgou, não podendo o *Jus Puniendi* estatal "[...] exercer seu Poder Soberano além do alcance de sua própria soberania" (TOURINHO FILHO, 2012, p. 89). Pode-se articular, então, que no processo penal tem vigência o princípio da territorialidade. O mesmo raciocínio é verdadeiro para o Estado estrangeiro, que não pode aplicar suas regras processuais penais em nosso território.

Quando atos processuais penais são praticados em outros territórios, como uma citação, por exemplo, eles seguirão as leis processuais do país estrangeiro. O ato praticado sobre a vigência da legislação estrangeira não será considerado nulo, como o cumprimento de uma carta rogatória, pois "Ao necessitar da cooperação internacional, deve o país conformar-se com a forma como é exercido, lá, o poder jurisdicional" (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 131-132).

Essa exclusiva territorialidade da norma processual penal, de fato, é a regra, porém ela comporta algumas exceções, o que se passa a discutir agora.

De plano há que se recordar que o Brasil é signatário do Estatuto de Roma, promulgado por meio do Decreto nº 4.388/2002, tendo se submetido à jurisdição do Tribunal Penal Internacional – TPI - (art. 5º, §4º, CF), quando se tratar de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, mesmo que o tipo seja cometido no Brasil. Assim, se submete às regras processuais desse órgão internacional. Para Nucci (2016), não seria possível a entrega do brasileiro nato ao TPI, em razão da vedação constitucional presente no art. 5º, LI, se sobrepondo ao § 4º deste.

Nessa toada, o inciso primeiro do artigo em comento prevê que os pactos internacionais que o Brasil haja ratificado ou mesmo as regras de Direito Internacional (não abarcadas por aqueles, ex. costume) impedem a aplicação da legislação penal brasileira, como são os casos de: a) crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves públicas estrangeiras, em águas territoriais ou em espaço aéreo nacionais; b) crimes praticados por agentes diplomáticos, entendidos genericamente como aqueles que estão aqui a representar outro Estado, bem como os funcionários diplomáticos, com ressalva dos empregados particulares. Esse privilégio é estendido aos chefes de Estado

estrangeiro e sua comitiva, quando se encontrarem em território brasileiro. Ressalta-se que tal imunidade diplomática decorre da pactuação da Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas de 1961 (internalizada pelo Decreto 56.435/1965).

É necessário que se diga, que essa imunidade não abarca o cônsul ou os funcionários consulares, quando estes praticarem crimes comuns fora do exercício de suas funções (art. 43 da Convenção de Viena Sobre Relações Consulares – Decreto 61.078/1967), podendo mesmo ser presos provisoriamente em caso de crime grave (art. 41 de referida convenção), vide também o precedente do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 49.183/SP, que definiu não conferir referida Convenção imunidade penal a tais funcionários.

Quanto aos crimes previstos em tratados ou convenções internacionais, assinala-se também, que será competência da Justiça Federal brasileira o processo e julgamento destes, quando sua execução for iniciada no Brasil, mesmo que seu resultado se dê ou deva se dar em país estrangeiro (art. 109, V, Constituição Federal).

A Constituição Federal de 1988 alargou o rol daqueles abarcados por prerrogativas atinentes à jurisdição política (exceção do inciso II), em que são afastadas as regras do CPP e aplicados procedimentos previstos na Constituição Federal ou na Lei dos Crimes de Responsabilidade, por exemplo. Assim, a Carta Política determina que compete ao Senado Federal, privativamente, processar e julgar o Presidente e Vice-presidente da República em crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os comandantes das Forças Armadas nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I, CF).

Desse modo, se pressupõe que essa competência somente se dê em caso de conexão de crimes de responsabilidade desses sujeitos com os Chefes de Estado, caso contrário, serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, c, CF).

A competência do Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, também abarca os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União (art. 52, II, CF).

Nessas hipóteses devem ser observadas as disposições da Lei nº 1.079/1950, bem como os Regimentos Internos do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e

Senado Federal). Pode-se afirmar, pois, que não será aplicado o Código de Processo Penal.

Ressalta-se, também, que as constituições dos estados (unidades federadas) podem prever quem é competente para julgar os crimes de responsabilidade de seus governadores, secretários de estado etc. em conexão. Em tal hipótese também não será observado o Código de Processo Penal, mas sim a lei dos crimes de responsabilidade e os regimentos internos do Tribunal de Justiça dos Estados e das Assembleias Legislativas.

Quanto aos crimes militares – assim definidos nos artigos 9º e 10º do Código Penal Militar, estes serão processados e julgados pela Justiça Militar (exceção do inciso III), pois esta possui competência para tanto. Desse modo, as regras aplicadas ao processamento de tais crimes serão aquelas estabelecidas pelo Código de Processo Penal Militar. Então, o CPP somente encontrará aplicação subsidiária como forma de colmatar eventuais lacunas nos procedimentos estabelecidos pela legislação militar.

A Constituição ditatorial de 1937 estabeleceu um tribunal de exceção que estava à serviço do regime, emulando o fascismo italiano que já havia previsto um órgão similar anteriormente. De acordo com os ensinamentos de Tourinho Filho, "Tratava-se [...] de um Tribunal que "rezava pela cartilha do Ditador"" (2012, p. 96). Em nosso sistema democrático não mais existe um Tribunal de "Segurança Nacional", assim, cai por terra a exceção do inciso IV. Todavia, é importante que o operador do direito, principalmente o advogado, saiba da história do país, em especial dos caminhos percorridos pelos regramentos no passado, para que atue em defesa do Estado de Direito Democrático e social, não endossando discursos autoritários, rejeitando, assim, a aplicação excepcional e arbitrária da justiça (que, nesse caso, converte-se em injustiça).

Quanto aos crimes de imprensa (previstos pela Lei de Imprensa, n. 5.520/167), estes não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, como decidiu o Supremo Tribunal Federal (doravante STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/DF. Assim, esse inciso não mais se aplica, em razão da Corte ter entendido que os direitos atinentes à liberdade de imprensa prevalecem sobre os direitos à honra, intimidade, imagem, não admitindo-se censura prévia, apesar de cabível reparação posterior.

Em relação à legislação especial, ressalta-se que se aplicará subsidiariamente o CPP aos processos de competência da Justiça Eleitoral, já que em regra se aplica o Código Eleitoral. A omissão desse caso em específico no rol do artigo primeiro se deve à inexistência da justiça eleitoral quando da origem do CPP. Esse órgão jurisdicional somente foi introduzido ao nosso ordenamento pela Constituição de 1946, seu procedimento vem regulado entre os artigos 355 a 364 do diploma eleitoral.

Ainda, caso haja rito específico estabelecido para se processar e julgar determinado delito, este deverá ser aplicado em detrimento do CPP, que encontrará aplicação apenas em eventual omissão da legislação especial, o que se deve ao princípio da especialidade (NUCCI, 2016). É isso o que acontece em relação aos crimes da Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006), aos crimes da competência dos Tribunais (Leis nº 8.038/1990 e 8.658/1993), também aos crimes de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/1995) e àqueles falimentares (Lei nº 11.101/2005).

Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A lei processual penal no tempo reger-se-á pelo princípio *tempus regit actum*, ou seja, terá efeito e aplicação imediata, regulando todos os atos praticados a partir do início de sua vigência, porém não será aplicada aos atos processuais já praticados. Noutras palavras, seus efeitos serão dirigidos ao futuro, mesmo que ela piore a situação para o réu (ex. criando novas hipóteses de prisão provisória), diversamente do que acontece com o a lei penal material, donde vige o princípio da proibição da retroatividade de norma que traga prejuízos ao réu (art. 5º, XL, CF), por exemplo, na hipótese de aumento das penas de uma figura delitiva supostamente praticada pelo acusado, tal fato se dá em decorrência do princípio da legalidade na seara penal (art. 1º, CP).

A aplicabilidade imediata da lei processual penal aos atos processuais a serem praticados logo após sua entrada em vigência é corroborada pelo STF, posicionamento exemplificado nos julgamentos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 115.563 do Mato Grosso (2014) e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 853.545 da Paraíba (2013), possuindo a Corte Máxima extensa jurisprudência nesse sentido.

Além disso, interessante posicionamento jurisprudencial é expresso pelo voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 120.356/DF, quando considera que “[...] a lei que regula o recurso cabível é a lei da época do veredicto. Ou seja, a lei do recurso é a lei da sentença, porque a sentença desfavorável traz uma lesividade, então, é a partir desse momento que a parte tem o direito ao recurso cabível” (BRASIL, 2014, p. 21; MEDEIROS, 2020). Assim, não importa se um recurso seja extinto por lei nova, se na data em que foi proferida a sentença ele existia, seu manejo é perfeitamente cabível para afastar o ônus advindo da decisão.

Outro ponto que merece ser levantado sobre o tema, é uma dificuldade recorrente entre os discentes de direito, porquanto muitos demoram a compreender que a pena de prisão (privativa de liberdade) é diferente da prisão provisória. Enquanto a primeira é sanção penal, regulando-se pelo direito material, a segunda é um instrumento processual que deve atender aos fins do processo. Então, para a lei que modifica a primeira, ela somente será aplicada se beneficiar o acusado, já a nova norma processual atinente à provisória aplica-se mesmo que prejudique o réu (como aumento do prazo de sua duração).

Contra esse posicionamento está Nucci, para quem “[...] lidando-se com o tema da prisão, é indispensável que se considerem tais normas processuais de conteúdo material” (2016, p. 52). Discorda-se do autor, por entender que a prisão cautelar é mero instrumento, não fim em si, não se admitindo a equiparação dela como sendo um instituto de direito material.

Em leis mistas, que sejam ao mesmo tempo penais e processuais penais, como por exemplo a Lei de Execução Penal, se defende que sejam aplicadas as regras mais rígidas do direito penal quanto à possibilidade de retroatividade, isso em decorrência de uma postura garantista direcionada a contenção dos arbítrios do poder de punir (*jus puniendi*). Então, ante a criação de nova norma de execução, como por exemplo, o estabelecimento de maior lapso temporal para obtenção de um benefício, entende-se que ela só deveria ser aplicada a processos que ainda serão julgados, ou seja, que não houve condenação definitiva e, por isso, não se iniciou o cumprimento da pena.

À doutrina tradicional, que divide as leis em penais, processuais ou mistas, cuja aplicação temporal seria diversa, como acima explicitado, se contrapõe o pensamento

de LOPES JÚNIOR, para quem "[...] as regras da retroatividade da lei penal mais benéfica devem ser compreendidas dentro da lógica sistemática, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu" (2019, p. 128), o autor posiciona-se dessa maneira, pois acredita ser imperativo se reinterpretar a aplicação da lei processual penal à luz da Constituição Federal, ademais, utiliza como argumentação a indissociabilidade do direito penal material e processual, que juntos formariam um sistema.

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

A lei processual penal admite interpretação extensiva, para além da literalidade explícita, desde que essa extensão esteja abarcada pela *mens legis*, seja, pois, vontade da própria lei. Dessa forma, com essa espécie de interpretação objetiva-se “[...] fazer as palavras da lei corresponder ao seu espírito, e, para tanto, deverá o interprete ampliar o sentido ou alcance daquelas” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 102). É nesse sentido, que se conceitua essa interpretação como “[...] a ampliação do conteúdo da lei, efetivada pelo aplicador do direito, quando a norma disse menos do que deveria. Tem por fim dar-lhe sentido razoável, conforme os motivos para os quais foi criada.” (NUCCI, 2016, p. 52).

Para Tourinho Filho (2012) é o que acontece em relação ao curador especial. Pela redação do artigo 33, CPP, este poderia exercer o direito de queixa, então estaria habilitado também a exercer o direito de representação, seguindo a lógica daquele que pode o mais, também pode o menos. Já Nucci (2016) exemplifica essa extensão quanto às causas de suspeição do juiz, encampadas pelo artigo 284, CPP, que incidiriam também ao jurado, uma vez que este desempenharia uma função judicante, mesmo que o artigo não tenha trazido tal hipótese explicitamente.

Admite-se também a aplicação analógica, que é uma forma de integração da legislação processual penal, consistente em aplicar uma regra existente, porém atinente a outro caso, que guarda semelhanças com a situação não abarcada explicitamente pelo regramento. Em outras palavras, a regra processual penal não diz respeito ao caso em

si, mas a outro que lhe é muito similar, por isso é aplicada, como um juízo de comparação, por não haver norma a ser aplicada naquela hipótese. Ressalta-se que não será admitida em existindo normas de conteúdo penal, mesmo que inseridas em legislação processual, quando importar em prejuízos para o acusado.

Sobre a analogia, é muito corriqueiro perceber que ela é utilizada para aplicação de dispositivos do Código de Processo Civil (CPC) ao CPP, como forma de integrá-lo, preenchendo os espaços em que há omissão da legislação processual penal. Este é o caso dos precedentes jurisprudenciais do STF estabelecidos no *Habeas Corpus* (HC) n. 76.240/SP relatado em 1998 pelo Ministro Maurício Corrêa e repetido no Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 104.261/ES, relatado em 2012 pelo Ministro Dias Toffoli, em que se usou de dispositivo do CPC para decidir sobre a ausência de nulidade da manifestação em último lugar da acusação quanto às questões preliminares nas alegações finais - precedentes que versam sobre dispositivos revogados, utilizados meramente como exemplificação da aplicação analógica (BRASIL, 2013, p. 27).

No entanto, é necessário que se pontue os limites da utilização desse mecanismo de colmatação de lacunas, já que os escopos do processo civil e do penal são diversos. A analogia não pode ser utilizada para ampliação desmedida do poder punitivo estatal nem mesmo para uma colonização cível da disciplina processual penal, já que esta tem categorias próprias, não encontrando sempre correspondência fidedigna com os institutos processuais civis.

Como destaca LOPES JÚNIOR (2019), o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, não a pretensão punitiva, vez que o representante do Ministério Público não atua do mesmo modo que a figura do credor em âmbito civil, pois não lhe cabe o “poder de punir”, que é exclusivo do juiz. A partir da reflexão do autor, é possível se pensar a analogia como um instrumento que atue para potencializar os direitos e garantia fundamentais e não o contrário.

Por último, esse dispositivo permite que princípios gerais do direito, que são instrumentos integradores da lei em geral, se apliquem quando a disciplina processual for omissa, ou seja, lacunosa. Percebe-se, pois, que não existe nem mesmo lei semelhante a ser aplicada à determinada hipótese. Nesse caso, utilizam-se aforismos e também abstrações da cultura jurídica, tais como as ideias de justiça, equidade, segurança, desde que não deturpem o modelo acusatório estabelecido pela

Constituição Federal, tema que será fruto dos comentários ao artigo subsequente e nem instrumentalizem o acusado, uma vez que ele é um dos sujeitos processuais e não objeto do processo penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea temática de jurisprudência: Direito Penal e Processual Penal** [recurso eletrônico]. Brasília: Secretaria de Documentação, Supremo Tribunal Federal, 2013. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoCatalogoProdutoProduto/anexo/VERS_AO_WEB.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 120.356/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ: 01/04/2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081169>. Acesso em: 10 dez. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado**. 2020. Disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.com.br/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15 ed. rev. São Paulo, Saraiva, 2012.

JUIZ DAS GARANTIAS

Jenifer da Silva Moraes¹
(arts. 3º-A ao 3º-F)

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A lei 13.964/2019 adicionou o artigo 3ºA ao Código de Processo Penal e, com ele, concebeu uma das mais importantes alterações legislativas recentes. O dispositivo consolida definitivamente a estrutura acusatória como norte de nosso sistema processual penal e, com isso, busca legitimar as imposições constitucionais quanto à primazia dos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla defesa.

O sistema Acusatório, em vigor aproximadamente até meados do séc. XIII, tem como característica principal a separação entre os órgãos de acusação e julgamento. A estrutura acusatória visa legitimar a imparcialidade do juiz frente ao fato apresentado, bem como equilibrar o jogo processual entre acusação e defesa, sendo vedado ao magistrado a iniciativa pela busca de provas, recaindo exclusivamente ao órgão de acusação o ônus de comprovar a culpa do acusado.

Além do sistema acusatório, podemos falar em mais dois sistemas de persecução penal. O primeiro deles, chamado sistema Inquisitório, foi adotado no período medieval em substituição ao modelo acusatório e inaugurou uma estrutura particular de persecução e julgamento de ofensas penais (e ao mesmo tempo religiosas), em um contexto em que a religião servia como norte das regras comportamentais da sociedade. O modelo fundamenta-se na ideia já obsoleta de “verdade real”, em que compete ao magistrado a identificação do que “realmente ocorreu”, independentemente do arcabouço probatório já coligido aos autos pelas partes.

A busca por uma suposta verdade autoriza o julgador a se sobrepor ao próprio Ministério Público na busca por informações e na realização de atos, o que compromete radicalmente sua parcialidade frente aos fatos analisados já que se

¹ Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Pós Graduada em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM; Pós Graduada em Direito Penal - Parte Geral pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM; Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); professora e advogada.

permite uma antecipação da formação de culpa do acusado no âmbito cognitivo. Em outras palavras, o juiz faz um pré-julgamento da situação e, a partir daí, age de ofício para i) comprovar sua hipótese e ii) impor ao acusado uma medida que seja condizente com seu pré-julgamento (p.ex. converter sua prisão em preventiva). A partir daí corrompe-se o estado de inércia exigido constitucionalmente e, por decorrência, a imparcialidade do julgador, que estará contaminado pela importância da prova ou do ato por si determinado.

O sistema inquisitório também proporciona um desequilíbrio entre a carga valorativa das provas e, até mesmo, entre a acusação e a defesa, porquanto estabelece-se a primazia da confissão face a outros meios de prova e um reforço nos instrumentos à disposição da acusação com a consequente quebra na paridade de armas, uma vez que o juiz pode intervir e determinar a produção de provas de ofício.

O outro sistema, chamado de sistema misto, é composto por características tanto acusatórias quanto inquisitórias. Antes da alteração, o modelo misto é aquele que mais se adequava à sistemática processual penal brasileira, apesar da nossa Constituição Federal claramente delinear uma estrutura acusatória ao impor a titularidade da ação penal ao Ministério Público, que caracteriza um órgão distinto da Magistratura. Isso porque a legislação processual penal concedia ao magistrado a possibilidade de agir de ofício em diversas oportunidades, participar da produção de provas e, até mesmo, autorizava sua produção sem a observância do contraditório e ampla defesa. Como exemplo, apontamos a possibilidade de condenação ainda que o Ministério Público pugne pela absolvição do réu (artigo 385), a possibilidade do juiz juntar aos autos documento relevante independentemente de requerimento das partes (artigo 234), de determinar a realização de novos interrogatórios, de ofício e a qualquer tempo (artigo 196) e de requisitar a instauração de inquérito policial de ofício (artigo 5º, I).

Apesar desses artigos continuarem em vigência, concordamos com Fabretti e Smanio (2020, p. 61 - 62), no sentido de que a interpretação dos dispositivos deve ser adequada ao modelo acusatório e, inclusive, reconhecendo-se a revogação tácita de alguns (como os artigos 5º, I e II; 156; 209; 234; 385 e 807) sendo absolutamente vedada qualquer iniciativa do magistrado na produção probatória.

Sobre a sistemática anterior a alteração trazida pela lei 13.964, Brito, Fabretti e Lima (2019, p.59) corretamente apontam que *“a aplicação de um sistema acusatório*

no Brasil constitui muito mais um ideal a perseguir do que uma regra clara a ser aplicada. Nosso Código de Processo Penal, decretado em 1941, em pleno período autoritário, ainda que tenha sido alterado constantemente com o passar dos anos, possui resquícios intencionais do mais puro inquisitório, tradição mal-vinda e persistente ainda em muitos códigos processuais da América Latina. Um exemplo atual desse comportamento é a manutenção da possibilidade do juiz realizar provas ex officio, antes mesmo do início da ação penal, ou a aplicação da emendatio libelli, adotada em nosso Código Processual Penal, na qual o juiz, de ofício, pode modificar a classificação jurídica do pedido.”

Apesar do progresso trazido pela gênese do positivo, atualmente sua eficácia encontra-se suspensa por liminar conferida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, ajuizadas em janeiro de 2020 contra alterações trazidas pela lei 13.964/19, notadamente contra a implementação da figura do juiz de garantias, regulamentada pelos artigos 3-B a 3-F do Código de Processo Penal.

Em síntese, alega-se em tais ações a inconstitucionalidade formal e material dos dispositivos, fundamentalmente porque os artigos 3B-F promoveram alterações em normas de organização judiciária, o que fugiria à competência de uma lei federal; criaria um novo juízo e, portanto, modificaria estruturalmente a justiça criminal do país sem determinar um prazo hábil para a instituição da medida e que a figura, em si, violaria o princípio do juiz natural.

As ações foram ajuizadas em período de plantão e analisadas pelo presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Dias Tóffoli, que concedeu liminar para aumentar o prazo de *vacatio legis* para 180 dias. Após os autos serem encaminhados ao relator do caso, Ministro Luiz Fux, este entendeu pela necessidade de suspensão dos dispositivos por tempo indeterminado. Em setembro de 2020 as ações foram incluídas em pauta e ainda permanecem sem julgamento.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;

- II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;
- VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;
- VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;
- IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- XI - decidir sobre os requerimentos de:
- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
- XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
- XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;
- XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
- XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.
- § 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Generalidades: Como consequência direta do sistema acusatório e da vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação, a lei 13.964 criou a figura do juiz das garantias no artigo 3-B, com o objetivo de testificar a imparcialidade do magistrado na fase judicial e, por decorrência, garantir que o estado de inocência do acusado seja respeitado até o término do processo. Trata-se de um juiz especificamente designado para atuação no inquérito policial e que será responsável pela tomada de todas as decisões nessa fase investigativa, tais como a concessão de medidas cautelares, a determinação de prisões provisórias, a prorrogação do prazo da investigação e o recebimento da denúncia ou queixa.

Atualmente, em quase todas as comarcas do país, o magistrado que atua como fiscal da atividade policial é o mesmo que acompanha a instrução e julga o processo, o que permite sua contaminação pela prova que deferiu ou acompanhou a produção em sede de inquérito policial. A fórmula do juiz das garantias foi cunhada justamente para impedir essa contaminação e proporcionar ao magistrado responsável pelo julgamento uma avaliação livre de influências externas, o que dá protagonismo às provas produzidas na instrução processual.

Apesar da clareza do conceito e da absoluta compatibilidade com a sistemática trazida pelo atual artigo 3-A e pela Constituição Federal, a figura do juiz das garantias virou palco de múltiplas controvérsias desde antes da entrada em vigor da lei 13.964/19. Os que são contrários à sua implementação costumam argumentar que a lei teria avançado sobre matéria de organização da magistratura, e, portanto, seria inconstitucional; que a alteração aumentaria a morosidade do processo já que o caso precisaria ser reestudado pelo juiz da instrução e, principalmente, que a implantação seria inexecutável em inúmeras varas do país, que possuem apenas um magistrado.

Os defensores da medida, por outro lado, demonstram que a lei 13.964 apenas criou uma nova modalidade de impedimento para os juízes que atuaram em sede inquisitorial, e, portanto, estabeleceu uma nova regra processual e não de organização judiciária e que o próprio dispositivo estabelece o rodízio de magistrados quando há

apenas uma vara, determinando que o magistrado seja juiz de garantia dos inquéritos das comarcas vizinhas e juiz da instrução dos seus próprios processos.

O questionamento imposto à medida realmente não encontra guarida, sobretudo quando analisamos o cenário internacional e o fato de que um sistema correlato está em plena execução na capital do estado de São Paulo. Quando observamos o contexto internacional, vemos que figuras análogas ao juiz das garantias foram implementadas há tempos em vários países do globo, tais como a Alemanha, que prevê a figura do “juiz investigador” em seu Código de Processo penal (StPO); a Espanha, que instituiu pelo artigo 622 do Código de Processo Penal a figura do “juiz instrutor”, também responsável pela fase investigativa e cuja participação se encerra com o início da ação penal; Portugal, que também possui um chamado “juiz da instrução” e a Itália com o “juiz das apurações preliminares”, responsável por garantir a legalidade do procedimento anterior à instrução.

Quando analisamos a situação da cidade de São Paulo, a viabilidade da medida torna-se ainda mais perceptível pela existência do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), em exercício desde 1985. O DIPO foi instituído pelo provimento 233 do Conselho Superior da Magistratura e trata-se de um departamento do poder judiciário exclusivo para atuação em sede investigativa. Os magistrados responsáveis pelo DIPO em São Paulo garantem a legalidade das medidas tomadas no Inquérito Policial, são responsáveis pela prorrogação dos prazos e a concessão de medidas excepcionais até o encerramento definitivo da investigação e, após o oferecimento da denúncia, o processo é enviado para uma das varas criminais da capital e prossegue sob a tutela de um novo magistrado.

Percebe-se, portanto, que apesar da hesitação advinda da inovação legislativa e, diga-se, reforçada pela nomenclatura escolhida para o instituto, a figura do juiz das garantias não inaugura um procedimento desconhecido pela nossa sistemática atual e, inclusive, é adotado de maneira absolutamente funcional na principal capital financeira do país. Entendemos, assim, com todo o respeito aos doutrinadores que entendem o oposto, que a figura não só é extremamente necessária do ponto de vista principiológico e sistemático - eis que legitima a imparcialidade judicial -, como absolutamente exequível do ponto de vista administrativo.

O argumento de que a celeridade processual seria comprometida eis que o juiz da instrução teria que analisar o processo novamente tampouco convence, porque sequer há indício de uma piora na velocidade de apuração dos processos criminais da cidade de São Paulo. Mais do que isso, e conforme será melhor demonstrado em item específico, a alteração trazida pela lei 13.964 também passou a determinar que os autos do inquérito sejam arquivados e que não sejam distribuídos ao magistrado instrutor, o que incapacita a alegação de que as provas serão analisadas em duplicidade, comprometendo o tempo de tramitação dos autos.

No mais, entendemos que a principiologia processual penal não permite a ultrapassagem de garantias constitucionais invioláveis como a imparcialidade e o estado de inocência por uma presunção sobre o comprometimento da celeridade, seja por qual motivo for. O que se espera de qualquer juiz, principalmente quando lidamos com a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, é a análise mais atenta possível, ainda que para isso seja necessária a releitura dos autos por uma, duas ou três vezes.

Sobre a necessidade do instituto, o principal ponto que justifica sua criação é a necessidade de garantir a imparcialidade objetiva do magistrado, como já mencionado. Trata-se de um tema que recorrentemente tem sido analisado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e que é incompatível com um sistema em que o juiz participa da produção probatória no inquérito, já que existe uma vinculação psicológica com as decisões proferidas anteriormente, ainda que de forma inconsciente.

Os críticos da figura do juiz das garantias costumam afirmar pela falta de comprovação dessa vinculação psicológica e que o juiz, ainda que tenha participado da apuração em sede de inquérito policial, consegue ser absolutamente imparcial ao julgar os autos. Aury Lopes Jr (2017, p.18) analisa bem essa questão sob o ponto de vista psicológico ao demonstrar que o “*indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência (consonância) entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes)*” e que “*quando se recebe uma informação contraditória sobre alguém, o caminho cognitivo espontâneo é o da reorganização ou distorção dessa informação para se reduzir ao mínimo ou se eliminar essa incoerência e manter a percepção da pessoa congruente*”.

O Artigo 3-B, portanto, concede ao juiz das garantias a responsabilidade pelo acompanhamento das provas produzidas em sede de inquérito policial (e não a

possibilidade de autorizá-las *ex officio*), de forma a salvaguardar os direitos individuais do acusado, e em seus incisos, discrimina a amplitude das prerrogativas desse magistrado.

Apesar da importância do instituto para a sistemática processual penal e para garantir o respeito ao modelo acusatório instituído constitucionalmente e por via do artigo 3A, o artigo 3B e todos os seus incisos também se encontram suspensos por liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.

Inciso I: O inciso I do artigo 3B impõe como primeira incumbência do juiz das garantias ser comunicado sempre que uma prisão é efetuada em momento pré-processual, seja ela de caráter preventivo, temporário ou até mesmo em caso de flagrância.

Essa comunicação deriva expressamente do inciso LXII da Constituição Federal, que prevê que *“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”*.

Inciso II: Em conformidade com o inciso anterior, que determina a imediata comunicação de toda e qualquer prisão pré-processual ao juiz das garantias, o inciso II do artigo 3-B prevê que a partir da ciência da prisão em flagrante de qualquer cidadão, cabe a ele verificar se os requisitos necessários à sua configuração estão presentes e, com isso, assegurar a legalidade e pertinência da constrição efetuada.

Essa verificação será realizada em uma audiência específica, chamada de audiência de custódia, onde o magistrado terá a oportunidade de inquirir o preso diretamente sobre os motivos que ensejaram a sua captura e, com isso, avaliar a legalidade da prisão. Na mesma oportunidade o juiz deverá verificar a existência de sevícias ou qualquer outro indício de ilegalidade, objetivando sempre a salvaguarda dos direitos individuais da pessoa detida.

A lei 13.964/19 também alterou o artigo 310 do Código de Processo Penal para prever expressamente a audiência de custódia em nossa legislação.

Inciso III: Em consonância com o disposto no caput do artigo 3-B que evidencia a responsabilidade do juiz das garantias em garantir que todos direitos do preso sejam respeitados, o inciso III ressalta esse *múnus* e estabelece que o preso pode ser levado à sua presença a qualquer tempo, caso existam motivos ou indícios de violações.

Assim, caso o juiz das garantias seja informado que um preso provisório está sofrendo tortura dentro do centro de detenção, como, por exemplo, sendo-lhe tolhido o direito à alimentação, deve o magistrado requisitar que o preso seja a ele conduzido, para que a situação seja apurada adequadamente.

Inciso IV: Além da ciência sobre todas as prisões pré-processuais efetuadas, cabe ao juiz das garantias ser comunicado da instauração de toda e qualquer investigação criminal, seja ela sob a forma de Inquérito Policial ou PIC, de responsabilidade do Ministério Público.

Aqui, há que se ressaltar que a competência para acompanhamento das infrações de menor potencial ofensivo não é do juiz das garantias, mas do magistrado responsável pelo Juizado Especial Criminal, que receberá a comunicação da respectiva lavratura de termo circunstanciado.

Inciso V: Assim como compete ao juiz das garantias o recebimento da comunicação de prisões e o resguardo de sua legalidade, também-lhe compete decidir sobre a pertinência da prisão provisória ou qualquer outra medida cautelar requerida pelo Ministério Público, assim como a sua continuidade, o que será melhor explicado no subitem abaixo.

Devemos salientar, contudo, que o magistrado apenas deve se restringir ao deferimento da medida quando requerida expressamente por outra autoridade, sendo-lhe vedada toda e qualquer atuação de ofício, inclusive na conversão da prisão em flagrante em preventiva, matéria inclusive decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 590.039 e pelo Supremo Tribunal Federal no HC 188.888.

Inciso VI: O inciso VI do artigo 3-B trata-se de uma inovação inserida pela lei 13.964/19 à prorrogação de medidas cautelares, já que se passou a exigir uma audiência específica para esse fim e com o objetivo de assegurar a observância ao contraditório.

Trata-se, ao nosso ver, de uma feliz alteração escolhida pelo legislador, de sorte que o juiz terá a oportunidade de avaliar a pertinência da medida cautelar mediante a inquirição direta da parte, o que afasta o caráter mecanizado e desumanístico que caracteriza o processo penal contemporâneo. Mais do que isso, o acusado terá a oportunidade de se manifestar sobre a imposição de medida que-lhe atinge diretamente, situação inexistente na sistemática anterior à alteração.

Inciso VII: Apesar do juiz das garantias não ser o magistrado responsável pela instrução processual, havendo provas urgentes a serem produzidas, caberá a ele a avaliação sobre a necessidade. Caso entenda pela inevitabilidade da prova, deverá determinar sua produção em uma audiência específica para esse fim, devendo ser assegurado à parte contrária o contraditório e a ampla defesa, nos exatos termos de uma audiência de instrução regular.

Todo esse processo deve ocorrer apenas por requerimento das partes envolvidas, não podendo o magistrado determinar a produção de prova de ofício, ainda que reconheça sua imprescindibilidade.

Inciso VIII: O inciso determina que o Juiz das Garantias seja responsável pela prorrogação do prazo do Inquérito Policial instaurado contra investigado preso, nos termos do §2º do artigo 3-B, também alterado pela lei 13.964/19.

Antes da alteração, o artigo 10 do código de processo penal não previa a possibilidade de prorrogação do prazo de inquérito policial com o acusado preso, muito embora algumas leis específicas dispusessem orientações nesse sentido. Como o código tampouco previa a proibição dessa prorrogação, a extensão do prazo passou a ser adotada pela jurisprudência, ainda que ilegítimamente e sem qualquer tipo de limitação, razão pela qual a alteração pode ser vista com bons olhos do ponto de vista garantista.

Inciso IX: Como compete ao juiz das garantias o resguardo da legalidade da investigação, o inciso IX do artigo 3-B o atribui a competência para determinar seu trancamento quando não houver fundadas medidas que a justifiquem.

Via de regra, o pedido de trancamento do inquérito policial é feito pela defesa em sede de *habeas corpus* que, neste caso, será julgado pelo juiz das garantias, o que vale dizer, já possui aplicação análoga em São Paulo, onde os juízes do DIPO são competentes para o julgamento de *Habeas Corpus* impetrado contra ato de autoridade policial no curso do Inquérito.

A redação do dispositivo, ao nosso ver, também não impede um peticionamento direto ao magistrado para expor eventuais ilegalidades ou motivos que ensejem o trancamento da investigação.

Inciso X: O inciso concede ao juiz das garantias a possibilidade de requisitar informações e documentos à Autoridade Policial para acompanhar a investigação. Ao nosso entender, trata-se de um inciso controverso e que exige limitações, já que referida autorização confronta a essência da estrutura acusatória prevista no artigo 3A.

Como já tivemos a oportunidade de esclarecer em item anterior, o sistema acusatório busca assegurar a imparcialidade objetiva na avaliação do caso e, para tanto, impede toda e qualquer iniciativa do magistrado na busca de provas. Em outras palavras, o ônus de demonstrar a culpa é somente da acusação e o juiz sempre estará sempre em estado de inércia quanto às medidas necessárias.

Assim, entendemos que, à luz do sistema acusatório, o magistrado deve se ater à busca de informações quando o ato não sobrepor a atuação ministerial ou inaugurar a busca pela prova ou documento. A ideia aqui é o magistrado restringir essa prerrogativa à verificação da regularidade da investigação, de modo a proteger os direitos individuais da pessoa averiguada. O que não poder ser feito, por exemplo, é a requisição da expedição de ofício para a produção de provas que ainda não foram determinadas pela autoridade policial ou, até mesmo, requeridas em cota pelo membro do *parquet*.

Inciso XI: Ao juiz das garantias compete o acompanhamento do inquérito policial e, por decorrência, a análise de quaisquer medidas cautelares que sejam necessárias ao deslinde dos fatos e que, por representarem um tolhimento de garantias fundamentais, demandam autorização judicial.

Ressaltamos que o deferimento dessas medidas deve necessariamente decorrer de um pedido direto do Ministério Público ou da Autoridade Policial - uma vez que o juiz sempre permanece em posição de inércia - e que sua concessão deve ocorrer de forma excepcional e por menor tempo possível quanto aquelas que se prolongam no tempo.

Inciso XII: Como discorrido no item relativo ao inciso IX, compete ao juiz das garantias o julgamento de todo e qualquer *habeas corpus* impetrado no bojo do inquérito policial, inclusive preventivos, contra indiciamentos.

Inciso XIII: O artigo 149 do Código de Processo Penal determina a submissão do acusado ao exame médico-legal quando houver dúvida sobre a sua sanidade. Quando a dúvida surgir no bojo da investigação, competirá ao juiz das garantias deferir

a medida, com a ressalva que o magistrado não poderá mais atuar de ofício, em respeito à estrutura acusatória que rege o código de processo penal.

Inciso XIV: O recebimento da denúncia sempre foi palco de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, havendo divergência quanto ao efetivo momento de sua ocorrência: se, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, seria no momento em que a denúncia é oferecida ou, se nos termos do artigo 399 do código de processo penal, após a apresentação de resposta à acusação pelo réu.

O inciso sujeita ambas as avaliações à competência do juiz das garantias, que será responsável pela avaliação da denúncia – e, consequentemente, da justa causa para a ação penal - e para a designação de audiência de instrução, evento que será de competência de outro magistrado.

Inciso XV: O inciso XV do artigo 3B foi editado em absoluta compatibilização com a súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal e com o inciso XIV do artigo 7º da lei 8.906/94 (estatuto da OAB). A súmula vinculante 14 assim dispõe: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”*

No mesmo sentido prevê o inciso XIV do artigo 7º da lei 8.906/94: *“examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”*

O inciso inclusive enfatiza que o magistrado deve conceder “prontamente” o acesso aos autos e apenas excepciona a situação em que há medida cautelar em andamento o que inviabilizaria o sucesso da medida.

Inciso XVI: O inciso XVI legitima a observância do contraditório em sede de inquérito policial, autorizando ao acusado a indicação de assistente técnico para acompanhar a produção de perícia. A determinação compromete a insistência de muitos autores em reconhecer a máxima *“in dubio pro societate”* no bojo da investigação, o que, ao nosso ver é absolutamente incompatível com a sistemática do ordenamento jurídico-penal - que é regido em absoluto pelo topos do *in dubio pro reo* -, o que assegura o estado de inocência previsto constitucionalmente.

Inciso XVII: A lei 13.964/19 trouxe como um de seus destaques a figura do acordo de não persecução penal no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Trata-se de um acordo celebrado entre o Ministério Público e o acusado que, mediante o preenchimento de alguns requisitos, será sujeito a uma pena restritiva de direitos e, como consequência, terá a ação penal que tramita contra si suspensa até o integral cumprimento do acordo.

O inciso XVII concede ao juiz das garantias a incumbência de verificar a adequação do acordo bem como sua homologação, conforme a regulamentação prevista nos parágrafos 3 a 8 do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Inciso XVIII: Por fim, o último inciso do artigo 3B esclarece que qualquer ato que exija manifestação judicial em sede de inquérito policial ficará a cargo do juiz de garantias.

Como já mencionado anteriormente, o caput do artigo 3B bem como todos os seus incisos estão atualmente suspensas pela liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.

Parágrafo 1º: O dispositivo foi objeto de veto presidencial que foi derrubado pelo congresso nacional em abril de 2021. Trata-se de uma previsão positiva em nosso ordenamento, vez que encerra a polêmica até então vigente e impede a realização de videoconferência em audiência de custódia, o que em nossa opinião deslegitimaria a finalidade do instituto. A audiência de custódia é, sobretudo, um procedimento destinado à averiguação de eventuais ilegalidades perpetradas no momento da lavratura do flagrante, estando inclusas torturas ou outras ações que possam macular a integridade corporal do preso. Diante disso, faz-se imprescindível a presença *in loco* do acusado, perante o juiz, para que possam ser identificadas eventuais equimoses ou indicativos de que o acusado teria sofrido algum tipo de sevícia. Além disso, a presença física perante o magistrado impede que seja feita alguma coerção, o que poderia acontecer por parte de uma autoridade que estaria no mesmo ambiente em que o preso, mas fora do campo de visão da câmera.

Sobre o tema, há que se ressaltar que não se está contestando a idoneidade dos agentes públicos, muito pelo contrário. Parte-se aqui, apenas da premissa que o ordenamento jurídico deva ser estruturado de forma a não abrir espaço para ilegalidades, sejam elas excepcionais ou não.

Parágrafo 2º: Conforme mencionamos quando do estudo do inciso VIII do artigo 3-B, compete ao juiz de garantias a prorrogação do prazo do inquérito policial que tramita em desfavor de acusado preso, previsão esta que, até o momento, inexistia na nossa lei processual penal.

A maior questão que o dispositivo carrega é a possibilidade de sua aplicação a ritos que já previam referida alteração (tal como a lei de drogas que prevê uma prorrogação de mais 30 dias) ou, em outras palavras, se será considerada uma revogação tácita dos outros dispositivos ou se o princípio da especialidade prevalecerá.

A jurisprudência se divide sobre a questão e não há jurisprudência pacificada a respeito pois, como já ressaltado, o dispositivo encontra-se suspenso por liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Generalidades: O artigo 3-C delineia a competência do juiz das garantias quanto às espécies de infrações penais e apenas excepciona as de menor potencial ofensivo, que se submetem ao rito sumaríssimo previsto na lei 9099/90.

Apesar disso, em sede liminar nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, o Ministro Dias Toffoli determinou que a figura não seria aplicada nos processos de competência originária dos tribunais previstos na lei 8038/90, nos processos de competência do tribunal do júri, nos casos de violência doméstica e familiar e nos processos de competência da justiça eleitoral, o que inaugurou o debate sobre a possibilidade do

judiciário impor limitações ao texto legal em absoluta contrariedade à literalidade do artigo.

Ao nosso entender e assim como disserta Fabretti e Smanio (2020, p.77), tal possibilidade não nos parece aceitável.

Assim como o artigo 3-B, o dispositivo também se encontra suspenso pela liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.

Parágrafo 1º: O parágrafo 1º apenas reafirma a competência atribuída ao juiz das garantias, que será responsável pelo acompanhamento do caso até o recebimento da denúncia nos termos do artigo 399 do Código de Processo Penal. A partir daí, os autos serão encaminhados ao juiz da instrução e toda e qualquer matéria pendente ficará à cargo deste magistrado, que será responsável pelos autos até a prolação de sentença.

Parágrafo 2º: O §2º esclarece o caráter excepcional das medidas cautelares decretadas no inquérito, que a todo momento do processo devem ter sua pertinência avaliada porque a violação de garantias fundamentais é resultado de sua autorização. Assim, quando os autos forem distribuídos ao juiz da instrução, ele deverá reavaliar a necessidade de continuação das medidas concedidas anteriormente.

Além disso, o dispositivo também prevê que o prazo máximo do reexame será de 10 dias, o que, ao nosso entender, quando ultrapassado tornará a medida ilegal.

Parágrafo 3º: Trata-se de uma disposição inovadora em nossa sistemática processual penal, em que o inquérito policial não será encartado aos autos do processo, como era no modelo anterior, mas apenas as medidas de obtenção de prova e as provas irrepetíveis e urgentes que foram antecipadas no decorrer da investigação.

O objetivo do dispositivo é proporcionar a imparcialidade do juiz da instrução e, portanto, não o contaminar com as provas produzidas exclusivamente em sede de inquérito policial.

A inovação traz perguntas pertinentes, sobretudo quanto à possibilidade de utilização de provas produzidas no inquérito para comprovar a inocência do acusado. Ao nosso entender, não haveria óbice de se conceder à defesa a se valer do contraditório e utilizar material colhido em fase inquisitorial para comprovar a inocência do réu. Isso porque impedir a utilização desse material caracterizaria

absoluto cerceamento de defesa o que comprometeria princípios constitucionais invioláveis como o contraditório e a ampla defesa.

Parágrafo 4º: Apesar da manutenção dos autos do inquérito na secretaria da vara do juiz das garantias, o parágrafo 4º do artigo 3-C autoriza às partes o acesso a esse material, justamente para que possam utilizar em ações específicas como o *habeas corpus* e, até mesmo, conforme nosso entender, para legitimar o pleno exercício do direito de defesa do acusado no decorrer da instrução.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Como tivemos a oportunidade de comentar no item relativo ao caput do artigo 3-B, o artigo 3-D esclarece a natureza do instituto do juiz das garantias como uma causa de impedimento do magistrado que atua no inquérito policial, ou seja, trata-se de uma norma de caráter processual penal e não, como dizem os opositores da figura, uma norma de organização judiciária.

Apesar disso, assim como os outros artigos comentados anteriormente, o dispositivo se encontra suspenso pela liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, cujo cerne da controvérsia reside justamente na suposta inconstitucionalidade do dispositivo por promover normas de organização judiciária e a criação de um “novo juízo”.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

O artigo 3-E corrobora o disposto no comentário anterior, no sentido de que o instituto será implementado conforme as normas de organização judiciária e, portanto, que traz apenas de normas processuais, que serão complementadas por aquelas.

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Como consequência da previsão do artigo 3-A no sentido de que o juiz das garantias será responsável pela legalidade da investigação e dos direitos individuais do acusado, o artigo 3-F delega a esse magistrado a responsabilidade por salvaguardar a imagem do preso, sob pena de responder pessoalmente civil, administrativa e criminalmente.

O objetivo do dispositivo é reforçar os outros direitos do preso que não foram atingidos pela perda da liberdade e, especificamente, o direito à sua imagem - tal como qualquer outro cidadão –, impedindo com que as emissoras e a mídia de uma maneira geral explorem o incidente ou a imagem do acusado.

REFERÊNCIAS

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco A. F. **Processo Penal Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRITO, Alexis Couto de. **argumentação jurídica e tipicidade**. Do entimema na teoria da imputação penal. DELICTAE, Vol. 5, Nº. 8, Jan. - Jun. 2020.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **O Juiz das garantias projetado pelo novo CPP**. V.7, n.40, Porto Alegre: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: REFORMAS penais: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS. Coordenação de Fabrício Dreyer de Ávila POZZEBON, Ruth Maria Chittó GAUER, Alexandre WUNDERLICH. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. **Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva**. São Paulo: Boletim IBCCRIM, v. 28, n. 330, 2020.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. **"Lei anticrime"**: uma leitura possível a partir do garantismo jurídico-penal. São Paulo: Boletim IBCCRIM, v. 28, n. 331, 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. **O juiz das garantias**. V.10, Porto Alegre: Revista de Estudos Criminais, n. 43.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. 2ed. Madrid: Civitas, 1997.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Comentários ao pacote anticrime**, 1º ed. São Paulo: atlas, 2020.

TÍTULO II – DO INQUÉRITO POLICIAL

Walter Francisco Sampaio Filho¹
(arts. 4º ao 14)

O inquérito policial é uma peça processual – porque está dentro da estrutura da *persecutio criminis* – muito desconsiderada pela doutrina, não obstante a importância que exerce no processo penal.

Considerando o processo como todo o desenvolvimento da atividade persecutória do Estado, em estrita obediência aos direitos e garantias individuais, não há como negar o caráter processual do inquérito policial, não obstante seu aspecto mitigado diante de sua especialidade. Nesse sentido, já decidiu o então Ministro Celso de Melo:

A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal, não autoriza a polícia judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não pode mais ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. (STF, HC 73.271-2. 1ª Turma. Relator: Ministro Celso de Melo. j. 19.03.1996. p. 4.10.1996)

Trata-se de procedimento investigatório que tem por objetivo a apuração da infração penal. Investigatório porque realizado pela Polícia Judiciária (Civil ou Federal) com o objetivo de conhecer a verdade sobre fato em tese criminoso. A busca da prova da materialidade do fato e os indícios da autoria podem levar às seguintes conclusões: o fato não existiu; se existiu, não é criminoso; o fato existiu, é criminoso e as provas convergem para determinada pessoa; ou, é criminoso e as provas não convergem para determinada pessoa. Enfim, o objetivo do inquérito policial é encontrar a verdade dos fatos e levá-la ao conhecimento do Ministério Público, *dominus litis*, a fim de que tome as providências cabíveis: oferecimento da denúncia;

¹ Advogado, delegado de polícia aposentado da Polícia Civil de São Paulo, professor de Direito Penal e Direito Processual Penal, especialista em Educação à Distância, Mestre em Direito Constitucional.

pedido de arquivamento; pedido de devolução à polícia para diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; ou, acordo de não persecução penal.

Na magistral lição de Aury Lopes Júnior, *o inquérito policial nasce da mera possibilidade, mas almeja a probabilidade*. (LOPES JR, 2013, 288) Exatamente isso, nasce da *notitia criminis*, ou seja, do *fumus comissi delicti* e se direciona à busca da verdade.

Sua natureza jurídica é procedimento investigatório, presidido por autoridade policial – delegado de polícia.

Possui as seguintes características básicas:

a) Sigilosidade. O inquérito policial é sigiloso em sua essência, seja em respeito à investigação a fim de que o suspeito não possa praticar atos contrários à busca da verdade, seja para proteger o suspeito que ainda não possui culpa formada. Contudo, o artigo 20 do CPP permite que essa característica seja excepcionada. Mas, não se pode esquecer do crime de abuso de autoridade previsto no artigo 38, referente à antecipação realizada pelo *responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação*. Abrindo parênteses em relação a essa divulgação indevida, o correto seria que as autoridades públicas se abstivessem de passar informações à imprensa acerca de investigações, acusações e até condenações. A liberdade de imprensa deve ser garantida para que ela busque as informações por todos os meios, exceto por meios das autoridades e funcionários públicos.

b) Discricionariedade. Na apuração da verdade sobre fato em tese criminoso, tem a autoridade policial, respeitando os direitos e garantias individuais e a atribuição que lhe compete, a possibilidade de praticar os atos investigatórios no melhor momento para a coleta de informações. A exceção são as provas ilícitas e o interrogatório do preso no período do repouso noturno, nos termos do art. 18 da Lei 13.869/2019 (Lei de abuso de autoridade).

c) Instrumentalidade. Não obstante se trate de procedimento investigatório, ou, justamente em razão dessa circunstância, deve o inquérito policial ser célere, ágil, efetivo e, para tanto, não pode se ater a formalismos cartoriais que o atrapalham e colaboram apenas para o procrastinamento do resultado da investigação. Aliás, nesse

sentido, a Lei 13.869/2019 – Lei de Abuso de Autoridade - em seu artigo 31, previu tal conduta como criminosa, desde que, evidentemente praticado com dolo e de forma injustificada.

O inquérito policial é subserviente aos princípios que regem o processo penal, sejam eles constitucionalmente processuais ou processualmente constitucionais, dentre os quais:

Legalidade: o inquérito policial somente poderá ser instaurado quando houver a notícia de fato, em tese criminoso, havendo o mínimo legal para se saber que a conduta de amolda a algum tipo penal. Instaurado, deve revestir-se do respeito aos direitos e garantias individuais, bem como às leis que tratam a matéria objeto de investigação.

Oficialidade: a Polícia Judiciária, formada pela Polícia Civil e Polícia Federal, é órgão estatal. A primeira está na organização dos Estados e do Distrito Federal, enquanto a segunda é órgão da Administração Pública Federal. A diferença entre ambas diz respeito à área de atuação. Mas de qualquer forma a *persecutio criminis* somente se dará por meio de órgãos oficiais, pertencentes à Administração Pública. Excluem-se da atribuição dessas duas polícias os crimes militares.

Obrigatoriedade: a instauração de inquérito policial em face de crime de ação penal pública incondicionada, quando não se tratar de infração de menor potencial ofensivo, é dever da autoridade policial, não lhe facultando a lei optar pela não instauração. Sua atuação *ex officio* é imperativa sempre que houver notícia de fato, em tese criminoso. Se não houver elementos mínimos para tanto, deverá a autoridade policial, diligenciar para sua coleta.

Imediatidade: o crime, quase sempre, deixa vestígios que necessitam ser coletados imediatamente sob pena de desaparecerem. Mas não é só. As lembranças somem também. Por essa razão há necessidade de que a investigação seja célere e efetiva. Por isso, a autoridade policial tem a discricionariedade de produzir a prova o mais rápido possível, independentemente de se tratar de dia útil.

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

A polícia judiciária está prevista na Constituição Federal em seu artigo 144, § 4º, dispondo: *às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.* (g)

A lei 12.830 de 20 de junho de 2013, ao dispor sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, em seu artigo 2º, § 1º, reconhece que a investigação criminal se dá por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, objetivando a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. Portanto, apuração das infrações penais e sua autoria se referem à prova da materialidade do fato e indícios de autoria.

Delegados de Polícia de carreira são os integrantes das Polícias Civis (estaduais) e Polícia Federal, cujas atribuições vêm descritas na Constituição Federal e na Lei 10.446/2002. Tais atribuições referem-se especificamente às autoridades policiais federais, restando às polícias estaduais – civis – a atribuição residual ou supletiva, ou seja, o que não for de atribuição da Polícia Federal é de atribuição da Polícia Civil, exceto as infrações militares.

Todavia, tratando-se de atribuição e não jurisdição – esta, própria das autoridades judiciárias -, não há nulidade quando a investigação é realizada por órgão sem atribuição para tanto. Por exemplo, a Polícia Civil realiza uma apreensão de drogas que ingressou no território nacional por meio de tráfico internacional. Deve-se respeitar o princípio do juiz natural, realizando todas as comunicações ao Juiz Federal competente, mas a investigação se confirmou pela polícia estadual. De igual forma pode ocorrer com a Polícia Federal que, em investigação, se depara com fato de competência da Justiça Estadual.

O ideal seria a existência de acordo de cooperação entre as polícias dos diversos entes federativos entre si e Polícia Federal, a fim de que, nessas situações a investigação seja entregue a quem possui atribuição, vez que outras investigações podem decorrer.

A Lei 10.446/2002 estabeleceu situações em que é possível a apuração do fato

criminoso pela Polícia Federal, não obstante tratar-se de atribuição das polícias estaduais, *sempre que houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme*. São elas:

- a) Sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro, desde que o agente tenha sido impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima;
- b) Formação de cartel, nos termos do artigo 4º, I, letra *a*, II, III e VII, da Lei 8.137/90;
- c) Se tratar de violação a direitos humanos que o Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte;
- d) Crimes de furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios de atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação;
- e) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado;
- f) Furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios de atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação; e,
- g) Quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.

É uma lei totalmente aberta, deixando a impressão que bastaria o interesse do Ministro da Justiça, o que, *data venia*, pode criar problemas institucionais entre os órgãos policiais dos Estados, inviabilizando a correta apuração dos fatos. Certamente o acordo de cooperação entre as instituições traria resultados satisfatórios.

Importante comentar acerca da *investigação defensiva*, ainda muito criticada por alguns autores, presente no Projeto do novo Código de Processo Penal – ar. 13, PL 156/09). Trata-se de poderes conferidos ao investigado ou acusado para, por sua conta e risco, proceder à investigação dos fatos objetivando a produção de provas que lhe sejam favoráveis.

Em que pese a opinião sempre magistral de Renato Brasileiro de Lima, ousamos discordar quando afirma que a faculdade da defesa concedida pelo artigo 14 do CPP limita o advogado ao rumo tomado pela autoridade policial na investigação. Isso porque, havendo informações ou informes, num termo mais técnico, da existência de qualquer tipo de prova que possa, se não inocentar, mas também mostrar circunstâncias que favoreçam a situação do investigado, é dever da autoridade policial determinar em

respeito aos princípios do devido processo legal substantivo, ampla defesa e contraditório, mesmo que este seja mitigado pela característica do inquérito policial.

Não é possível em pleno século 21, com a Constituição Democrática, mantermos ainda uma visão policialesca na qual o papel da polícia é apenas de encontrar o *culpado*. A própria exegese da atribuição da Polícia Judiciária nos faz entender seu caráter democrático e de obediência à Lei Maior.

Dessa forma, totalmente pertinente a possibilidade de o investigado procurar as provas de sua inocência, embora, deva ser esse o papel do Estado por meio da Polícia Judiciária, num inquérito policial totalmente voltado à verdade dos fatos. Mesmo se permitindo que o investigado o faça, imaginamos apenas aqueles que possuem condições financeiras para tanto. Mas e os menos afortunados, os pobres, como o farão? Terá o acusado poderes para notificar testemunhas, requisitar documentos?

Outro ponto interessante quanto à investigação, mas não em relação ao inquérito policial, é o procedimento investigatório criminal promovido pelo Ministério Público. *Concessa maxima venia*, mas não concordamos com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela legalidade de tal ato. De qualquer forma aí está e, o pior, regido por uma Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução n. 13/CNMP). Atividade extremamente importante porque afeta o *status dignitatis* do indivíduo, é regulamentada por Resolução de órgão administrativo e não por lei.

O parágrafo único do artigo 4º, CPP, afirma que a instauração do inquérito policial não exclui a de outras autoridades administrativas. Agiu corretamente o legislador, pois temos apurações que são levadas a efeito nas Comissões Parlamentares de Inquérito que, embora autoridades legislativas, possuem constitucionalmente tal atribuição. De igual forma podemos afirmar em relação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Comissão de Valores Mobiliários, devendo haver entre os diversos órgãos troca de informações a fim de que a investigação surta o efeito desejado: a verdade.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterá sempre que possível:

- a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;
- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;
- c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

A persecutio criminis inicia-se com a *notitia criminis*. É a partir da notícia do crime que o Estado inicia, por meio de seus órgãos de segurança pública, a apuração da infração penal e sua autoria. E essa *persecutio* pode se iniciar antes da instauração do inquérito policial.

A notícia do crime pode ser de cognição imediata; de cognição mediata; de cognição coercitiva; por *delatio criminis*; e, por *notitia criminis* inqualificada.

O dispositivo trata no *caput* dos crimes de ação penal pública – incondicionada e condicionada -, ou seja, aqueles cuja titularidade é do Ministério Público para a ação penal. Com relação à ação penal pública condicionada – à requisição do Ministro da Justiça nos crimes contra a honra do Presidente da República ou à representação do ofendido ou seu representante legal – de acordo com o § 4º -, o início do inquérito policial não poderá ser iniciado sem que essa condição esteja presente. Trata-se de condição de procedibilidade para a instauração do inquérito policial. Sem a representação a instauração do inquérito policial é ilegal, passível, inclusive de responsabilização criminal da autoridade policial, nos termos do artigo 30 da Lei 13.869/2019 – Lei de Abuso de Autoridade.

O inquérito policial será iniciado **de ofício**, em respeito ao princípio da obrigatoriedade, quando a autoridade policial tomar conhecimento da existência de fato criminoso, seja ele, crime ou contravenção penal. É a *notitia criminis* de cognição imediata. Não há necessidade de se ter conhecimento do autor do crime, vez que essa é uma das atribuições do inquérito policial, presidido pela autoridade policial.

Sendo o delegado de polícia servidor público pertencente ao Poder Executivo, suas determinações para que seus subordinados cumpram deve se dar por meio de um instrumento legal chamado Portaria. É, portanto, por meio de Portaria que o delegado de polícia dá início ao inquérito policial e determina as primeiras providências a serem realizadas.

Importante destacar que é necessário haver, para o início do inquérito policial, o mínimo necessário da existência da infração penal. O fato deve ser em tese criminoso. A instauração do inquérito policial não pode ser mera vontade da autoridade policial para sua satisfação. Deve possuir informações mínimas acerca do fato criminoso para justificar a instauração, jamais deve ser instaurado de forma leviana. Até porque em ocorrendo a instauração sem o mínimo necessário, a conduta da autoridade policial poderá ser considerada como abuso de autoridade – artigos 27 e 30 da Lei 13.869/2019.

É a *delatio criminis* inqualificada de que trata Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2020, 218), tendo os tribunais superiores já se posicionado a respeito.

Nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal;

HABEAS CORPUS. “DENÚNCIA ANÔNIMA” SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIIS NÃO DECORRENTES DE “DENÚNCIA ANÔNIMA”. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada “notícia anônima”, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada. (STF. HC 99.490 – SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. j. 23.11.2010. p. 01.02.2011.

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou com conteúdo análogo:

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA.

INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL.
POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.
IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS
DA ÁRVORE ENVENENADA. NULIDADE DE PROVAS
VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO
PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM
PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima.

2. "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ" (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07).

3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal).

4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada".

5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus.

6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no

entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada.

Na Portaria deve a autoridade policial demonstrar a forma pela qual tomou conhecimento do fato, em tese criminoso, e descrevê-lo de forma que se saiba tratar de fato típico.

Outra forma de o inquérito policial iniciar *ex officio* é pelo auto de prisão em flagrante delito, vez que, ao entender que contra o conduzido há prova da materialidade do crime, indícios de autoria e estado de flagrância, deliberando pela autuação, consequentemente instaurará o inquérito policial. Trata-se de *notitia criminis* de cognição coercitiva.

O inciso II refere-se à instauração de inquérito policial por **requisição da autoridade judiciária** - *notitia criminis* mediata, provocada. Requisitar é determinar que algo seja realizado, respeitada a legalidade. Portanto, se a requisição estiver eivada de ilegalidade, é possível que a autoridade policial deixe de cumpri-la, pois a ninguém é imposto o dever de cumprir ordem manifestamente ilegal. A título de exemplo, pode-se citar a requisição de instauração de inquérito policial cujo crime está prescrito, ou, em se tratando de ação penal privada, ocorreu a decadência.

Esse dispositivo já foi muito discutido quanto a sua constitucionalidade em razão do princípio da imparcialidade. Para Aury Lopes Filho *a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa provatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor e a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.* (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 442)

Essa questão é vista de forma diversa quando o juiz envia cópias que possui de determinado processo à autoridade policial a fim de que analise e decida acerca da instauração de inquérito policial. Seria o mesmo que encaminhar ao Ministério Público para analisar os fatos. Não há determinação da autoridade judiciária para isso.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

Note-se que a conclusão alinha-se ao entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que a simples remessa dos autos pelo Juiz à

autoridade policial para que se apure prática delitiva descoberta no bojo de um procedimento não macula sua imparcialidade para o eventual e posterior processamento da ação penal decorrente. E isso porque, ao assim agir, o magistrado cumpre com seu regular dever de informar possíveis práticas ilícitas, sem expressar antecipado juízo de valor, ficando a cargo dos órgãos competentes a averiguação dos fatos.

Cremos que com o *novel* disposto no artigo 3º-A do Código de Processo Penal, o juiz não poderá mais requisitar instauração de inquérito policial, pois o legislador – acertadamente – reconheceu a estrutura acusatória do processo penal, vedando ao juiz a iniciativa na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Portanto, não poderá mais o juiz, de ofício, requisitar a instauração de inquérito policial, decretar medidas assecuratórias reais – sequestro, arresto, hipoteca legal – pessoais – prisão preventiva, como também não poderá determinar a produção de prova, incumbência da acusação.

Na verdade, algumas decisões dos tribunais já caminhavam nesse sentido, mas alguns juízes insistiam na presidência total da *persecutio criminis*, determinando à autoridade policial a realização de atos que incumbem somente a quem detém o poder investigativo e ao *dominus litis*.

Basta lembrar que na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570 requerida pelo Procurador- Geral de República em que se discutia a figura do “juiz de instrução” prevista na Lei 9.034/95 que tratava dos meios operacionais para a prevenção e pressão de ações praticadas por organizações criminosas, na qual havia a possibilidade de o juiz pessoalmente realizar diligência investigatória, de relatoria do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Maurício Correa, decidiu-se:

Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. (STF, ADI 1.570-2. Relator: Ministro Maurício Correa. j. 12.02.2004.)

Portanto, numa interpretação sistemática e, cremos ainda, conforme a Constituição, não pode a autoridade judiciária requisitar instauração de inquérito

policial. Poderá, outrossim, encaminhar peças ao representante do Ministério Público ou ao delegado de polícia para as providências que entenderem necessárias.

A **requisição de inquérito policial pelo Ministério Público** é medida que mais se coaduna com o sistema acusatório. Sendo ele o *dominus litis* e, verificando que as informações que possui não são aptas ao oferecimento da denúncia, requisita à autoridade policial com atribuição para a investigação, a instauração do inquérito policial.

Como dito acima, a autoridade policial não deverá cumprir a requisição se se mostrar manifestamente ilegal, como por exemplo, requisição de instauração por crime já prescrito.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXIV, alínea “a”, assegura *a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*. O Código de Processo Penal já assegurava ao ofendido ou seu representante legal o direito de requerer a instauração de inquérito policial. Nada mais óbvio que o maior interessado no fato criminoso possa buscar junto aos órgãos de segurança pública a solução de seu problema, pois decorre do sistema democrático que o Estado admite para sua organização.

Assim, o ofendido ou seu representante legal poderão requerer a instauração de inquérito policial, devendo, se possível, informar o fato e todas as suas circunstâncias, bem como a identificação de seu autor ou a forma como pode ser identificado e a existência de testemunhas do fato, indicando seus nomes, qualificações, profissão e endereço, a fim de que possam ser localizadas.

É evidente que tais informações, consoante dita o dispositivo, sempre que possível, pois a vítima pode não ter tais informações e isso não pode ser empecilho ao da *persucutio criminis*, pois o dever de investigação é da polícia judiciária e não da vítima.

Em razão do princípio da obrigatoriedade, tratando-se de ação penal pública, não poderá a autoridade policial deixar de iniciar a investigação criminal e instaurar o inquérito policial, salvo, nos casos em que o fato evidentemente não constitui crime, ocorreu a decadência ou a prescrição ou outra situação que o impeça legalmente.

Mas, tratando-se de fato em tese criminoso, em que não ocorreu nenhuma situação impeditiva do início da *persecutio*, deixando a autoridade policial de instaurar o inquérito policial, sua conduta é passível de recurso ao “chefe de polícia”. Evidente que o Código de Processo Penal, discutido na década de 1930 e aprovado no início da década de 1940, quando entrou em vigor, conhecia a *chefatura de polícia*, órgão inexistente atualmente em razão da evolução por que passou a Segurança Pública. Dessa forma, entende-se por *chefe de polícia* o superior imediato do delegado de polícia com atribuição para a instauração do inquérito policial – delegado seccional de polícia, delegado regional de polícia, diretor de polícia, etc.

Aliás, a conduta da autoridade policial que não instaura o inquérito policial quando presentes os requisitos mínimos para a investigação, pode, em tese, tipificar crime de prevaricação – art. 319, CP.

A Constituição Federal, ao tratar da Segurança Pública, no *caput* do artigo 144, dispõe que ela é *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*. Por esse dispositivo constitucional tem o indivíduo – qualquer pessoa – direito de **comunicar à autoridade policial a existência de infração penal** da qual teve conhecimento - § 3º. Antes de tomar qualquer providência, é dever da autoridade policial certificar-se da veracidade da informação e, se realmente é fato em tese criminoso. Importante ressaltar que as pessoas não têm conhecimento técnico acerca de se tratar o fato de crime ou contravenção, exigindo análise da autoridade policial para tanto.

Não se deve confundir essa comunicação de que teve conhecimento de um fato, em tese, criminoso com a denúncia caluniosa (art. 339, CP), lembrando que nesta, o agente, agindo com dolo dá causa à instauração de inquérito policial, imputando a alguém a prática de crime de que sabe ser inocente.

Por isso é importante que a autoridade policial ao tomar conhecimento de fato levado ao seu conhecimento por qualquer pessoa, inclusive o ofendido, verifique se realmente o fato narrado se trata de crime em tese.

Há um erro no dispositivo ao mencionar que a autoridade policial *mandará instaurar inquérito policial*. Na verdade, quem instaura o inquérito é a própria autoridade policial, que determina sua autuação e tomada de providências investigatórias que o caso exige.

Outro ponto interessante é que somente poderá ser instaurado inquérito policial se se tratar de ação penal pública incondicionada (*notitia criminis* postulatória), embora o dispositivo não trate dessa forma. Mas é a interpretação que se retira ao analisar o § 3º juntamente com o § 4º do artigo 4º, CPP. Isso porque, em se tratando de ação penal pública incondicionada há necessidade de que a condição de procedibilidade esteja presente: representação do ofendido ou seu representante legal; ou, requisição no Ministro da Justiça.

O § 4º do artigo 4º do Código de Processo Penal, ao exigir que o inquérito policial não seja instaurado sem que a representação esteja presente, respeitou a razão de ser do instituto da ação penal pública condicionada. Neste tipo de ação penal, é necessário que o ofendido ou seu representante legal exerça seu direito de querer a instauração do inquérito e futuramente o início da ação penal, embora possa se retratar até o oferecimento da denúncia. É a *notitia criminis* de cognição mediata ou postulatória.

O legislador entendeu que nesses casos o interesse público cede ao interesse privado e, por essa razão, deixa ao ofendido ou seu representante legal a faculdade de requerer a instauração. Assim, mesmo recebendo a informação da existência da infração penal, dependente de representação, não poderá iniciar a investigação sem a autorização do ofendido ou de seu representante legal.

Caso a autoridade policial instaure inquérito, poderá responder pelo crime de abuso de autoridade, previsto no artigo 30 da Lei 13.869/2019 – Lei de Abuso de Autoridade.

De igual forma o § 5º do presente artigo 4º do Código de Processo Penal, impede o início de instauração de inquérito policial quando se tratar de ação penal privada. Com maior razão agiu o legislador, vez que neste caso, o interesse privado é muito maior que o interesse público, sem falar do *strepitus iudicii*.

Necessário esclarecer que quando se tratar de agente detentor de foro por prerrogativa de função, é necessário que o órgão competente autorize a investigação. Assim ocorre com juízes que, para serem investigados há necessidade de autorização de seu respectivo tribunal, nos termos da Lei Orgânica da Magistratura. Os membros do Ministério Público quando agentes de infração penal, serão investigados por autorização de suas respectivas procuradorias. Os parlamentares e detentores de cargos

do Poder Executivo, para serem investigados há necessidade de autorização do Tribunal respectivo, lembrando que se os parlamentares federais ou os detentores de cargos no Poder Executivo da União, praticarem algum crime, a investigação somente ocorrerá por autorização do Supremo Tribunal Federal, conforme se verá no capítulo da competência, deste código.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

O presente dispositivo procura de forma exemplificativa, enumerar a conduta da autoridade policial quando toma conhecimento da infração penal. Parece despropiciada tal normatização, considerando que à Polícia Judiciária incumbe a apuração das infrações penais e, portanto, trabalha na produção de provas.

Atuando na produção das provas acerca do fato em tese criminoso que se lhe apresenta, deve a autoridade policial cingir-se à teoria geral das provas, para a qual vigora o princípio geral da liberdade probatória. Significa dizer que a autoridade policial não poderá produzir provas ilícitas. As demais, sejam quais forem, poderão ser produzidas, considerando o melhor momento para tanto, diante do princípio da discricionariedade.

Dessa forma o inciso I do dispositivo não tem como ser aplicado na forma e que o legislador pensou. Isso porque é impossível nas cidades maiores que a autoridade policial vá em todos os locais de crime a fim de preservá-lo aos peritos. Tal conduta poderá ser realizada por qualquer policial que primeiro chegar no local. É necessária a comunicação à autoridade policial, a qual, com as informações passadas pelo policial que atendeu à solicitação ou tomou primeiramente conhecimento do fato, tomará as medidas cabíveis. Há, inclusive, uma praxe desastrosa nos meios policiais do chamado *local prejudicado*. Nenhum local é prejudicado. Sempre haverá um vestígio que poderá auxiliar na formação da prova.

A autoridade policial, ao tomar conhecimento de um fato em tese criminoso que deixou vestígios, deverá, de imediato, requisitar o exame de corpo de delito, em respeito ao disposto no artigo 158 do CPP. Trata-se de medida importantíssima para o conhecimento da verdade.

Havendo objetos a serem apreendidos no local ou em outros lugares, deverá a autoridade policial providenciar o ato, respeitando o direito à inviolabilidade do domicílio e agir nos termos do artigo 5º, XI, da Constituição Federal e artigo 245 do Código de Processo Penal.

O inciso III é o único que trata de todas as providências. É aberto e diz respeito à produção da prova que deverá ser levada a efeito pela autoridade policial. Importante consignar que, na maioria das vezes, a autoridade policial determina a produção de algumas provas antes do início do inquérito policial. Isso em respeito ao princípio da imediatidade, pois os vestígios poderão desaparecer com o tempo e necessitam ser realizados rapidamente. É por essa razão que se afirma ser possível a *persecutio criminis* antes do início do inquérito policial. Não é possível, diante da necessidade de se produzir a prova, que se aguarde a instauração do inquérito policial.

Importante relembrar que o princípio da imediatidade na colheita das provas não poderá ensejar o interrogatório do preso durante o período de repouso noturno, sob pena de responder por abuso de autoridade – artigo 18 da Lei de Abuso de Autoridade.

Ouvir o ofendido é parte da prova. A ouvida do ofendido (vítima) é de suma importância, pois ele é quem trará as informações acerca da infração penal. Evidentemente que nem sempre será possível essa ouvida, seja porque ele pode ter falecido, seja porque esteja em estado de saúde que torne o ato impossível, seja ainda

que esteja traumatizado e sem condições de falar a respeito. É importante que a autoridade policial, nos casos em que o ofendido estiver hospitalizado, converse com o médico responsável para saber as condições de saúde e a possibilidade de ouvida, mesmo que informal. Esse contato primeiro é importante para que a autoridade policial sinta a impressão passada pelo ofendido acerca da infração penal, suas circunstâncias e o seu provável autor. Essa impressão deve ser considerada com muita cautela em razão da emoção que envolve o ofendido.

A ouvida formal do ofendido deve atender ao disposto no artigo 201 do Código de Processo Penal e a prudência deve ser sempre o melhor remédio que a autoridade policial deve ter ao chegar às conclusões sobre as informações recebidas.

O indiciamento daquele contra quem há indícios de autoria deve ser o último ato da autoridade policial na produção da prova. Por isso, o rol trazido pelo artigo 6º, CPP, além de ser exemplificativo, não segue o roteiro lógico da investigação.

Somente poderá ser indiciado aquele sobre quem convergirem as provas acerca da autoria. Por essa razão deverá ser o último ato. O indiciamento no início demonstra *predisposição em encontrar um culpado*. A investigação deve seguir a técnica lógica da apuração dos fatos. Jamais se deve investigar a partir de um suspeito, mas sim a partir dos indícios deixados pela prática da infração penal. Somente dessa forma se terá uma investigação séria e um inquérito policial com credibilidade.

O artigo 2º, § 6º da Lei 12.830/2013 determina que o *indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias*. Veja-se que não se trata de ato discricionário da autoridade policial, mas vinculado à existência de provas que convirjam à autoria e, para tanto, deverá fundamentar adequadamente.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

... o indiciamento é ato privativo da autoridade policial (Lei nº 12.830/2013, art. 2º, § 6º) e inerente à sua atuação, sendo vedada a interferência do Poder Judiciário sobre essa atribuição, sob pena de subversão do modelo constitucional acusatório, baseado na separação entre as funções de investigar, acusar e julgar. (STF, Inquérito 4.621-DF. Relator Ministro Roberto Barroso. j. 23.10.2018)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA.

MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida. (HC 115015, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013)

Não se olvida que o indiciamento afronta o *status dignitatis* do indivíduo, vez que passa a ser investigado e, na maioria das vezes, ele passa já a ser indevidamente rotulado como culpado de um fato que poderá vir a ser absolvido. Daí a importância da fundamentação acerca do indiciamento.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

...3. O art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/2013 dispõe que “o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

4. Evidenciada a total ausência de fundamentação no ato de indiciamento formal do paciente e de outro coinvestigado, cabe a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício para anular o ato. (STJ, RHC 55.908-SP. 6ª Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. j. 16.02.2016)

Conclui-se dos arestos acima que não é possível o indiciamento do indivíduo por meio de requisição de membro do Ministério Público ou por determinação da autoridade judiciária.

O indiciamento consiste na conclusão da autoridade policial de que as provas produzidas – pessoais, reais, periciais – convergem pela autoria de determinada pessoa. Ele concentra várias atividades, desde a identificação e qualificação do indivíduo à coleta de informações de caráter pessoal e do crime que servirão de base para alimentar o sistema policial e que permanecerá indefinitivamente no arquivo. Por isso o critério de indiciamento deve ser legal e muito bem fundamentado, pois trará ao indivíduo sérios problemas por ficar *fichado*. Talvez seria melhor que esse cadastro fosse

efetivado somente depois da condenação definitiva ou, se permitisse sua utilização somente para fins de investigação e coleta de dados, impedindo, inclusive, que faça parte do processo penal para que não interfira no livre convencimento do juiz.

Também com o indiciamento é realizado o interrogatório do indiciado. Esse interrogatório, guardadas as devidas proporções, deve respeitar as garantias constitucionais e atender aos preceitos dos artigos 185 a 196 deste código. Repita-se, guardando-se as devidas proporções.

Deve, portanto, o indiciado ter conhecimento da imputação criminal que contra ele convergem as provas, informando quais são as provas; quem o interrogará; o direito de ser assistido por advogado; não ser obrigado a responder as perguntas formuladas, sem que isso prejudique sua defesa; apresentar outras provas; e, indicar outras pessoas que tenham praticado o crime.

O artigo 7º, XXI da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB –, estabelece como direito do advogado *assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração apresentar razões e quesitos.*

A Súmula Vinculante n. 5 – *a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição* – era entendida por alguns que estendia ao inquérito policial em razão da característica administrativa que este possui. Não concordávamos com a Súmula e muito menos com sua aplicabilidade ao inquérito policial.

Renato Brasileiro de Lima, tratando dos crimes de abuso de autoridade, especial o inciso II do artigo 15 da Lei 13.869/2019, entende que a sujeição pela qual passa o investigado perante a ação estatal, exige seja assistido por profissional qualificado, vez que não possui conhecimentos necessários para insurgir-se à ação policial ou ministerial na investigação. (LIMA, 2020, 177)

Ainda, segundo o autor:

... optando o interrogando pela presença de um defensor, não mais se poderá admitir a realização de nenhum interrogatório sem a presença deste, nem mesmo aquele realizado em sede policial.

... a criação da novel figura delituosa não deixa mais qualquer dúvida acerca da necessidade da presença de um profissional da advocacia nessa hipótese. Enfim, toda e qualquer tentativa de dar continuidade ao ato poderá, doravante, não apenas acarretar a ilicitude das provas assim obtidas, mas também tipificar a figura delituosa do art. 15, parágrafo único, inciso II, da nova Lei de Abuso de Autoridade, se acaso presente, obviamente, o elemento subjetivo especial do injusto. (LIMA, 2020, p. 177)

Seria interessante a OAB enviar esforços junto às Defensorias Públicas para que o direito do indiciado seja garantido e, se for o caso, estender o convênio com advogados para que realizem tal assistência. Essa atitude permitirá que se tenha no inquérito policial o contraditório e ampla defesa, diferidos, resultando em maior credibilidade aos atos investigatórios praticados.

O legislador exige ainda a presença de duas testemunhas instrumentárias, ou seja, que tenham assistido ao interrogatório ou a sua leitura para o indiciado antes de assinar. A importância era em razão de o acusado, em juízo, quase que constantemente alegar não ter dito o que ali constava ou afirmar que havia confessado sob tortura. A partir de quando se passou a entender que a prova pessoal produzida no inquérito não vale como prova no processo penal, não há razão para essas testemunhas.

De qualquer forma, está no Código e seria importante que as autoridades policiais cumprissem *ad cautelam* de possíveis responsabilizações.

No indiciamento, também, a autoridade policial determina a identificação datiloscópica do indiciado, respeitando a previsão constitucional prevista no artigo 5º, LVIII, *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*. Trata-se de norma constitucional contida ou limitada, que exige complementação por norma infraconstitucional. Para tanto, complementa a norma constitucional a Lei 12.037/2009.

O artigo 3º dessa lei permite a identificação criminal, ainda que o indiciado apresente seu documento de identificação, quando referido documento *apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; o indiciado portar documentos conflitantes entre si; a identificação criminal for essencial às investigações policiais, assim determinado pelo juiz; constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais*.

Ainda referida lei determina que as cópias dos documentos sejam juntadas no inquérito e a identificação não pode se tornar momento de constrangimento ao indiciado e, consistirá não apenas na coleta datiloscópica, mas também, fotográfica e do perfil genético. A respeito do perfil genético, a lei traça vários cuidados que deve tomar a autoridade policial, principalmente quanto ao armazenamento em unidade oficial de perícia criminal; impedimento de revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, respeitando as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos; caráter sigiloso dos dados, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa.

Muito positivo o impedimento da menção acerca da identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou informações não destinadas ao juízo criminal, antes da sentença penal condenatória, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

De igual forma oportuna a possibilidade de o indiciado contra o qual não foi oferecida denúncia, ou foi esta rejeitada, ou foi ele absolvido definitivamente, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, evitando-se com isso constrangimentos futuros a quem consultar os autos.

Os perfis genéticos também poderão ser excluídos no caso de absolvição definitiva do acusado ou, em caso de condenação, depois de decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena, a requerimento do interessado.

Ainda decorrente do indiciamento, deverá a autoridade policial averiguar a vida pregressa do indiciado. O inciso IX, exige uma interpretação analógica, pois traz uma fórmula casuística, seguida de uma forma genérica. O objetivo do dispositivo é que se conheçam informações e detalhes que interessam às circunstâncias do crime, do ponto de vista subjetivo do autor. Também sobre a existência de filhos, suas idades e se possuem deficiência, a fim de que o juiz saiba se, em caso de prisão, permitirá a prisão domiciliar nos termos do artigo 318 e 318 deste Código.

Ainda na linha exemplificativa do artigo em comento, deverá a autoridade policial, se entender necessário, proceder ao reconhecimento de pessoas, coisas e acareações, devendo respeitar o disposto nos artigos 226 a 230 deste Código, aos quais remetemos o leitor.

Nos termos do artigo 158 deste Código, sempre que a infração deixar

vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Tratando-se de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher e violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência, o exame deverá ser realizado com prioridade, diante da importância do tema.

A exceção para a realização do exame de corpo de delito é o desaparecimento dos vestígios deixados pela infração, podendo, nesse caso, a prova testemunhal suprir-lhe a falta, nos termos do artigo 167, deste Código. O desaparecimento se dá, principalmente, quando o ofendido demora para procurar a polícia e relatar o fato criminoso.

Importante salientar, embora tal discussão ocorra no capítulo próprio, sobre a importância da realização desse exame, vez que ele tem como base os vestígios deixados que poderão desaparecer. Essa é a razão do princípio da imediatidade, em prol da investigação cristalina e com credibilidade.

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Este dispositivo também poderia ser um inciso do artigo anterior, vez que apenas sugere de forma exemplificativa a determinação dessa prova que não encontra no Título VII – DA PROVA deste Código nenhuma correspondência, como ocorre com os demais.

Algumas considerações são importantes. A princípio, o investigado não é obrigado a colaborar com essa prova. Aliás, entendemos que, não querendo, sequer deve comparecer. A autoridade policial notificará todos os envolvidos no crime – vítima (se possível), testemunhas diretas e indiretas -, requisitará os locais e objetos necessários que estão de alguma forma no contexto do crime; convidará o investigado para, se quiser, participar, vez que poderá também ser utilizado como meio de defesa e, se possível, acompanhado de seu advogado defensor; requisitará peritos para a realização do ato. Poderá a autoridade policial, se necessário, convidar pessoas estranhas aos fatos para atuarem no papel daquelas que participaram do crime.

Na verdade, não se trata de prova pericial, embora possa ser. Nada impede que

o ato seja realizado por meio de termo nos autos.

A importância da reprodução simulada dos fatos, também conhecida por reconstituição do crime, é que alguns pontos obscuros da prova poderão ser solucionados, como também a dinâmica do crime pode ser melhor entendida, tudo contribuindo para que a verdade seja melhor apresentada à autoridade policial, ao membro do Ministério Público e ao juiz, este como destinatário final da prova.

É evidente que não poderá realizar essa prova quando afrontar à moralidade ou a ordem pública. A reprodução simulada dos fatos não tem o objetivo de se transformar numa exposição sensacionalista dos atores que envolvem o crime: vítima, investigado e testemunhas.

Art. 8º Havendo prisão em flagrante, será observado o disposto no Capítulo II do Título IX deste Livro.

A prisão em flagrante, cujo estudo encaminhamos o leitor ao capítulo correspondente – artigos 301 a 310 deste Código.

Como dito acima, o auto de prisão em flagrante também inicia o inquérito policial e, apesar de todas as discussões a seu respeito, é um mal necessário, vez que determinada por autoridade policial, no calor dos fatos, sob pressão da vítima, testemunhas, imprensa, etc. É uma forma de responder aos anseios populares acerca de um fato criminoso e seu autor encontrado em condições de *quase certeza* do crime.

Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Esse dispositivo deve ser interpretado de forma evolutiva, vez que, raramente o inquérito policial será datilografado. Ainda encontramos digitados e impressos, mas a tendência, como tem ocorrido é que sejam eletrônicos, possibilitando maior celeridade e controle.

O inquérito eletrônico, seguirá o caminho do processo eletrônico, será o futuro e não há como retornar. A utilização dos vídeos também deverá ser adotada de forma constante, possibilitando melhor compreensão da prova, seja ela pessoal ou qualquer outra.

Não vemos problema na realização de oitivas e interrogatórios por meio de videoconferência, assim como ocorre atualmente com as audiências judiciais.

Portanto, o inquérito eletrônico em nada afronta o disposto neste artigo.

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

O inquérito não poderá estender ao infinito, sendo do ordenamento jurídico pátrio a limitação dos poderes estatais por meio dos mecanismos de extinção da punibilidade, dentre os quais a prescrição e a decadência. Esse dispositivo decorre do princípio da celeridade, da vedação de dilações indevidas (razoável duração do processo). Aqui, a palavra *processo* tem o sentido de *persecutio criminis*, entendendo como sendo não apenas o conjunto de atos destinados ao esclarecimento da verdade a respeito de fato criminoso, mas principalmente, entendendo a complexa intervenção estatal na vida do indivíduo a fim de investigar o fato e as condutas das pessoas: vítima, testemunhas, investigado. Assim, entende-se como processo sempre que houver ação do Estado em face do indivíduo, possibilitando cercear-lhe a liberdade, os bens ou atingir seu *status dignitatis*. Processo é toda *persecutio criminis*.

O dispositivo se aplica somente quando lei especial não dispuser de forma diferente, em respeito ao princípio da especialidade. A título de exemplo, de acordo com a Lei 5.010/66, o prazo é de 15 dias quando se tratar de inquérito por crime de competência da Justiça Federa; na Lei 11.343/2006 - Lei de Drogas -, o prazo é de 30 dias se o indiciado estiver preso e 90 dias se estiver solto.

O artigo 31 da Lei de Abuso de Autoridade – Lei 13.869/2019 – criminaliza a conduta de quem estende injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado e, diante da inexistência de prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada.

De forma geral, estando o indiciado preso, a autoridade policial deverá concluir o inquérito em 10 dias, não sendo admitida prorrogação desse prazo, salvo se houver a soltura do preso. Estando solto, o inquérito deverá ser concluído em 30 dias, e, de acordo com o § 3º, havendo necessidade, esse prazo poderá ser prorrogado. Quanto à prorrogação, não há prazo determinado pelo dispositivo legal, mas deve ser o tempo necessário para que as diligências faltantes sejam concluídas. Desse modo, ao requerer nova dilação de prazo, deve a autoridade policial informar a razão pela qual não concluiu o inquérito no prazo de 30 dias, a necessidade das diligências faltantes e quanto tempo levará para a conclusão. Evidentemente que podem ocorrer situações inesperadas que obriguem a nova prorrogação. O que não pode é que essas prorrogações sejam indevidas. Atualmente, o excesso de inquéritos e a falta de funcionários têm feito com que os inquéritos se arrastem no tempo, motivo que está além das possibilidades da autoridade policial.

O prazo é contado, quando o indiciado estiver solto, nos termos do § 1º do artigo 798, deste código, excluindo-se o dia do começo e incluindo o dia do vencimento. Estando preso o indiciado o prazo será contado na forma prevista no artigo 10 do Código Penal, computando o dia do começo.

Assim, computa-se o prazo de 10 dias para conclusão do inquérito a partir de quando o indiciado for preso preventivamente. A partir do dia da prisão inicia-se a contagem dos dez dias para que o inquérito seja concluído, sob pena de constrangimento ilegal, ilegalidade da prisão e seu relaxamento. Apesar disso o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, mesmo extrapolado o prazo legal, com o oferecimento da denúncia fica superada a discussão acerca do excesso de prazo no inquérito. É um absurdo. O Judiciário referendando o excesso.

Contudo, tendo sido relatado o inquérito e depois retornado para diligências outras, estando o indiciado preso, o caso é de revogação da prisão, sob pena de constrangimento ilegal, passível de relaxamento. Nesse sentido o Tribunal de Justiça de Goiás:

Achando-se o paciente preso preventivamente, por 47 dias, sem que o inquérito policial tenha sido encerrado e sem que haja sido oferecida denúncia, uma vez que os autos foram devolvidos à autoridade policial para a realização de novas diligências, com a finalidade de formar a opinio delicti da acusação, concede-se, de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, a ordem de habeas corpus, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal,

porque fica caracterizada a coação ilícita ao direito de liberdade do paciente, pelo excesso de prazo de 10 dias para a conclusão da investigação preliminar, previsto no artigo 10 do Código de Processo Penal, significando dizer que não há no momento elementos informativos a indicarem os indícios suficientes de autoria *fumus commissi delicti*). ORDEM CONCECIDA DE OFÍCIO. (TJGO, HC 0413155-64.2018.8.09.0000. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Itaney Francisco Campos. j. 23.10.2018. p. 23.10.2018)

Já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. INQUÉRITO POLICIAL. RÉU PRESO. EXCESSO DE PRAZO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não se pode olvidar que os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios, de maneira que eventual demora no término da instrução criminal deve ser aferida dentro dos critérios da razoabilidade, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.

2. O paciente foi preso preventivamente em 25/9/2015, de modo que não justifica a manutenção da sua custódia após passados quase 11 meses sem que haja sido oferecida denúncia, elaborado relatório minucioso pela autoridade policial (art. 10, § 1º, do CPP) ou mesmo concluídas as investigações criminais.

3. Não obstante os fatos apurados sejam dotados de especial gravidade – homicídio qualificado tentado em contexto de brigas entre torcidas organizadas de times de futebol –, certo é que tal circunstância, embora seja hábil a demonstrar a necessidade de um cuidado maior na condução dos trabalhos investigativos e a justificar a ausência de conclusão do inquérito policial, não autoriza a manutenção da custódia preventiva do paciente, que, conforme já mencionado, foi decretada há praticamente 11 meses.

4. Ordem concedida para, confirmada a liminar – que assegurou ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento final deste habeas corpus –, reconhecer o excesso de prazo e determinar a sua imediata soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de continuidade das investigações policiais. (STJ, HC 343.951 – MG. 5ª Turma. Relator: Ministro Rogerio Shietti Cruz. j. 16.08.2016.

Discussão interessante quando se trata de prisão temporária, hoje tão deformada na sua interpretação. A prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89 permite a prisão por 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período, 5 (cinco) dias. Em se tratando de crimes hediondos, 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, desde que em ambos os casos de prorrogação haja fundada manifestação de sua necessidade.

Mougenot entende que o *prazo da prisão temporária não se computa conjuntamente com o de eventual prisão preventiva decretada posteriormente, para*

apreciação de eventual excesso de prazo. (MOUGENOT, 2009, p. 424)

Data máxima venia, não entendemos dessa forma.

A interpretação deve sempre respeitar o princípio do *favor rei*, para o qual a melhor interpretação é aquela que beneficia o réu, aqui entendido o indiciado ou investigado. Dessa forma, a interpretação de que o prazo da prisão temporária não deve ser computado para fins do artigo 10 do CPP é totalmente contrária aos interesses do investigado que poderá, se se tratar de crime hediondo, permanecer preso pelo inquérito policial, 70 (setenta) dias, considerando o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogados por mais 30 (trinta) dias e, depois de decretada a prisão preventiva, ainda mais 10 (dez) dias. Esse entendimento afronta o sistema garantista adotado pela Constituição Federal.

Art. 11. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito.

Os instrumentos do crime ou *instrumenta sceleris* são todos os objetos que foram utilizados na prática criminosa – faca, arma de fogo, martelo, documento, caneta, etc. Constituem o corpo probatório.

Objetos que interessarem à prova podem não constituir instrumento de crime, como por exemplo, o objeto furtado, a gravação do crime, o automóvel utilizado para o reconhecimento do local do crime. Enfim, são várias as situações em que objetos interessam à prova, embora não sejam utilizados para a prática do crime.

O dispositivo determina que todos esses objetos, *lato sensu*, devem acompanhar os autos do inquérito, ou seja, deverão ser encaminhados a juízo a fim de que possam ser utilizados quando a ação penal tiver início, principalmente em perícias.

A determinação legal é de forma genérica, podendo leis especiais determinarem de forma contrária, como ocorre com as substâncias que causam dependência física ou psíquica de que trata a Lei 11.343/2006 – Lei Antidrogas -, na qual há obrigatoriedade de destruição da droga, garantindo apenas a contraprova.

Esses objetos, caso não interessem mais aos autos, deverão ser restituídos ao proprietário, nos termos do artigo 118 deste código, numa interpretação *a contrario sensu*.

Disso decorre que a melhor interpretação deste artigo 11, CPP, é que os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito se ainda interessarem ao processo. Caso contrário, poderão ser restituídos pela própria autoridade policial, nos termos do artigo 120 *caput*, CPP.

Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

Trata-se aqui da prescindibilidade do inquérito policial, o que, a nosso ver, não deixa de ser preocupante. É evidente que o Ministério Público pode se valer de outros modelos de informação a fim de instruir a ação penal, dentre os quais sua própria investigação.

Entendemos que a Constituição Federal, ao dividir as funções do Estado por meio de seus órgãos, criou um sistema garantista a não permitir a contaminação das conclusões tomadas por um órgão no outro. Para tanto, estabeleceu quem deveria realizar a investigação – Polícia Judiciária -, possibilitando seu controle externo pelo Ministério Público, o que não significa que este pode realizar a função daquela. O controle externo já existia neste Código e poderia ser exercitado. Ao Poder Judiciário compete o julgamento de forma imparcial, razão da necessidade de fundamentar suas decisões e a inclusão do juiz de garantias reforça esse pensamento. À advocacia, seja ela privada ou pública, deve defender os direitos do acusado, podendo, também, atuar como assistente da acusação. É um sistema garantista razoável para o devido processo legal.

O inquérito policial, instrumento de busca da verdade por meio de investigações realizadas por órgão estatal constitucionalmente habilitado, deve trazer aos investigados e às vítimas a certeza de que o fato será investigado a fim de se conheça de suas circunstâncias e autoria. Essa certeza fará com que os suspeitos que não tenham praticado o delito fiquem mais tranquilos em razão da ação esmerada do Estado-investigador. De igual forma em relação às vítimas se sentirão mais seguras com um sistema apto a buscar a segurança pública.

Nesse Brasil, próximo ao ideal, o inquérito poderia ser imprescindível ao oferecimento da denúncia, porque garantista.

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

- I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;
- II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;
- III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;
- IV - representar acerca da prisão preventiva.

O dispositivo trata de atribuições da autoridade policial em relação à sua atividade de Polícia Judiciária. Parece que não haveria necessidade de tal dispositivo, pois inerente à sua função no processo penal. O inquérito policial deve levar sempre as informações necessárias à instrução criminal, pois é formador de prova. A prova é essa informação. Mas também fatos e pessoas ligadas à prova, como é o caso do novo endereço da testemunha, da vítima ou do acusado.

Não poucas vezes surgem durante a instrução criminal necessidade de que algumas informações sejam constatadas ou novos fatos informados. Evidentemente que o Poder Judiciário conta com seus meirinhos para a realização de atos. Todavia, em algumas situações, por motivos de segurança, é aconselhável que a Polícia realize o ato. Retomamos aqui o exemplo da necessidade de se encontrar uma testemunha faltosa que se nega a comparecer em Juízo para prestar suas informações essenciais para a formação da culpa.

O cumprimento dos mandados de prisão, embora possam ser cumpridos pelos oficiais de justiça, não cremos que seja aconselhável, vez que a polícia conta com aparato apto a agir em caso de reação. Deixar para o oficial de justiça é deixá-lo à mercê de criminosos sem proteção pessoal alguma. Evidentemente que o fato de o dispositivo atribuir a obrigação à autoridade policial, aqui, o delegado de polícia em face de uma interpretação sistemática, é certo que o juiz poderá encaminhar o mandado a qualquer das polícias, pois todas possuem atribuição para tanto e agem como se autoridades policiais fossem. Daí o termo *agentes*.

Desnecessária a previsão de poder a autoridade policial representar acerca da prisão preventiva, vez que tal possibilidade já se encontra no capítulo próprio em seu artigo 311, deste código e é inerente à sua atuação no inquérito policial.

Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do

Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterá:

I - o nome da autoridade requisitante;

II - o número do inquérito policial; e

III - a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

Esse dispositivo foi inserido pela Lei 13.344/2016 que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Aqui trouxe meios operacionais de se melhorar e trazer rapidez na produção da prova em crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148, CP); redução à condição análoga à de escravo (art. 149, CP); tráfico de pessoas (art. 149-A, CP); extorsão mediante restrição da liberdade da vítima (art. 158, § 3º, CP); extorsão mediante sequestro (art. 159, CP); e, promoção ou envio de criança ou adolescente ao exterior (art. 239, ECA).

Infelizmente o legislador somente pensou nesses casos, pois poderia ter sido genérico a fim de que se aplicasse a todos os crimes, vez que o interesse é grande também, por exemplo, em caso de homicídio.

Não deveria ter prazo em razão da urgência. A razoabilidade deveria servir de norte ao legislador, embora seja factível que teríamos abusos por parte das autoridades policiais e membros do Ministério Público exigindo o cumprimento em momentos impossíveis. Talvez nesse sentido tenha pensado o legislador, mas ainda entendemos que o *prazo razoável* seria mais acertado.

É importante que a requisição tenha o mínimo de informações a fim de que o destinatário – órgãos públicos, privados, empresas – tenham certeza de que o documento foi enviado de um órgão público – Delegacia de Polícia ou Ministério Público – a fim de que não passe informações a qualquer outra pessoa com interesses escusos.

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei;

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§ 3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§ 4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

Dispositivo também inserido pela Lei 13.344/2016 que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas, mas referindo-se somente ao crime de tráfico de pessoas (art. 149-A, CP). De igual forma a crítica para que se aplicasse a todos os crimes.

Na verdade, pelo dispositivo, o juiz autoriza que a autoridade policial e o Ministério Público requisitem das empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

Isso é muito importante em razão do tempo para a repressão aos crimes – por isso entendemos que deveria ser a todos os crimes. A urgência nas medidas de proteção às vítimas, seja na prisão dos criminosos; no resgate das mãos dos algozes; a produção da prova, exigem ação pronta e efetiva dos órgãos de investigação. Aguardar que se faça a representação ou o requerimento ao juiz cada vez que for necessário, criará empecilhos que resultarão em prejuízo à vítima e à sua família, principalmente.

Basta que o juiz autorize que o delegado de polícia e o promotor requisitem diretamente e o princípio da imediatidade será cumprido em prol de uma investigação célere e efetiva.

O § 1º conceitua *sinal* para se evitar intromissões em outras formas de transmissão de radiofrequência, estabelecendo tratar-se do posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência. É a Estação Rádio Base

(ERB) que determina a região onde o sinal é captado, servindo para localizar não apenas a vítima e seu algoz, mas também para servir como prova acerca da utilização do equipamento.

O § 2º estabelece algumas condicionantes ou exceções à regra geral. Entendemos desnecessária, pois os atos passarão sob o crivo da prova e, aquilo que não interessar à prova poderá ser afastado. Há, na verdade, uma preocupação muito grande de nossos legisladores acerca da realização da prova, temendo que dados sejam lançados ao público, criando um problema maior às pessoas. Mas a responsabilização das pessoas que estão realizando o ato resolveria o problema, em prol da investigação ágil e eficiente.

Não se permitirá que o sinal dê acesso a conteúdo da comunicação de qualquer natureza, dependendo este tipo de conteúdo de autorização judicial nos termos da Lei 9.296/96 que trata das interceptações telefônicas.

As informações serão prestadas diretamente pela prestadora de serviços. A fixação de prazo de 30 dias atende aos anseios de imediatidade, celeridade, eficiência e urgência das medidas a serem adotadas, embora a prática tenha demonstrado que em muitos casos o crime ultrapassa esse período, principalmente em casos de extorsão mediante sequestro. Contudo, em assim ocorrendo, nada impede que a ação continue sendo efetivada, porém, com requisição judicial apenas.

O § 3º determina que o inquérito policial seja instaurado em até 72 (setenta e duas) horas a partir do registro da respectiva ocorrência policial. Melhor seria que se exigisse a instauração antecipada do inquérito policial para a autorização prevista no *caput*. Nenhum problema traria à celeridade, pois instaurar inquérito é ato rápido, principalmente porque, *in casu*, os elementos mínimos para a representação ou requerimento já estarão presentes.

O juiz terá até 12 (doze) horas para decidir acerca da autorização a fim de que o delegado de polícia ou o promotor possam requisitar as informações. Não o fazendo nesse prazo, podem essas autoridades requisitar as informações, comunicando imediatamente ao juiz.

Parece que o silêncio do juiz foi interpretado pelo legislador como assentimento. Caso o juiz indefira o pedido depois de 14 horas da representação ou requerimento e a empresa já informou, teremos prova ilícita. Contudo, o resultado já operou, negativo ou positivo.

Melhor teria sido se houvesse responsabilidade ao juiz pelo excesso de prazo, sem justa causa.

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Temos defendido que o artigo 14 é a expressão máxima no inquérito policial da existência da ampla defesa e do contraditório, este mitigado pela essência da própria investigação.

O legislador permitiu ao ofendido, seu representante legal e ao indiciado, embora teria sido melhor se tivesse utilizado a expressão *investigado*. Significa dizer que essas pessoas poderão requerer a prática de qualquer ato probatório que não seja de conhecimento da autoridade policial.

Esse dispositivo é sobremaneira garantista e eficaz na busca da verdade, pois permite não apenas ao investigado, mas também à vítima que requeira a produção da prova.

A faculdade de a autoridade policial deferir ou não a realização da prova está condicionada à sua coerência, correlação, importância. Embora pareça que o delegado de polícia, fundado no princípio da discricionariedade, poderá indeferir o pedido, é certo que esse princípio é vinculado à lei. Na verdade, o princípio é da discricionariedade regrada que exige a decisão fundamentada, na qual deverá a autoridade policial demonstrar se tratar de medida inútil, protelatória ou desnecessária. Isso permitirá ao juiz, no futuro, decidir melhor se a realização daquela prova não teria trazido a verdade realmente.

Não concordamos com a posição de Guilherme Nucci, para quem o pedido pode ser *deferido ou indeferido, sem necessidade de qualquer fundamentação* e que o *indiciado não tem o direito de se envolver na colheita da prova, o mesmo valendo para a vítima*. (NUCCI, 2020, p. 92) Entendemos que somente não pode ser deferida a prova inútil, protelatória, desnecessária. Não se pode esquecer que os artigos 176 e 184, CPP, permitem a atuação das partes quando da realização de perícias. Por que não deferir a produção de uma prova – depoimento de testemunhas, que seja –, com o objetivo de esclarecer a verdade dos fatos?

Para Renato Brasileiro de Lima, *entende-se, pois, que a autoridade policial não pode negar o requerimento de diligências que guardem importância e correlação com o esclarecimento dos fatos.* (LIMA, 2017, p. 105)

A fundamentação do despacho que indeferir o pedido de produção de prova deve ser motivado, em respeito ao direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, CF), além dos princípios da legalidade, moralidade e isonomia, próprios do poder público.

Nem teria sentido limitar ação do indiciado ou do ofendido quando o artigo 14-A, a seguir estudado, determina que os atos praticados por agente de segurança pública e militares, investigados quando do uso da força letal (homicídio), tenham direito a defensor constituído ou nomeado.

Não exigir o mesmo aos demais, afronta o princípio da isonomia.

Já esposamos tal entendimento noutra oportunidade:

Cabe então, ao Delegado de Polícia, de forma razoável, verificar a procedência do pedido, indeferindo tão-somente se se tratar de pedido procrastinatório ou que em nada auxiliará no deslinde da apuração. É de rigor que fundamente seu indeferimento, possibilitando recurso ao superior hierárquico ou pedido junto ao Ministério Público. (SAMPAIO FILHO, 2005, p. 56)

Importante frisar acerca da participação do advogado no inquérito policial nos termos do artigo 7º, XXI, *in verbis*:

Art. 7º. São direitos do advogado:

...

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração.

Importante lembrar a preocupação do legislador em que o investigado tenha presente sempre um advogado para defender seus interesses, aconselhando-o e indicando o melhor caminho técnico-jurídico a seguir. Isso não desnatura a característica investigatória do inquérito policial, pois, evidentemente, a participação do advogado não será a ponto de conhecer antecipadamente o que fará a policial. As investigações ainda não realizadas e de importância à solução do caso não podem ser

de conhecimento do investigado e da defesa. Nesse sentido a Súmula Vinculante n. 14:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Muito bem apontada a lição de Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Jaime Pimentel Júnior, para os quais:

...o inquérito policial deve ser visto e deflagrado de maneira positiva como procedimento apuratório atrelado à independência funcional (discricionariedade técnico-jurídica motivada) quando da tomada de decisões nos atos legais de polícia judiciária, por meio de esmerada fundamentação dos despachos decisórios na direção e na formalização da investigação criminal, e submetido a constante controle judicial, bem como suscetível a atuante fiscalização e manifestação da defesa e da acusação. (MORAS; PIMENTEL JÚNIOR, 2018, p. 161)

Há uma tentativa desnecessária e improdutiva de manter o entendimento de que o inquérito policial é inquisitório. Jamais, o garantismo constitucional-penal exige que em todos os procedimentos do Estado e, com maior razão na *persecutio criminis*, os princípios garantidores do indivíduo estejam presentes e sejam respeitados.

REFERÊNCIAS

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. **Polícia Judiciária e a Atuação da Defesa na Investigação Criminal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MOUGENOT, **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. **Prisão em flagrante** (a aplicação do devido processo legal). São Paulo: Rideel, 2005.

TÍTULO II – DO INQUÉRITO POLICIAL

(continuação)

Livia Yuen Ngan Moscatelli¹
(arts. 14-A ao 23)

Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

O artigo versa sobre uma das mais polêmicas alterações da Lei 13.964/19, em especial por conceder um tratamento diferenciado aos agentes da Segurança Pública (polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, policiais civis,

¹ Advogada. Mestranda em Processo Penal na Universidade de São Paulo (USP) e aluna do master em raciocínio probatório pela Universidade de Girona na Espanha (UDG). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-graduada em Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IBCCrim).

policiais militares e corpos de bombeiros militares, e por fim, polícias penais federal, estaduais e distrital, todos previstos no art. 144 da CR) e aos agentes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica, previstos no art. 142 da CR) que figurarem como investigados.

Consoante o teor do *caput*, a assistência defensiva obrigatória é aplicável a qualquer inquérito policial ou militar, desde que a conduta – consumada ou tentada – esteja relacionada ao uso de força letal praticada durante o exercício da profissão ou nas missões para a garantia da ordem e da lei (art. 14-A, § 6º do CPP), incluindo as situações descritas pelo art. 23 do Código Penal, isto é, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do direito. Em decorrência da expressão “demais procedimentos extrajudiciais”, é possível compreender que a referida assistência técnica poderá incidir para além de investigações criminais propriamente ditas, tal como em Comissões Parlamentares de Inquérito e inquéritos civis, desde que estejam relacionadas a fatos relacionados ao uso de força letal.

Embora o parágrafo primeiro determine a citação do investigado acerca da instauração do procedimento em até 48 horas para constituir advogado, é possível considerar que há uma imprecisão terminológica, pois o ato, especialmente por ser realizado durante a fase investigativa, deve ser considerado com uma mera notificação.

Outra imprecisão também consiste no fato de o referido artigo ora se referir ao sujeito na condição de indiciado (*caput*), ora como investigado (parágrafos seguintes). O mais adequado é interpretar no sentido de que o chamamento à investigação previsto no artigo 14-A do CPP deve ocorrer quando o sujeito se torna investigado, já que atualmente o ato formal de indiciamento pouco influi na alteração do *status* jurídico do sujeito.

O segundo parágrafo afirma que na hipótese de o investigado não indicar defensor, a corporação em que ele exercia sua atividade profissional à época dos fatos deverá ser intimada para indicar um defensor para representar os interesses do investigado em até 48 (quarenta e oito) horas. Como se percebe, o cumprimento do referido prazo parece ser pouco factível, especialmente em apurações de situação flagrancial, em que o prazo para a comunicação de lavratura do auto de prisão em flagrante é de até 24 (vinte e quatro) horas após a captura (HOFFMANN et al, 2020).

Em relação aos parágrafos 3º, 4º e 5º, inicialmente tais dispositivos foram vetados pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro, sob o argumento de que a propositura legislativa viola o art. 5º, inciso LXXIV, o art. 134, bem como os arts. 131 e 132, todos

da Constituição da República, que conferem à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também Função Essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente os seus agentes públicos.

Contudo, recentemente, no dia 19 de abril de 2021, o Congresso Nacional confirmou a derrubada dos vetos presidenciais referentes aos §§ 3º, 4º e 5º do art. 14-A e promoveu a inserção de tais artigos em lei, possibilitando agora que a Defensoria Pública atue na representação dos agentes de Segurança Pública e das Forças Armadas nas investigações por fatos relacionados ao uso da força letal praticados durante o exercício profissional.

A maior crítica que se coloca ao art. 14-A do CPP consiste no tratamento diferenciado dado aos agentes públicos durante a fase investigativa, quando em relação aos investigados por outros crimes a presença do advogado é meramente facultativa. Se a preocupação do legislador fosse reconhecer o efetivo direito de defesa a ser exercido durante a fase investigativa, esta regra assumiria um caráter de norma geral aplicável a todos os casos e não estaria restrita apenas a um seleto grupo de pessoas. Por isso, a mudança legislativa aparenta ser a concessão de um certo privilégio a essa categoria de agentes públicos.

Cabe apontar que ainda não há um consenso sobre os efeitos ocasionados pela inobservância do art. 14-A do CPP. Parte da doutrina afirma a possibilidade de reconhecimento da nulidade dos atos da investigação (CUNHA, 2020, p. 109), ao passo que há aqueles que sustentam a existência de mera irregularidade, já que não há qualquer sanção expressa ao descumprimento do procedimento previsto (HOFFMANN et al, 2020).

Concorda-se com SAAD (2020, p. 88) que a nova regra do art. 14-A atinge os procedimentos instaurados na vigência da Lei Anticrime, ainda que os fatos sejam anteriores à inserção da Lei 13.964/2019. Logo, os procedimentos em curso dependerão da intimação do investigado para a constituição de assistência técnica.

Art. 15. Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial.

Este artigo é um resquício da sistemática original do Código de Processo Penal de 1941. Naquele tempo, havia uma distinção entre os incapazes (pessoas até 18 anos)

e os relativamente incapazes (pessoas entre 18 a 21 anos), ambos considerados menores de idade, sendo que o último grupo dependia de um curador para a realização de determinados atos jurídicos, tal como o interrogatório em fase policial ou judicial (TORNAGHI, 1956, p. 186). O curador detinha a função de auxiliar o “menor” em suas decisões e também integrava a atividade defensiva.

Com o advento do Código Civil de 2002, o artigo 5º extinguiu a divisão e fixou que a “menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. Em igual sentido, a Lei 10.792/2003 promoveu transformações no interrogatório, de modo a excluir a exigência da participação de curador no interrogatório das pessoas entre 18 a 21 anos.

Assim, parte significativa da doutrina compreende que o referido artigo está revogado tacitamente e não detém aplicação nos dias atuais (SAAD, 2004, p. 310; NUCCI, 2016, p. 97; LIMA, 2020, p. 1047), o que aparenta ser o entendimento mais acertado.

Por fim, cabe relembra que atualmente as pessoas de até 18 anos não podem ser indiciadas pela Autoridade Policial, em decorrência da imputabilidade penal (art. 228 da CR), estando sujeitas às normas da legislação especial (Lei nº 8069/1990).

Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Consoante o teor do artigo, o Ministério Público está vedado a devolver o inquérito à Delegacia de Polícia, exceto quando existirem diligências imprescindíveis a serem cumpridas para a formação da justa causa para a propositura de ação penal.

Como aponta CÂMARA LEAL (1942, p. 117), o legislador também procurou coibir abusos de requisições desnecessárias pelo Ministério Público, limitando aos casos que elas forem absolutamente indispensáveis ao oferecimento da denúncia. A ideia também consiste na promoção da celeridade no rito procedimental, além de reafirmar a necessidade de que a investigação supõe um grau de cognição não exauriente, apto a reunir elementos suficientes para embasar uma decisão pelo oferecimento da denúncia ou arquivamento do feito.

GLOECKNER e LOPES (2014, p. 178 e ss) definem que a cognição na fase investigativa deve ser limitada de forma quantitativa e qualitativa. A primeira categorização refere-se à limitação temporal para a conclusão da investigação, ainda

que não se tenha encontrado uma hipótese suficiente para explicar a dinâmica pretérita e os vestígios encontrados na cena do crime. A sumariedade qualitativa pode ser compreendida como a limitação da matéria investigada, devendo a Autoridade Policial apenas averiguar os elementos de convicção necessários à verificação do narrado na notícia-crime (plano horizontal), além de efetivar um juízo de probabilidade acerca dos indícios da tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade (plano vertical).

Na prática, há inúmeras relativizações do referido artigo, principalmente em decorrência de um acúmulo de trabalho dos órgãos ministeriais e policiais, o que impede uma análise particularizada do caso. Com muita frequência, os autos retornam à Delegacia de Polícia mesmo após a confecção do relatório final, para a execução de medidas que se mostram desnecessárias e inúteis e que muitas vezes acabam sendo arrastadas por anos.

Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Não caberá à Autoridade Policial promover o arquivamento do procedimento. Ao final das investigações levadas por meio do inquérito policial, o Delegado de Polícia deverá lavrar um relatório final, contendo todas as diligências realizadas e expondo de forma minuciosa cadeia racional dos elementos informativos e das provas cautelares e antecipadas que fundamentam a sua conclusão, para em seguida submetê-lo à apreciação do Ministério Público, titular da ação pública. Somente este órgão é legitimado a i) oferecer a denúncia; ii) representar pelo arquivamento das investigações; ou iii) requerer novas diligências investigativas, em decorrência do art. 129, inciso I da Constituição da República e do art. 257 do CPP.

De acordo com a modificação trazida pela Lei 13.964/2019, o arquivamento determinado pelo Promotor será encaminhado à homologação da instância superior do órgão ministerial e não mais ao juiz (art. 28 do CPP). Vale ressaltar que tal alteração legislativa é um dos pontos com sua eficácia suspensa de implementação até o julgamento pelo Pleno do STF, conforme Medida Cautelar proferida nos autos da ADI 6.298 de Relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux. Em outras palavras, até que o pleno decida, o arquivamento ainda depende da homologação do magistrado.

Quanto às ações penais privadas, é o ofendido o legitimado para intentá-la (art. 30 do CPP). Embora a regra seja a instauração de termo circunstanciado para apuração

das infrações de menor potencial ofensivo, é possível que o inquérito policial seja instaurado excepcionalmente em razão da complexidade do fato e as circunstâncias do caso (STJ HC 41.348/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJe 22/08/2005). Nestas situações, o Delegado de Polícia não poderá igualmente proceder o arquivamento do feito, já que caberá à vítima (titular da ação privada) a renúncia do direito de queixa ou ocorrerá decadência após o decurso temporal de 06 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Como já mencionado no comentário do artigo anterior, há alterações significativas da regra do arquivamento, cuja eficácia se encontra suspensa por força da Medida Cautelar proferida nos autos da ADI 6.298, perante o STF.

De toda forma, sem analisar detidamente o mecanismo da nova redação do art. 28 do CPP, cabe asseverar que o art. 18 diz respeito à hipótese de desarquivamento e que permanece em vigência nos dias atuais. O dispositivo apresenta que, depois de arquivado o inquérito policial, novos atos de investigação apenas poderão ser realizados se houver o conhecimento de elementos novos.

Como se trata de uma hipótese excepcional, isto é, a reabertura de uma investigação que movimentará novamente a máquina estatal, é imprescindível que esses elementos sejam substancialmente inovadores e que constituam indícios significativos de prática delitiva (SAAD, 2018, p. 55; BADARÓ, 2015, p. 140).

Nem toda decisão de arquivamento ocorre de igual forma. Justamente por isso, há relevante entendimento jurisprudencial de que apenas será possível a retomada investigativa quando o arquivamento se fundamentar na existência de ausência de justa causa (falta de provas suficientes). Em outras hipóteses, à exemplo da atipicidade da conduta, exclusão de antijuricidade ou culpabilidade, bem como em decorrência da extinção da punibilidade, haverá um grau de imutabilidade da decisão, o que impediria uma futura persecução penal pelos mesmos fatos e não possibilitaria a reabertura de novas investigações. (BADARÓ, 2015, p. 140). Nesse sentido: STJ, REsp 791.471/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16.12.2014. Embora aparente ser acertada a corrente defendida por Badaró, deve-se ressaltar há entendimento divergente, que não diferencia as causas de arquivamento e que defende que o arquivamento do

inquérito não faz coisa julgada material, o que justificaria a abertura de uma nova pesquisa em todas as situações (CÂMARA LEAL, 1942, p. 121).

Nas situações em que o arquivamento já tiver ocorrido, não poderá uma denúncia ser formulada com base apenas no conteúdo probatório da investigação encerrada, conforme determina a súmula 524 do STF: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

Importante asseverar que, ainda que sobrevenha efetivamente a alteração no procedimento de arquivamento, com a homologação pelo órgão superior interno do Ministério Público e sem a participação do judiciário, essa modificação não autoriza que um novo Promotor de Justiça possa substituir o entendimento de Promotor anterior pelo arquivamento do feito, e assim oferecer denúncia a seu bel prazer e sem qualquer prova nova. Há que se considerar que o ato administrativo pelo órgão ministerial tem estabilidade, em decorrência da regra constitucional da moralidade, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República. (JACINTO e MURATA, 2020, p. 12).

Em igual sentido, LOPES JÚNIOR alerta que “Não pode outro membro descumprir essa decisão administrativa e oferecer denúncia, exceto se surgirem novas provas. Com base no mesmo acervo probatório que deu causa ao arquivamento, não poderá ser oferecida denúncia posteriormente. Assim, ainda que a sistemática do arquivamento tenha sido alterada, pensamos que segue sendo aplicável – com a devida adequação – o disposto na súmula 524 do STF, até por uma questão de segurança jurídica e estabilidade das decisões emanadas dos órgãos públicos (ainda que administrativas, portanto)” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 330).

Se operada a efetiva mudança do art. 28 do CPP, a depender do julgamento da ADI 6.298 perante o STF, o Judiciário estará impedido de reanalisar a decisão ministerial pelo arquivamento, cabendo ao juiz das garantias o controle da legalidade investigativa apenas de forma negativa (MACHADO, 2020, p. 170), isso é, apenas com a finalidade de frear o exercício indevido da perseguição e jamais promovê-la de forma ativa, para não violar o modelo acusatório explicitado no art. 3º-A do CPP.

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

O referido dispositivo apenas se aplica aos crimes que procedem mediante ação penal privada.

Ainda que a regra seja a instauração de termo circunstanciado para apuração das infrações de menor potencial ofensivo, é possível que o inquérito policial seja instaurado excepcionalmente, em razão da complexidade do fato e as circunstâncias do caso (STJ HC 41.348/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJe 22/08/2005). Faz sentido de assim ser, pois os delitos de menor potencial ofensivo também dependem de lastro probatório suficiente para conceder justa causa à futura ação penal.

Nestas situações, como o ofendido é o único legitimado para intentar queixa-crime (art. 30 do CPP), os autos ficarão no fórum aguardando a sua provocação. Para uma análise detida, é possível que o ofendido retire os autos originais e leve consigo, desde que forneça uma cópia integral para ser mantida em cartório (translado do ato).

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.

Em uma primeira leitura, depreende-se que a norma processual concebida em 1941 tem a intenção de estabelecer que o sigilo é a regra do procedimento investigativo. Representando a concepção conservadora, TOURINHO FILHO (2012, p. 242) aponta que a divulgação das diligências pode causar embaraços ao seu desvendamento, já que o criminoso é capaz de se desfazer dos vestígios, ocultar instrumentos, destruir papéis, remover valores, ameaçar testemunhas e até mesmo se evadir. Há autores que sustentam até os dias atuais tal posicionamento, alegando que que todo o trabalho da Polícia seria em vão se não fosse resguardado o sigilo necessário (NUCCI, 2016, p. 102).

No entanto, o sigilo como regra delineado no art. 20 do CPP é incompatível com os tempos hodiernos, em especial após a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual determinou que todos os atos emanados do judiciário são públicos, assim como os atos da administração pública (art. 93, inciso IX e art. 37, *caput*, CR).

E por deter força constitucional, essas previsões são hierarquicamente superiores a quaisquer outras normas infraconstitucionais, incluindo o Código de Processo Penal.

Embora a regra atual seja a publicidade, isso não significa que ela não poderá ser restrita em situações excepcionais. Há casos essenciais que fazem jus à devida limitação, seja pela possibilidade de frustração dos atos investigatórios em curso, ou também em nome da proteção dos envolvidos, cuja atuação midiática pode avassalar os direitos individuais.

No tocante à publicidade externa, entendida como acesso ao público que não guarda relação direta com o objeto das investigações, compreende-se que é possível limitar o acesso motivadamente, em especial quando houver perigo quanto à privacidade ou intimidade.

Já a restrição da publicidade interna – consistente no acesso concedido aos investigados e defensores – somente poderá ocorrer de forma breve e excepcionalíssima, admitida apenas durante o cumprimento de meios de obtenção de prova ou diligências essenciais e por curto período de tempo. Com ela, cria-se uma “desigualdade” cognitiva ainda que momentânea, já que o procedimento continuará com publicidade irrestrita para os demais sujeitos atuantes, sendo o Ministério Público, a Polícia Judiciária e o Poder Judiciário, enquanto ao investigado e seus defensores estarão alheios ao que está acontecendo no procedimento (ZANOIDE DE MORAES, 2008, p. 41).

Encerrada a razão ou motivo que justifica a restrição de acesso aos autos, impõe-se a retomada do conhecimento integral do feito pelos interessados, em respeito ao direito de defesa e à paridade de armas. Nesse sentido, o Estatuto da OAB (art. 5, § 1º, art. 7º, XIII) garante o acesso ao advogado dos autos com ou sem juntada da procuração, além da Súmula 14 do STF que assevera ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

A partir dessa nova leitura sob à ótica constitucional, a investigação deverá ser considerada como um procedimento de publicidade restringível, e não sigilosa como regra. Esse sigilo deverá ser excepcional e limitado temporalmente, e jamais poderá alcançar a defesa do investigado sobre os atos já realizados e documentados.

Cabe asseverar que o parágrafo único diz respeito à alteração promovida em 2012, que veda a exibição de inquéritos ainda em curso em nome do requerente em sua ficha de antecedentes. Tal posituação é compatível com a garantia constitucional da presunção de inocência está em consonância com a súmula 444 do STJ, a qual prevê ser “vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963).

Este artigo é um resquício da sistemática original do Código de Processo Penal de 1941. Como ensina SAAD (2004, p. 341), a incomunicabilidade era vista como uma medida cautelar tendente a evitar que a comunicação do preso frustrasse alguma medida investigativa ou a sua confissão, a qual dependia de autorização judicial. Cabe apontar que o Código de Processo Penal foi desenhado sob forte inspiração do Código de Processo Penal italiano (*Codice Rocco*), cujas matrizes tinham nítido caráter autoritário, o que pode explicar a situação da restrição de garantias tão fundamentais no momento em que o sujeito se encontra mais vulnerável.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, foi previsto que “na vigência do estado de defesa, é vedada a incomunicabilidade do preso” (art. 136, § 3º, inciso IV). Por isso, se para situações mais excepcionais e limítrofes como o estado de defesa a questão foi abolida, deve-se ser inadmitida a incomunicabilidade para crimes cometidos em períodos comuns.

Em adição, vale ressaltar que a carta constitucional determinou que a prisão de qualquer pessoa deverá ser comunicada imediatamente à família do preso ou da pessoa indicada (art. 5º, inciso LXII da CR), assim como o Estatuto da OAB afirma ser direito do advogado comunicar-se privativamente e reservadamente com seus clientes detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis e militares, ainda que sejam considerados incomunicáveis (art. 7º, inciso III da Lei 8906/1994).

Aparentando ser impossível a coexistência entre a previsão da incomunicabilidade e os demais artigos supramencionados, a doutrina majoritária compreende com acerto que este artigo se encontra revogado tacitamente (TOURINHO FILHO, 2011, p. 251; SAAD, 2004, p. 342; BADARÓ, 2015, p. 135; LIMA, 2020, p. 222; NUCCI, 2015, p. 105). Tal questão, no entanto, não é pacífica, existindo posicionamento minoritário no sentido contrário, sendo defendido por GRECO FILHO (2012, p. 132) que o art. 136, § 3º, IV, da Constituição Federal, não revogou a possibilidade da decretação da incomunicabilidade fora do tempo de vigência do estado de defesa; ao contrário, confirmou-a, no estado de normalidade, motivo pelo qual o art. 21 do CPP ainda estaria em plena vigência.

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu a segurança para determinar que fosse garantida a comunicabilidade dos presos e seus advogados, os quais se encontravam custodiados no centro de triagem de Porto Alegre. Asseverou o Tribunal que “A comunicação do preso com seu advogado é um direito fundamental de observância compulsória pelo Estado. No ponto, a Constituição da República prevê como garantia fundamental do preso a assistência do seu advogado (art. 5º, inciso LXIII), bem como ressalva a vedação à incomunicabilidade do preso, mesmo quando decretado o estado de defesa (art. 136, §3º, inciso IV), o que indica que, mesmo em um estado de exceção, a comunicabilidade deve ser garantida pelo Estado.

Em nível internacional, destaque-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) elenca como garantia judicial de toda pessoa acusada “de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente, e em particular, com seu defensor”. (TJ/RS, Mandado de Segurança Criminal nº 70083013136, Rel. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, DJe 13/12/2019).

Art. 22. No Distrito Federal e nas comarcas em que houver mais de uma circunscrição policial, a autoridade com exercício em uma delas poderá, nos inquéritos a que esteja procedendo, ordenar diligências em circunscrição de outra, independentemente de precatórias ou requisições, e bem assim providenciará, até que compareça a autoridade competente, sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição.

Em geral, excluída a determinação investigativa em decorrência do critério pessoal/funcional ou material, a definição da Autoridade Policial que será responsável

pela apuração dependerá do local onde a suposta infração foi consumada ou na hipótese de tentativa, onde ocorrer o último ato de execução (art. 70 do CPP), sendo, portanto, um critério territorial. Assim, as circunscrições policiais são divisões administrativas territoriais existentes em determinadas comarcas para a delimitação da função investigativa.

O referido artigo autoriza que uma Autoridade Policial responsável por determinada porção territorial possa imediatamente ingressar sobre outra circunscrição policial para a realização direta de diligências, a fim de prestar maior agilidade na colheita direta dos elementos necessários para o esclarecimento do caso, evitando assim o perecimento de fontes de prova importantes à investigação criminal ou a perda do impulso investigativo.

Na prática, no entanto, é extremamente comum que a Autoridade Policial se valha da expedição de cartas precatórias, especialmente para a oitiva de testemunhas, vítimas ou investigados não residentes na circunscrição policial dos fatos.

Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

Após a remessa dos autos ao Fórum, deverá o Delegado de Polícia proceder à comunicação dos institutos de identificação de dados e o juízo sobre os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

Embora não exista uma base integrada nacional dos dados criminais, no Estado de São Paulo há o Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt, que recebe informações das Delegacias de Polícia Civil e Federal na forma de Boletins de Identificação Criminal, assim como também do Poder Judiciário. Em outros Estados, há outros institutos organizados de forma semelhante.

A grande problemática consiste no fato de que os registros feitos na folha de antecedentes acabam constando de forma permanente, já que não há qualquer prazo para retirada do nome do cadastrado do banco de dados do Instituto de Identificação e Estatística.

Em julgado importante perante o STJ, a 6ª Turma decidiu que “As informações relativas a inquérito e processo criminal (no qual foi declarada extinta a punibilidade) não podem ser excluídas do banco de dados do instituto de identificação, porque fazem

parte da história de vida do agente e, assim, devem ser mantidas *ad aeternum*”, sendo que aos recorrentes apenas “assiste o direito somente ao sigilo das informações, as quais só podem ser fornecidas mediante requisição judicial. Os registros, de regra, existem para a comprovação de fatos e situações jurídicas de interesse particular e também público. Tornam públicas tais relações jurídicas”. (STJ, RMS 19.153/SP, Rel. Min. Rel. Celso Limongi, DJe 07/10/2010). Em julgados mais recentes, idêntico posicionamento foi adotado (RMS 32.447/SP, Rel. Ministro Olindo Menezes, Primeira Turma, DJe 22/02/2016, AgRg no RMS 45.604/SP, Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 3/6/2015).

Há julgados mais antigos determinando a exclusão do registro quando houver o arquivamento, a absolvição ou a extinção da punibilidade (REsp 717.746/SP, Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 18/08/2005; REsp 443.927/SP, Min. Rel. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJe 10/06/2003).

Apesar do entendimento majoritário ser pela permanência das informações nos registros dos Institutos de Identificação, cabe asseverar que o art. 7º da Lei 12.037/2009 faculta a retirada da identificação fotográfica do réu/investigado apenas do processo/inquérito (e não dos bancos de dados), nas hipóteses de não oferecimento/rejeição da denúncia ou absolvição, desde que haja provas de sua identificação civil. Tal previsão se omite com relação à identificação datiloscópica (LIMA, 2020, p. 220).

Por fim, a Lei nº 13.964/2019 trouxe modificações na legislação supramencionada quanto à exclusão dos perfis genéticos da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (art. 7-A da Lei nº 12.037/09 e Decreto nº 7.950/2013), além de autorizar a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, que tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais (art. 7º-C da Lei nº 12.037/09).

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. **Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro**. vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/2019? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, mai./2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Souza; FONTES, Eduardo; SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Defesa obrigatória e citação dos policiais no inquérito policial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-04/academia-policial-defesa-obrigatoria-citacao-policiais-inquerito-policial>. Acesso em: 02/12/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Manual de inquérito policial**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SAAD, Marta. **O direito de defesa do inquérito Policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SAAD, Marta. Do inquérito Policial. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy; FILHO, Alberto Zacarias Toron. (Coord.). **Código de Processo Penal Comentado**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SAAD, Marta. Do inquérito Policial. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy; FILHO, Alberto Zacarias Toron. (Coord.). **Código de Processo Penal Comentado**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. vol. I. tomo I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANOIDE de MORAES, Maurício. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TÍTULO III – DA AÇÃO PENAL

Danilo Campagnollo Bueno¹
(arts. 24 ao 28-A)

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

§ 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.

A jurisdição é inerte. A CF/88 consagra que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art.5º, XXXV). Logo, caberá ao interessado exercer seu direito (subjetivo) de ação com o objetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal (objetivo) em decorrência de uma crise jurídica de natureza criminal.

São **características** da ação penal:

a. Autonomia: o direito de ação é autônomo, preexistente, e não se confunde com o direito penal. A cada caso concreto há uma pluralidade de tutelas jurisdicionais capazes de resolvê-las.

b. Abstrato: o direito de ação não depende de uma pretensão favorável ao autor da demanda penal. Mesmo que a ação penal seja julgada improcedente, o direito de ação foi exercido.

c. Subjetivo: a legislação determina quem terá o direito subjetivo de pleitear a demanda penal, ou seja, de exercer o direito de ação. Via de regra, as ações penais são públicas, ao passo que cabe aos Ministério Públicos, de acordo com as respectivas atribuições, exercer esse direito.

¹ Advogado. Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista (2005) e especialização em Direito Penal Econômico e da Empresa pela Escola de Direito do Brasil (2013). Lecionou em diversas instituições preparatórias para concurso público e exame nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Lecionou na Faculdade Esamc/Campinas. Atualmente leciona como professor convidado e palestrante.

As ações penais são divididas em dois grandes gêneros - públicas e privadas – os quais são subdivididos em espécies. Vejamos:

As **Ações Penais Públicas** são aquelas em que o Ministério Público (art.129, I, CF/88; art.257, CPP) exercerá o direito subjetivo de provocar o Estado-Juiz por meio de uma “denúncia”.

Possuem como princípios específicos:

Obrigatoriedade: de acordo com este princípio, o membro do Ministério Público deve ofertar denúncia sempre (logo trataremos das exceções) que estiver convencido da prova da materialidade e indícios de autoria. Evidente que, não estando convencido destes dois elementos, não há que se falar em oferecimento de denúncia, o que restará ao Promotor de Justiça/Procurador da República pleitear a promoção de arquivamento da investigação ou requisitar novas diligências à Autoridade Policial.

Esse princípio comporta exceções decorrente da “justiça penal negociada”. Fala-se então que nesses casos de exceção adota-se o “princípio da obrigatoriedade mitigada” ou da “discrecionariedade regrada”. Vejamos:

- Transação Penal (art.76, da Lei 9.099/95): foi a primeira exceção ao princípio da obrigatoriedade prevista em nosso ordenamento. Há que se ter o aceite do autor do fato para que se formalize o “acordo penal” que, se cumprido acarreta a extinção da punibilidade do agente sem o oferecimento de denúncia pelo *Parquet*. É certo que em caso de descumprimento da transação penal pelo autor do fato sedimentou-se o entendimento de que a persecução penal terá continuidade (súmula vinculante nº35);
- Colaboração Premiada (art.4º, §4º, da Lei 12.850/13): permite-se o não oferecimento de denúncia se o sujeito investigado por organização criminosa for o primeiro desta organização a prestar efetiva colaboração e não ser o respectivo líder;
- . Acordo de Não-Persecução Penal (art.28-A, CPP): instituto trazido pela Lei 13.965/19 (Pacote Anticrime), o ANPP também possibilita o não oferecimento de denúncia se o sujeito preencher os requisitos legais, como por exemplo, a pena mínima do crime imputado, ou crimes imputados em caso de concurso de crimes, seja menor que 04 anos.

Outras situações: há doutrinadores que entendem que o parcelamento do débito tributário (art.68, da Lei 11.941/09) e o acordo de leniência (art.86 e 87, da Lei 12.529/11) também seriam exceções ao aludido princípio da obrigatoriedade.

Indisponibilidade: estabelece que uma vez recebida a denúncia ofertada pelo MP, este não poderá dela desistir (art.42, CPP). Se no curso da instrução o MP entender

que não há provas para sustentar a condenação deverá pleitear em sede de alegações finais a improcedência da ação penal com a consequente absolvição do Acusado. Cabe também lembrar que em sede recursal o MP não poderá desistir do recurso interposto (art.576, CPP).

Há quem diga que o instituto da “suspensão condicional do processo” (art.89, Lei 9.099/95) relativizou o presente princípio, ao passo que agora deve ele ser denominado como “indisponibilidade mitigada”.

Indivisibilidade: por esse princípio entende-se que o MP deverá propor denúncia contra todos os investigados contra os quais haja indícios suficientes de autoria. Não se admite uma acusação/imputação seletiva do MP contra apenas alguns dos suspeitos.

O STF (RHC 126.423, publicado em 14/02/2017) se posicionou no sentido de que o princípio da indivisibilidade não se aplica aos crimes de ação penal pública, visto que o MP poderá propor denúncia contra outros suspeitos em momento posterior. Destarte, não se reconhece a aplicabilidade do instituto do “arquivamento implícito”, em que não havendo oferecimento contra todos os suspeitos em casos de ação penal pública teria, implicitamente, o MP pleiteado o arquivamento com relação aos não denunciados.

Intranscendência: a ação penal e seus efeitos não devem passar da pessoa do acusado, conforme ditame constitucional (art.5º, XLV).

As ações penais públicas são subdivididas em:

A)Incondicionadas: são a regra no nosso ordenamento. Quando o legislador não apontar expressamente que a natureza jurídica de determinado crime somente se procede mediante “representação” (p.ex. art.147, parágrafo único, CP) ou “queixa” (p.ex. art.145, CP).

Em exceção à regra geral, no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade ADI 4.424 e ADC 19 o STF entendeu que em caso de crimes de lesão corporal leve ou culposa contra a mulher, praticados nos moldes da Lei Maria da Penha (11.340/06) a natureza do crime é de ação penal pública incondicionada. Posteriormente, o STJ sumulou o assunto (súmula 542).

B) Condicionadas à Representação: embora seja de titularidade do Ministério Público, exige-se uma manifestação de vontade da vítima ou, subsidiariamente de seus representantes legais (cônjuge, ascendente, descendente e irmão – art.24, §1º, CPP) cujo nome dado é “representação”. Dispensa-se maiores formalidades a essa “representação” desde que inequívoca a vontade da vítima em dar impulso à persecução penal. Há decisões no sentido de que um mero boletim de ocorrência lavrado pela vítima já seria o suficiente para o atendimento à exigência da representação (HC nº 130000/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/08/2009).

A “representação” é uma condição de procedibilidade para que se possa dar início à persecução criminal. Tem como destinatário o Juiz, o MP e a Autoridade Policial. É importante destacar que a “representação” não vincula o MP à obrigatoriedade de oferecimento de denúncia, de modo que se o Parquet entender pela ausência de elementos para a propositura da exordial acusatória deverá pleitear a promoção de arquivamento.

Há prazo para a apresentação da representação, sob pena de extinção da punibilidade pela decadência (art.107, IV, CP). Esse prazo é de 06 meses a contar do momento em que a vítima tem conhecimento da autoria delitiva (art.38, CPP). Importante que se diga que esse prazo tem natureza material, ao passo que se terminar em dia não-útil há a necessidade de apresentação da representação no plantão judiciário, por exemplo.

c) Condicionadas à Requisição do Ministro da Justiça: trata-se de uma “autorização” de natureza política. É exigência imprescindível para a persecução criminal. Detalhe importante é que não há prazo para essa requisição, ao passo que há que se ater apenas ao lapso prescricional. Importante se destacar que a requisição do Ministro da Justiça não vincula o membro do Ministério Público à obrigatoriedade de propor ação penal caso entenda não preenchidos os requisitos legais, pois preserva-se a independência funcional do *Parquet*.

Ações Penais Privadas: são aquelas em que o interesse em exercer o direito subjetivo de ação pertence ao particular. O *ius puniendi* continua sendo do Estado-Juiz, apenas se delega ao particular a titularidade da autoria da ação. A peça vestibular se chama “queixa-crime” e deverá ser proposta no prazo decadencial de 06 meses (art.38, CPP), sob pena de extinção da punibilidade (art.107, IV, CP).

São princípios informadores das ações penais privadas:

a.Oportunidade / Conveniência: o titular da ação penal privada, ou seja, a vítima ou, subsidiariamente seu representante legal, é quem decidirá se quer promover uma ação penal ou não contra o ofensor;

b.Disponibilidade: a vítima tem a discricionariedade de decidir pela desistência ou continuidade da ação penal já ajuizada, o que poderá ser feito até o trânsito em julgado (art.106, §2º, CP). No curso da ação penal privada a desistência poderá ocorrer por meio do perdão da vítima (desde que aceito pelo querelado – art.106, III, CP) ou perempção (art.60, CPP), duas causas extintivas da punibilidade previstas no Código Penal, nos incisos V e IV, respectivamente, do art.107;

c.Indivisibilidade: diferente da ação penal pública, a ação privada deve ser uma, indivisível. Assim, o ofendido deverá propor queixa-crime contra todos os ofensores, sem distinção, sob pena de extinção da punibilidade (art.48, CPP). A renúncia à propositura da ação privada com relação a um dos ofensores a todos se aproveitará;

d.Intranscendência: assim como na ação penal pública, a ação privada só poderá ser promovida contra a pessoa do ofensor.

Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

É possível que a vítima, ou subsidiariamente seu representante legal, desista da representação já apresentada. Nesse caso é possível o exercício da retratação da representação, desde que realizado até o oferecimento da denúncia pelo MP.

No âmbito da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) o legislador optou em estimar mais o lapso temporal a permitir que a vítima se retrate da representação oferecida.

Até o recebimento da denúncia pelo Juiz é possível que a vítima mude de ideia e se retrate da representação outrora ofertada. Há mais um ponto importante: nesses casos de violência doméstica no âmbito desta lei especial é necessário que a retratação da vítima seja realizada em audiência específica para esse ato (art.16). A intenção clara do legislador é proteger a mulher de ser pressionada, quiçá ameaçada, a assinar uma mera declaração, ou apenas aditar depoimento já dado em sede policial, a fim de desistir da persecução criminal. O Juiz e Promotor de Justiça presentes na audiência de retratação irão avaliar a ausência de vícios de consentimento da vítima em seu

pedido de retratação. Essa audiência para fins de retratação somente será designada se houver expressa manifestação da vítima nesse sentido (STJ, Informativo nº483).

Admite-se a “retratação da retratação”, ou seja, a vítima se arrepende da retratação que realizou e retoma seu intento inicial de dar seguimento à persecução criminal. Insta destacar que a “retratação da retratação” deve ocorrer dentro do lapso decadencial de 06 meses.

Tourinho Filho, com razão ao nosso sentir, em posição minoritária, entende que uma vez realizada a retratação pela vítima há que se extinguir a punibilidade do agente. Não há que se falar em “retratação da retratação”, pois o instituto se assemelha à renúncia e, por isso os autos devem ser arquivados (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, São Paulo: Saraiva, 2003. V.1. p.358).

[Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.](#)

A CF/88 privilegiou um sistema processual penal acusatório. Dessa forma, sendo a titularidade da ação penal pública do MP (art.129, I, CF/88) caberá a ele dar início à persecução penal em Juízo. Não mais se admite que o início de persecução penal por meio de portaria de magistrado. Chamava-se esse procedimento de “judicialiforme”.

[Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.](#)

Admite-se que qualquer pessoa do povo comunique a Autoridade Policial da prática de algum crime de natureza pública (art.5, §3º, CPP). Da mesma forma, admite-se que a comunicação ocorra para o MP. Entretanto, há um detalhe importante: só se admite essa formalização de comunicação de crime de ação publica incondicionada, pois se for “condicionada à representação” somente o Interessado legal poderá fazê-lo.

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

De início, é importante destacar que a eficácia deste dispositivo legal, trazido pela Lei 13.964/19, foi suspensa em razão de medida cautelar deferida nos autos da ADI nº6.305 pelo Min. Luiz Fux. Por ora, até que o Plenário da Suprema Corte analise a questão, continua vigente a redação revogada do art.28, CPP.

Sendo o MP o titular da ação penal pública caberá a ele a *opinio delicti* para o oferecimento, ou não, de denúncia. Nesse passo, uma vez instaurado inquérito policial não é dado à Autoridade Policial arquivá-lo (art.17, CPP – princípio da indisponibilidade do inquérito policial), da mesma forma não poderá a Autoridade Judicial assim fazê-lo.

É importante ressaltar que uma notícia-crime realizada numa Delegacia de Polícia por meio da lavratura de um “boletim de ocorrência” não dá ensejo automático à instauração de inquérito policial. Dessarte, é possível que o Delegado de Polícia determine o arquivamento de um boletim de ocorrência, mas nunca de um inquérito policial já instaurado.

O inquérito policial é instaurado por meio de uma portaria, cujo procedimento é lavrado em livro próprio e recebe uma numeração. A partir daí somente haverá promoção de arquivamento dessa investigação se assim entender o MP.

Com a nova redação trazida pela Lei 13.964/19, o arquivamento da investigação é ato exclusivo do MP. Não há mais a exigência de homologação da promoção de arquivamento, permitindo inclusive que o Juiz discordasse da *opinio delicti* do Promotor de Justiça e remetesse os autos ao Procurador Geral de Justiça (nos termos da antiga redação do art.28, CPP). Agia o Juiz como um “fiscal do princípio da obrigatoriedade”, o que de fato colocar-se-ia dúvidas sobre sua real imparcialidade.

Parece-nos que há uma observância e rigor mais evidente ao sistema acusatório quando se mantém exclusivamente ao MP o viés de acusar, ou não, um sujeito e a Lei 13.964/19 veio reparar em diversos institutos a necessidade de se respeitar esse sistema processual mais democrático (sistema acusatório). Para exemplificar, basta olharmos para o instituto do “Juiz de Garantias” (cuja eficácia também está suspensa pela mesma medida cautelar acima mencionada).

A nova redação deste artigo também prevê a possibilidade de arquivamento pelo MP não só de inquérito policial, mas também *de quaisquer elementos informativos da mesma natureza*. Por exemplo, dos “PICs” – Procedimentos Investigatórios Criminais – que tramitam dentro do Ministério Público e são presididos por um Promotor de Justiça/Procurador da República.

Os fundamentos para o arquivamento de inquérito policial ou demais investigações criminais poderão ser de diversas naturezas. O CPP não faz alusão às razões que indicariam a necessidade de arquivamento das investigações criminais, entretanto de modo reverso faz menção às situações em que o MP deva oferecer denúncia. Assim, se é caso de rejeição da denúncia (art.395, CPP). São elas: a) ausência de pressuposto processual (de existência ou validade do processo); b) ausência de condições para a ação penal, incluindo a “justa causa”; c) atipicidade (formal e material); d) existência manifesta de causa excludente de ilicitude; e) existência manifesta de dirimente de culpabilidade, com exceção da inimputabilidade; f) existência de causa extintiva da punibilidade; g) cumprimento de acordo de não persecução penal (art.28-A, CPP); h) cumprimento de transação penal (art.76, Lei 9.099/95).

Verificando ser o caso de arquivamento, nos termos da nova redação, deverá o MP comunicar este entendimento à vítima, investigado e Autoridade Policial. Ato contínuo encaminhará os autos à instância de revisão ministerial para homologação (agora é o próprio MP, por meio desta instância de revisão, que homologará o arquivamento da investigação criminal; não mais será uma decisão judicial).

Há que se esclarecer uma aparente falta de sintonia entre o comando do *caput* e o §1º do presente artigo no que tange à remessa dos autos à instância de revisão ministerial. O *caput* dá a entender que essa remessa será obrigatória, automática, logo que o Promotor de Justiça com atribuição no caso se manifestar pelo arquivamento. Já

o §1º dá a entender que a remessa à mesma instância somente ocorrerá se a vítima assim desejar.

O que se entende é que a remessa dos autos de investigação quando da necessidade de arquivamento será sempre necessária/obrigatória, a fim de que haja a sindicabilidade da atuação do Promotor de Justiça que concluiu pela falta de elementos a ensejar o oferecimento da denúncia. Ocorre que se possibilita ainda que a vítima exerça seu direito de petição (art.5º, XXXIV, CF/88) e manifeste seu descontentamento com o arquivamento do caso, podendo apresentar suas razões para tanto.

O §2º apenas ressalta que o mesmo direito de petição deverá ser dado à chefia do órgão da administração pública direta (União, Estados e Municípios – embora omissos, evidente que também se estende ao Distrito Federal) vítimas de crimes. Por óbvio, sendo vítima a administração pública indireta, a comunicação deverá ser feita à chefia do órgão, a fim de que tenha condições de exercer o mesmo direito de petição.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses.

- I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

O acordo de não persecução penal já tinha previsão em nosso ordenamento antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime. A Lei 12.850/13, no art.4º, §4º, já previa essa hipótese de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Ainda, a Resolução nº181 do CNMP de 2017 também já tratava do acordo de não persecução penal, de modo a ampliar suas hipóteses de aplicação, indo além dos

casos de apuração de crimes de organização criminosa. A constitucionalidade dessa Resolução foi frontalmente debatida por grande parte da doutrina, pois se entendia que uma mera “resolução” não poderia tratar de assunto que deveria ser regulado por Lei, a qual deve estar em total sintonia com a CF/88.

O pacote anticrime nos parece ter resolvido a celeuma ao normatizar, por meio de Lei Ordinária, o acordo de não persecução penal. Vejamos os **pressupostos** para a realização do acordo:

I.O ANPP somente tem cabimento durante o curso da investigação. Entretanto, discute-se se seria cabível no curso do processo de conhecimento nos casos em andamento quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019. Isso porque o ANPP possui natureza jurídica mista por ser uma norma processual e material, visto prever causa extintiva da punibilidade. Destarte, deveria a lei (ANPP) retroagir para beneficiar o agente (art.2º, parágrafo único, do CP). A 5ª Turma do STJ se manifestou pela impossibilidade de ANPP para os casos em que já há denúncia oferecida (HC 607.003/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020). Já a 6ª Turma decidiu pela retroatividade do ANPP sob o seguinte argumento: *“É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”* (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020). O Plenário do STF decidirá a questão ao julgar o HC 185.913/DF, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes.

II.A infração penal imputada ao agente teve ter pena menor que 04 anos. Observa-se que se a pena for igual a 04 anos o ANPP é incabível! Na esteira dos entendimentos sumulados pelo STF (Súmula 723) e STJ (Súmula 243) para o caso de “suspensão condicional do processo”, também para o ANPP em caso de concurso de crimes deve-se levar em conta a incidência dos critérios de aumento de pena para se observar a limitação temporal exigida. Ainda, há que se levar em conta também as diversas causas de diminuição ou aumento de pena (Ex: art.14, II, do CP; art.141 do CP, etc);

III. Infração penal cometida **sem violência ou grave ameaça à pessoa**. Parece-nos que a violência a que se refere o comando legal diz respeito à conduta dolosa, ao passo que se admite a celebração do ANPP em caso de crimes culposos com resultados violentos, como exemplo o homicídio culposo e lesão corporal culposa;

IV. O ANPP não deve ser celebrado quando não for o caso de futuro oferecimento de denúncia, ou seja, se for caso de arquivamento. Há que existir o *fumus comissi delicti*, concreta punibilidade e as todas as condições da ação penal.

Havendo os pressupostos legais acima mencionados, o investigado deverá aceitar algumas **condições** para a celebração do ANPP. Vejamo-las:

V. Exige-se a **confissão, formal e circunstanciada**, da praticada delitiva imputada ao agente. A confissão deve ser livre, espontânea, coerente, sem contradições e formalizada, ou seja, documentada. Confissão não se confunde com “delação”. Desse modo, basta que o agente assuma a prática delitiva que lhe é imputada, sem a necessidade de apontar a identificação de coautores do delito;

VI. Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo.

A lei não especificou qual a espécie de dano a ser reparado, ao passo que em tese poder-se-ia falar inclusive em reparação moral do dano, por exemplo, em caso de crime contra a honra. Em casos de crimes tributários vem ganhando força a tese de que o dano a ser reparado é somente o tributo não pago acrescido de correção monetária, sem juros ou multa, pois esse é o dano ao erário. Por fim, há a ressalva de que se o agente não tiver condições financeiras de reparar o dano, ou restituir a vítima, poderá ser dispensado de fazê-lo. Todavia, evidente que tal condição deverá ser exaustivamente comprovada;

VII. Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. O ANPP não pode ser um bom negócio no sentido de incentivar a prática criminosa ao propiciar que o agente mantenha consigo os objetos utilizados para praticar o crime ou o objeto do próprio crime, além dos proveitos da prática criminosa. Essa renúncia seria como um “confisco consentido”, haja vista que a condição imposta para o ANPP é admitida voluntariamente;

VIII.Prestar serviços à comunidade ou a entidades públicas: o agente investigado deverá prestar serviços à comunidade ou entidades públicas pelo mesmo tempo previsto para o cumprimento da pena mínima do delito, diminuída de um a dois terços;

IX.Imposição de outras condições pelo MP/MPF, sempre com prazo determinado. Há a possibilidade de imposição de outras condições, como por exemplo, que o investigado informe o Juízo sobre mudança de endereço, viagens prolongadas, comparecimento periódico, inclusive limitação de final de semana. Evidente que tal condição não pode ter natureza punitiva. Deve ter relevância com a necessidade de prevenção e suficiência do ANPP.

É certo que **há óbices para a formulação do ANPP**. Vejamo-los:

X.Se for cabível transação penal (art.76, da Lei 9.099/95), por ser mais benéfica ao sujeito infrator;

XI.Se o investigado for reincidente ou houver elementos que demonstrem que possuem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

XII.Ter o agente sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo;

Não é cabível em casos de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, por razões de condição do sexo feminino.

Em caso de descumprimento do ANPP, a rescisão se dará pelo Juízo que realizou a homologação. Após a decisão judicial de rescisão do ANPP o MP/MPF oferecerá denúncia. Discute-se se a confissão do investigado realizada como condição do ANPP poderá ser utilizada como meio de prova. O Enunciado n.27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCCRIM) dispõe que *havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)*.

A fiscalização do cumprimento das condições estabelecidas no ANPP caberá ao Juízo das Execuções Criminais. O cumprimento integral do ANPP acarretar a extinção da punibilidade.

TÍTULO III – DA AÇÃO PENAL

(continuação)

Hermes José Aun Bachiega¹
(arts. 29 ao 38)

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Artigos Relacionados:

Art. 46 deste Código.

Art. 5º, LIX, da CF.

Art. 100, § 3º, do CP.

Art. 184 da Lei 11.101/2005 (Recuperação de Empresas e Falência).

Art. 3º da Lei 13.869/19

O vocábulo “ação” suscita vários significados, em especial no campo do direito. Bulos, em sua obra “Constituição Federal Anotada”, 2008, busca desvendar o real significado do vocábulo em apreço, na forma como o legislador original tentou intentá-lo:

“A palavra polissêmica ação, do modo como foi empregada pelo constituinte, significa o direito subjetivo de invocar a prestação jurisdicional ao Estado-juiz, por intermédio do processo, instrumento idôneo para esse fim. Averigua-se a imputação o fato delituoso e do tratamento que a lei penal atribui ao agente, a fim de instaurar ação penal”. BULOS, 2008, pag. 317.

¹ Funcionário da ECT (1968 e 2017)

Possui graduação em Direito pela União das Faculdades dos Grandes Lagos (2007)

Pós Graduação em Direito Constitucional pela PUC/SP (2010)

Mestrado em Processos de Ensino, Gestão e Inovação pela Universidade de Araraquara (UNIARA)

Foi Professor da Faculdade de Olímpia (2012/2019)

Foi Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Olímpia (2014/2019)

Atualmente é Diretor Geral da Faculdade de Mirassol – FAIMI (2019/atualmente)

Ação penal subsidiária da pública é sinônimo de ação penal supletiva. A ação tem a previsão constitucional inserta no art. 5º, LIX, por isso com estatura constitucional e fazendo parte do rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, portanto, trata-se de uma cláusula pétrea e em cujo inciso se apresenta nos seguintes termos: “será admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Segundo Capez, 2020, pág. 200, “É a única exceção, prevista na própria Constituição Federal, à regra da Titularidade exclusiva do Ministério público sobre a ação penal pública (CF, arts. 5º, LIX, e 129, I)”. É certo e deve ser considerado que o texto constitucional buscou estabelecer um equilíbrio a partir da concessão da exclusividade da ação pública ao Ministério Público (art. 129, I, CF 1988) (Mendonça et al, 2019, pág. 122), equilíbrio esse dotado de um controle sobre uma eventual inércia do órgão que o texto constitucional legitimou para a propositura da ação penal. Não se pode, no entanto, deixar de mencionar que o art. 100 do Código Penal já trazia em seu texto a percepção de que a ação é pública, exceto quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido, podendo nesse caso, ser promovida através de queixa (§ 2º) e também já havia o reconhecimento da possibilidade de se suprir, pelo particular, eventual omissão do Ministério Público (§ 3º).

Temos, nesse sentido, jurisprudência do STJ: *Viabilidade da queixa-crime subsidiária. Inércia do ministério público federal configurada. APns n.º 752, 753 e 754: ausência de justa causa. Inexistência de indícios suficientes de autoria. Queixas-crime rejeitadas.*

1.Hipótese em que foram ajuizadas duas queixas-crime (APn n.º 752/DF e APn n.º 753/DF – crime de calúnia), e uma queixa-crime substitutiva (APn n.º 754/DF – crime de denúncia caluniosa), todas motivadas por um mesmo documento anônimo supostamente enviado pelo Querelado ao CNJ, no qual constam, em tese, todas as falsas imputações criminosas;

2.Ação penal pública sujeita à representação – inércia do Ministério Público x manifestação no sentido do arquivamento. Impossível é confundir ato comissivo – a promoção no sentido do arquivamento – com ato omissivo, ou seja a ausência de apresentação da denúncia no prazo legal. Apenas neste último caso a ordem jurídica indica a legitimação do próprio ofendido – artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal, 29 do Código de Processo Penal e 100, par. 3º, do Código Penal – precedentes (STF, HC 70.029, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 31.03.1993);

3.Comprovada, no caso, a inércia do Parquet, mostra-se legítimo o ajuizamento da queixa-crime substitutiva na APn n.º 754/DF, nos exatos termos do art. 29 do Código de Processo Penal. [...] - (STJ,

Corte Especial, APn 752/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/08/2016, publicado em 12/09/2016).

4. A ação penal privada subsidiária da pública, de nítida envergadura constitucional (inciso LIX do art. 5º da CF), configura espécie excepcional de legitimidade do ofendido (ou seu representante legal) para promover ação penal. Na falta de inércia do Ministério Público, não é de se dar trânsito à queixa, ajuizada em substituição à denúncia. (STF, Inq. 2.696 AgR, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 19.12.2008);

A Constituição da República, de 1988, fazendo clara opção pela persecução penal pública, como regra, (art. 129, I), previu uma única hipótese de iniciar-se a ação penal por provocação do particular ofendido (ou seu representante legal), ao estabelecer no art. 5º, inciso LIX do seu Bill of Rights que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”, iniciativa, ressalte-se, que, por sua topografia constitucional, ineludivelmente constitui um direito do indivíduo. Na espécie, vencido o prazo para o oferecimento da denúncia sem manifestação alguma do representante do Ministério Público, foi oferecida queixa-crime subsidiária pelo representante legal da vítima, sendo irrelevante posterior pedido de arquivamento do inquérito policial pelo Parquet”. (RMS 50.780/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. 13.12.2016).

Isto posto, temos que BULOS, 2008, pag. 318, entende que a terminologia “ação privada” é imprópria, por considerar que “toda ação, como direito público subjetivo dirigido ao Estado-juiz, é sempre pública”.

Sérgio Demoro Hamilton, procurador de Justiça RJ, coaduna com o entendimento de Bulos:

A expressão ação privada subsidiária da pública padece de imperfeição técnica, pois a indicação legal faz entrever que a ação do particular legitimado a agir é privada, quando tal não se dá. A ação penal em questão jamais perde seu caráter público, como aliás a própria redação da parte final do art. 29 do Código de Processo Penal deixa evidenciado. O equívoco doutrinário, quero crer, tem sua origem na defeituosa redação do proêmio do art. 29 em exame quando registra “será admitida ação privada nos crimes de ação pública...”. Ora, a ação penal ou é pública ou é privada; tertius non datur. Portanto, a redação do Código, tal como está posta, consagra um absurdo lógico e ontológico. A Constituição Federal, na mesma linha de raciocínio, estabelece que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (art. 5º, n° LIX).

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2006.pdf.

Ainda que se tenha buscado no texto constitucional o fundamento para a ação penal privada subsidiária da pública, há que se registrar que a Constituição Federal não estabelece quem poderá propor a ação em assunto. Mendonça et al, 2019, pág. 123, indica que a Constituição “apenas estabelece o pressuposto para a ação privada da pública – a ação penal pública não ser intentada no prazo legal, ou seja, em caso de inércia ministerial, mas não indica quem é o titular do referido direito, delegando ao legislador ordinário estabelecer quem poderá exercer a ação penal privada”. Houve então, segundo o autor, neste caso, uma excepcional legitimação conferida ao ofendido ou de seu representante legal para propor a ação, sempre que por uma razão ou outra o MP deixar de manifestar-se no prazo legal.

Há hipóteses, no entanto, em que a denúncia não é oferecida dentro do prazo legal, mas que não constituem inércia do *Parquet*. São elas, quando o MP:

- Devolve o Inquérito Policial para a delegacia realizar nova (s) diligência (s) – (art. 16 do CPP); - Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Constitucional. Penal e processual penal. 2. Habeas corpus. Intervenção de terceiros. Os querelantes têm legitimidade e interesse para intervir em ação de habeas corpus buscando o trancamento da ação penal privada e recorrer da decisão que concede a ordem. 3. A promoção do arquivamento do inquérito, posterior à propositura da ação penal privada, não afeta o andamento desta. 4. Os fatos, tal como admitidos na instância recorrida, são suficientes para análise da questão constitucional. Provimento do agravo de instrumento, para análise do recurso extraordinário. 5. Direito a mover ação penal privada subsidiária da pública. Art. 5º, LIX, da Constituição Federal. Direito da vítima e sua família à aplicação da lei penal, inclusive tomando as rédeas da ação criminal, se o Ministério Público não agir em tempo. Relevância jurídica. Repercussão geral reconhecida. 6. Inquérito policial relatado remetido ao Ministério Público. Ausência de movimentação externa ao Parquet por prazo superior ao legal (art. 46 do Código de Processo Penal). Surgimento do direito potestativo a propor ação penal privada. 7. Questão constitucional resolvida no sentido de que: (i) o ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes; (ii) a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal, não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública. 8. Reafirmação da jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal. 9. Recurso extraordinário provido, por maioria, para reformar o acórdão recorrido e denegar a ordem de habeas corpus, a fim de que a ação penal privada prossiga, em seus ulteriores termos. (STF – ARE 859251 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-094 DIVULG 20-05-2015 PUBLIC 21-05-2015). [grifou-se]

“Ação penal privada subsidiária: descabimento se oferecida a representação pelo ofendido, o MP não se mantém inerte, mas requer diligências que reputa necessárias” (STF, Inq 1.939, rel. MIN. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 03.03.2004);(Apud Mendonça et al, 2019, pág. 122)

[...] A Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, de nítida envergadura constitucional (art. 5o., LIX da CF), configura espécie excepcional de legitimidade do ofendido para promover a persecução penal. O seu pressuposto procedimental, ou a sua premissa básica, é a inércia do Ministério Público, de modo que, ausente esta, não é de se dar trânsito à queixa-crime supletiva, ajuizada em substituição à denúncia pública.

3. Segundo o Ministério Público Federal anotou em seu Parecer, a complexidade dos fatos e a pluralidade de versões apresentadas determinaram o não oferecimento imediato da denúncia, diante da necessidade de aprofundamento das investigações e densificação da colheita de prova. Deve-se reconhecer que esta atitude prudencial do MPF, coaduna-se com a sua gravíssima responsabilidade como dominus litis. [...] (STJ – AgRg na APn 826/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/09/2018, DJe 19/09/2018) [Grifou-se]

- Requer o arquivamento do Inquérito Policial - (arts. 28 c/c. 395 e 397, todos do CPP); - Agravo regimental no recurso especial. Ação penal privada subsidiária de ação pública. Inércia do ministério público não demonstrada. Arquivamento de inquérito acolhido pelo juízo de origem. Incidência do óbice do enunciado n.º 83 da súmula do superior tribunal de justiça. Agravo desprovido. 1. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de ser possível a ação penal subsidiária da pública quando restar configurada inércia do Ministério Público, não sendo cabível nas hipóteses de arquivamento de inquérito policial promovido pelo membro do Parquet e acolhido pelo juiz. 2. No caso concreto, não houve desídia do órgão acusador que, conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, propôs o arquivamento do inquérito policial, entendendo não haver condições de procedibilidade para o oferecimento da denúncia em razão da inexistência de relevância jurídica na conduta investigada. 3. Aresto que se alinha a entendimento pacificado neste Sodalício, atraindo o óbice do Verbete Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1508560 / SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 06/11/2018) “hipótese que trata de ação penal privada subsidiária da pública, iniciada por queixa oferecida em função de o

Ministério Público, em crime de homicídio culposo, ter deixado de apresentar denúncia contra alguns dos indiciados, ofertando-a contra os demais. Evidenciada a ocorrência de arquivamento implícito – eis que o Ministério Público não teria promovido a denúncia contra os pacientes por entender que não havia prova da prática do delito pelos mesmos – impede-se a propositura de ação penal privada subsidiária da pública” (STJ, HC 21.074/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 13.05.2003).

Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Arquivamento. Notitia criminis. Ação penal pública incondicionada. recurso pela vítima. Impossibilidade. Não cabimento.

I - As Turmas desta Corte têm entendido ser incabível o manejo de recurso por parte da vítima, para questionar decisão que determinou o arquivamento de inquérito policial, devido ao fato de que o titular da ação penal pública incondicionada é o Ministério Público, não sendo cabível o eventual oferecimento de ação penal privada subsidiária sem a prova de sua inércia.

II - In casu, considerando que 4ª Seção do TRF/4ª Região acolheu o pedido de arquivamento formulado pelo MPF, dominus litis, por entender que as condutas noticiadas são materialmente atípicas, não há que se falar possibilidade de recurso pelo suposto ofendido (precedentes). Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 1161648 / RS, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j.15/03/2018) “O ajuizamento da ação penal subsidiária da pública pressupõe a completa inércia do Ministério Público, que se abstém, no prazo legal, (a) de oferecer denúncia, ou (b) de requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, ou ainda, (c) de requisitar novas (e indispensáveis) diligências investigatórias à autoridade policial. Precedentes – O Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que, arquivado o inquérito policial, por decisão judicial, a pedido do Ministério Público, não cabe a ação penal subsidiária. Precedentes. Doutrina” (STF, HC 74.276, rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., j. 03.09.1996)

O art. 3º da nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19):

Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada. (Promulgação partes vetadas)

§ 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

§ 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.

O prazo para oferecimento da denúncia (art. 46 do CPP) é de 5 (cinco) dias se o investigado estiver preso; de 15 dias se o investigado estiver solto (contados a partir da data em que o órgão do MP receber os autos do Inquérito Policial). Existem, no entanto, prazos especiais previstos em legislação especial:

- Lei de Drogas – 10 dias estando o investigado preso ou solto (art. 54 da Lei 11.343/2006);
- Crimes Eleitorais – 10 dias (art. 357 da Lei 4.737/1965);
- Crimes contra a Economia Popular – 02 dias (art. 10, § 2º, da Lei 1.521/1951)

Ainda que o texto constitucional apenas estabeleça o pressuposto para a ação privada subsidiária da pública sem indicar a titularidade para a sua proposição, conforme posicionamento de Mendonça et al, 2019, p. 123, o art. 30 do CPP define que, em regra, deva ser o ofendido ou quem tenha qualidade para representa-lo. Considerando, no entanto, que em Direito toda regra tem exceção, o art. 80 do CDC dá abertura para que associações, entidades e órgãos da administração pública que atuam em defesa do consumidor possam propor a ação privada subsidiária da pública se o MP não apresentar a denúncia no prazo legal. Existe ainda outra previsão legal (art. 184, da Lei 11.101/2005) que abre a possibilidade de a ação privada subsidiária da pública ser intentada por qualquer credor habilitado ou pelo administrador judicial se o MP não propuser a ação no prazo estabelecido pelo seu art. 187, § 1º. Mesmo que em face de sua inércia diante da queixa crime, segundo Marcão, 2019, pág. 275, “o Ministério Público poderá, ainda nos termos do art. 29 do CPP, aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

Mesmo após o vencimento do prazo previsto em lei para sua manifestação e verificada a inércia daquele que poderia intentar a ação penal subsidiária, o representante do Ministério Público poderá oferecer denúncia, requerer diligências ou o arquivamento dos autos, etc, pois a legitimação concedida ao ofendido é concorrente e não retira a legitimação do Ministério Público. MARCÃO, 2019, pág. 275.

- Atuação posterior do MP não afasta o seu cabimento - “Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. Constitucional. Penal e processual penal. 2. Habeas Corpus. Intervenção de terceiros. Os querelantes têm legitimidade e interesse para intervir em ação de habeas corpus buscando o trancamento da ação penal

privada e recorrer da decisão que concede a ordem. 3. A promoção do arquivamento do inquérito, posterior à propositura da ação penal privada, não afeta o andamento desta. 4. Os fatos, tal como admitidos na instância recorrida, são suficientes para análise constitucional. Provimento do agravo de instrumento, para análise do Recurso Extraordinário. 5. Direito a mover ação privada subsidiária da pública. Art. 5º, LIX, da Constituição Federal. Direito da vítima e sua família à aplicação da lei penal, inclusive tomando as rédeas da ação criminal, se o Ministério Público não agir em tempo. Relevância jurídica. Repercussão Geral reconhecida. 6. Inquérito policial relatado remetido ao Ministério Público. Ausência de movimentação externa ao Parquet por prazo superior ao legal (art. 46 do Código de Processo penal). Surgimento do direito potestativo a propor ação penal privada. 7. Questão constitucional resolvida no sentido de que: (i) o ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso de prazo legal, sem que seja oferecida a denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas às instituições são irrelevantes; (ii) a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal, não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou a da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública. 8. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 9. Recurso extraordinário provido, por maioria, para reformar o acórdão recorrido e denegar a ordem de habeas corpus, afim de que a ação penal prossiga, em seus ulteriores termos”. (STF, ARE859.251 RG, rel. Min. Gilmar Mendes j. 16.04.2015, processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito)

O que não pode é afastar o MP da lide, na ação penal privada subsidiária da pública, porque haveria nulidade absoluta. (ROMANO, Rogério Tadeu) <https://jus.com.br/artigos/73367/algumas-consideracoes-sobre-a-acao-penal-privada-subsidiaria-da-publica>.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Artigos Relacionados

Arts. 41 e 60 deste Código.

Arts. 100, § 2º, 107, IV e V, e 236, parágrafo único do CP.

Art. 4º CC

Medeiros, 2020, entende ser apenas por questões de didática que diz-se tratar de ação privada, pois como já esclarecido no artigo 29, ação é um direito público por tratar-se de um direito de reclamar a prestação jurisdicional e por isso toda ação é pública.

Ação Penal Privada é aquela em que se confere ao ofendido a legitimidade para propor a ação (Mendonça et al, 2019, pág. 130), ou seja, o direito de acusar pertence ao ofendido (Marcão, 2019, pág. 265), e tem início com a apresentação da queixa, com todos os requisitos exigidos pelo art. 41, do CPP, que é a peça acusatória inicial da ação penal privada e esta tem por espécies, a exclusivamente privada, a personalíssima e a subsidiária da pública. A ação penal privada personalíssima, depois do *abolitio criminis* do crime de adultério pela lei 11.106/2005, restou apenas um caso que é aquele que se verifica no crime do artigo 236, parágrafo único do CP (induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento para o casamento) em que só o contraente enganado pode prestar queixa. Não há, nesta ação, nenhuma possibilidade de outro agir em nome do ofendido. Já a ação exclusivamente privada é a própria ação Penal Privada, aquela que o legislador entrega ao ofendido ou seu representante a opção sobre propor ou não a queixa. A subsidiária da pública foi objeto de nosso comentário no art. 29.

A titularidade para oferecer a queixa é, em regra, do ofendido. Se incapaz a queixa crime deverá ser proposta por seu representante legal, que ainda assim, segundo Mendonça et al, 2019, pág.130, não é parte da ação, que continua sendo o ofendido. Neste caso, de acordo com o autor, a impossibilidade processual ou a incapacidade de atuar em juízo do ofendido vai ser suprida por seu representante que o faz se apresentando em seu nome e em sua defesa em juízo. A queixa crime também pode ser proposta pelo sucessor em caso de morte ou ausência do ofendido, exceto, como já explicitado acima, no caso de ação personalíssima.

Os Princípios que regem a ação penal exclusivamente privada são os da **Oportunidade/Conveniência ou Discrecionabilidade** (quando ao ofendido ou seu representante legal é permitido se é ou não conveniente propor a queixa, mesmo possuindo elementos suficientes para iniciar a demanda. A não propositura é a

chamada Renúncia e deve ocorrer antes de ajuizada a ação), o da **Disponibilidade** (uma vez proposta a queixa poder-se-á deixar de levá-la adiante seja por meio da perempção – art. 60 do CPP e 107, IV, do CP – ou do perdão – art. 107, V, CP. O perdão acontece depois de ajuizada a ação e se concedido a um aproveitará a todos – Art. 51 do CPP), o da **Intranscendência** (o processo não pode ir além da pessoa do autor, coautor ou partícipe do delito) e da **Indivisibilidade** (o ofendido ao entender que deve apresentar a queixa somente poderá fazê-lo em face de todos os autores e partícipes do delito identificados, ou seja, a ação não pode ser proposta apenas em face de alguns dos agentes do delito).

O perdão, decorre do princípio da disponibilidade da ação penal privada. Temos no art. 105 do CP: “o perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação”.

Nos casos de exclusiva ação privada, pode o querelante, querendo, perdoar o querelado. Se este o aceitar, o perdão será válido. Se concedido, mediante declaração expressa nos autos, o querelado deve ser cientificado de que dispõe de três dias para dizer se o aceita ou não, com o esclarecimento de que seu silêncio importará em aceitação. O perdão pode ser concedido enquanto não transitar em julgado eventual sentença condenatória (CP. Art. 106, § 2º). TOURINHO FILHO, 2013, pág. 242.

O art. 106, 2º do CP dispõe que o perdão pode ser concedido mesmo depois de proferida a sentença condenatória, enquanto não se verificar seu trânsito em julgado.

Perempção, por seu turno, segundo Marcão, 2019, pág. 280, “é uma sanção jurídica processual que se impõe ao querelante como consequência de sua desídia frente aos rumos do processo instaurado por iniciativa sua”. O artigo 60 do CPP elenca os casos em que se dá a perempção. Há que se ressaltar que a perempção não se aplica na Ação Penal Privada subsidiária da Pública, pois neste caso, segundo o autor, se o querelante faltar ou a abandonar o Ministério Público assumirá a ação como parte principal.

Possui legitimidade ativa a vítima de estupro para propositura de ação penal privada subsidiária da pública contra acusado por suposto crime contra a liberdade sexual, pois, nos termos do art. 30 do CPP, somente cabe ao ofendido ou ao seu representante legal intentá-la. (STJ – RHC 26.530/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011)

LEGITIMIDADE – QUEIXA-CRIME – OFENDIDA. Possui legitimidade para formalizar ação penal privada a mulher de cidadão quando atribuída a este infidelidade conjugal – inteligência do artigo 30 do Código de Processo Penal. (STF – Pet 7417 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 25-02-2019 PUBLIC 26-02-2019)

[...] **Falece legitimidade ativa “ad causam” ao ora noticiante para fazer instaurar, em nome próprio, a pretendida ação penal privada subsidiária da pública, considerado o que dispõem os arts. 29, 30 e 31 do Código de Processo Penal. – A questão pertinente à legitimação ativa “ad causam” para o ajuizamento da queixa subsidiária traduz matéria de direito estrito, pois, em tal hipótese, a titularidade do poder de agir somente caberá ao próprio ofendido, ou, no caso de sua morte, apenas ao seu cônjuge, aos seus ascendentes, aos seus descendentes ou aos seus irmãos (CPP, art. 29, c/c o art. 31), eis que taxativo o rol inscrito no mencionado art. 31 do Código de Processo Penal (RT 466/321).** – A legislação processual penal tornou inviável o ajuizamento, por qualquer um, de ação penal privada subsidiária da pública, a significar que, em tema de queixa subsidiária, a qualidade para agir não se estende a qualquer pessoa, entidade ou instituição. Precedentes. – Sem razão o noticiante quando sustenta o caráter de universalidade da ação penal privada subsidiária da pública, que não se qualifica – cabe insistir – como ação penal popular, inexistente em nosso sistema jurídico, ressalvada a hipótese excepcional do remédio constitucional do “habeas corpus” (RT 718/518 – RTJ 164/193, v.g.). (STF – Pet 8869 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 04-11-2020 PUBLIC 05-11-2020) [grifou-se]

Considerando haver Jurisprudência sobre a possibilidade de condenação em honorários na ação penal privada cabe comentar sobre a fixação de honorário na ação penal privada, pois segundo Mendonça et al, 2019, pág. 130, a jurisprudência do STJ entende que o vencido na ação penal privada deve pagar verbas sucumbenciais, inclusive com inclusão dos honorários advocatícios, exceto em caso de extinção da punibilidade.

Processual Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ação Penal Privada. Fixação de honorários advocatícios. Possibilidade. Ofensa ao art. U804 do CPP. Inocorrência. Aplicação da analogia e Princípios Gerais de Direito. Art. 3º do CPP. Agravo não provido. 1. Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de ser possível a condenação do vencido na ação penal privada ao pagamento de honorários sucumbenciais, o que resulta da aplicação da analogia e dos Princípios Gerais do Direito. (STJ, AgRg no REsp1417694/SP, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 19-4-2018, DJe de 25-4-2018)

[...] A questão relativa à aplicação, por analogia, dos princípios da sucumbência e da causalidade como referenciais ao arbitramento de honorários em ação penal privada, é fruto de interpretação amadurecida no seio da jurisprudência, tanto desta Suprema Corte como do Superior Tribunal de Justiça. No âmbito da Corte Superior, responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal, a divergência foi solvida por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.218.726/RJ, admitindo a incidência do princípio geral da sucumbência às ações penais de natureza privada. Transcrevo a ementa do acórdão da Terceira Sessão: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ART. 3º DO CPP. I -

"Consoante a jurisprudência sedimentada do STJ, o princípio geral da sucumbência é aplicável no âmbito do processo penal quando se tratar de ação penal privada" (AgRg no REsp n. 1.206.311/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi). II - Tal entendimento, que decorre da aplicação do disposto no art. 3º do CPP, restritivamente às ações penais. (STF – Pet 7168 AgR-segundo, Relª. Minª. ROSA WEBER, Julgamento 14/05/2020, Publicação 20/05/2020). [grifou-se]

Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Artigos Relacionados

Arts. 24, § 1º, 36, 38 e 268 deste Código.

Arts. 100, § 4º do CP.

Arts. 6º e 22 do CC

Lei 9.278/1996

Art. 226, parágrafo 3º, da CF/1988

O cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão podem oferecer queixa ou prosseguir na ação em caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente (art. 100, § 4º, do CP). A doutrina majoritariamente seguida pela jurisprudência entende o rol como sendo taxativo e preferencial (Capez, 2020, 196), de modo que não pode ser ampliado ainda que a interpretação possa ser extensiva, no sentido de abarcar o convivente em união estável (lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, art. 226, parágrafo 3º, da CF) e a união homoafetiva. O STF já reconheceu a união estável e a união

homoafetiva (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132) como entidades familiares, por isso há que se conceituar “cônjuge” de maneira ampla, progressiva e para tanto considerando o companheiro(a) como tal.

Ao se considerar o rol como taxativo não cabe nem se admite a inclusão de quaisquer outras pessoas nesse rol, como o curador ou o espólio (Mendonça et al, 2019, pág. 132). Nesse sentido:

APELAÇÃO. ESPÓLIO ADMITIDO COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS, DO STF, DO STJ E DO TJSP. RECURSO NÃO CONHECIDO POR AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. 1. Para que se pudesse reconhecer a possibilidade de um espólio figurar na condição de Assistente de Acusação, haver-se-ia de admitir uma de duas hipóteses: ou o próprio espólio seria a "vítima" do crime, ou, então, ele assumiria a posição de substituto da vítima (aqui entendida como a pessoa falecida). Nenhuma das diretrizes se sustenta juridicamente. 1.1. Na primeira hipótese, careceria ao espólio um plexo de direitos passíveis de lesão penal. O direito penal, enquanto "ultima ratio", somente pode incidir em face de lesões a situações jurídicas de dignidade fundamental. 1.2. Na segunda hipótese, haver-se-ia de entender que o espólio agiria como substituto da pessoa falecida, substituto do "de cujus". Todavia, isso acabaria por violar alguns preceitos legais que reclamam uma interpretação restritiva, na esteira do quanto já foi reiteradamente reconhecido por nossa doutrina e jurisprudência. O rol legal dos Assistentes de Acusação é taxativo, e não inclui o "espólio". Nesse sentido, a Doutrina de J. F. Mirabete, e a jurisprudência do STF (AI n. 32.195/SP, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 15/09/1964), do STJ (REsp n. 366/SP, Rel. Min. Costa Leite, j. 14/08/1990), e do TJSP (Apel. Crim. n. 0082000-73.2001, Rel. Des. Debatin Cardoso, j. 25/09/2008). 2. Recurso de apelação não conhecido, tornando sem efeito o despacho que admitiu o espólio de Idaly Muriel Mendes de Almeida como Assistente do Ministério Público. (TJSP; Apelação Criminal 0099413-55.2008.8.26.0050; Relator (a): Airton Vieira; Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro Central Criminal Barra Funda – 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/03/2016; Data de Registro: 07/03/2016)

Mendonça et al, 2019, p. 132, também esclarece, no entanto, que somente haverá sucessão se o prazo decadencial ainda estiver em aberto, ou seja, que ainda não tenha havido a extinção de punibilidade pela decadência. Conforme o art. 38, parágrafo único deste CPP decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier saber quem é o autor do crime, exceto se, quando a vítima morreu, já se tinha operado a decadência (Capez,

2020, pág. 204). Segundo ainda Capez, 2020, pág. 204, “O prazo decadencial é interrompido no momento do oferecimento da queixa, pouco importando a data de seu recebimento”.

Nesse sentido temos: *Decadência. Queixa oferecida dentro do prazo, mas perante juízo incompetente 'ratione loci'. Irrelevante tal circunstância para o efeito de contagem do prazo decadencial. O que importa é a data do início da ação penal, ou seja, do oferecimento da queixa-crime em juízo e não a do seu recebimento. Nulidade por incompetência do juízo só atinge os atos decisórios (art. 567, do CPP) e não os atos de instrução e seguimento. 'In casu', não se configurou a decadência. Recurso improvido. (STF, 2ª T., RHC 63.665, DJU, 9 de maio 1986, pág. 7627).*

Há que se observar que o prazo para propositura da queixa se dá a partir do conhecimento da autoria e não da ausência ou morte do ofendido. Caso decaído o direito do ofendido de oferecer a queixa nem sua morte (art. 6º CC) nem sua ausência (art. 22 do CC) irá reabrir o prazo para que os seus sucessores proponham a queixa (Mendonça et al, 2019, pág. 132).

Caso compareça mais de uma pessoa com direito de queixa deverá ser obedecido a ordem constante neste artigo, qual seja: cônjuge (interpretação extensiva considerando o companheiro), ascendente (pais, avós e bisavós), descendente (filhos) ou irmão. Segundo Medeiros, 2019, “Para ter direito de queixa basta que os legitimados da classe anterior não compareçam, ainda que existam”.

Caso exista mais de um parente em cada categoria (pai e mãe, avô e avó, mais de um irmão) basta que apenas um proponha a queixa. Segundo Mendonça et al, 2019, pág. 132, caso haja discordância entre eles (um quer propor o outro não) prevalece a vontade de quem queira propor a queixa conforme dispõe a parte final do artigo 36 “[...] podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone”.

Conforme dispõe o art. 268 deste CPP os sucessores podem assistir ao MP na ação pública.

Recurso extraordinário contra decisão concessiva de "habeas corpus". Recurso interposto por quem se apresenta na qualidade de terceiro prejudicado. - Para não se admitir a intervenção do ora recorrente, que se apresenta na qualidade de terceiro prejudicado em

recurso extraordinário criminal, e suficiente acentuar que ele não figura na ação penal como ofendido, nem comprovou, nos autos, que preenche qualquer dos requisitos para figurar como assistente (art. 268 combinado com o artigo 31, ambos do Código de Processo Penal). - Mas, ainda que tivesse havido essa comprovação, não teria ele legitimidade para recorrer extraordinariamente, tendo em vista o enunciado da Súmula 208: "O Assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de "habeas corpus". Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 161045, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 26/04/1994)

CORREIÇÃO PARCIAL – DECISÃO JUDICIAL QUE INDEFERIU A HABILITAÇÃO DE ENTIDADE SINDICAL COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO – ERROR IN PROCEDENDO – OCORRÊNCIA – HABILITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EMBORA NÃO MENCIONADA NO ROL DOS ARTS. 268 E 31 DO CPP – POSSIBILIDADE – PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – PRECEDENTES – DECISÃO REFORMADA – CORREIÇÃO PARCIAL DEFERIDA (TJPR – 1ª C.Criminal – CPC – 1697686-8 – Guarapuava – Rel.: Desembargador Clayton Camargo – Unânime – J. 03.08.2017)

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DO RECLAMANTE. SUPOSTA AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O PARADIGMA INVOCADO. INOCORRÊNCIA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 594.104/MT. ACÓRDÃO DE REVISÃO CRIMINAL QUE ABSOLVEU O RÉU POR FUNDAMENTO IDÊNTICO AO ANTERIORMENTE CONJURADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A reclamação, por expressa determinação constitucional, destina-se a preservar a competência desta Suprema Corte e garantir a autoridade de suas decisões, ex vi do art. 102, I, I, da CF, além de salvaguardar o estrito cumprimento dos enunciados da Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A, § 3º, da Constituição, incluído pela EC 45/2004. Neste particular, a jurisprudência desta Suprema Corte estabeleceu diversas condicionantes para a utilização da via reclamationária, de sorte a evitar o uso promíscuo do referido instrumento processual. 2. Na hipótese sub examine, a) **cuida-se de Reclamação ajuizada por um dos filhos da vítima do crime de homicídio, cujos executores foram absolvidos em acórdão do TJMT reformado por esta Corte no RE 594.104/MT, invocado como paradigma, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade ativa ao filho da vítima, ainda que não tenha se habilitado como assistente de acusação no curso da ação penal;** (b) Note-se, inclusive, que, conforme se extrai dos autos do RE 594.104, **o patrocínio daquele recurso foi promovido pela mesma causídica constituída nestes autos, tendo atuado em defesa de um dos filhos da vítima (irmão do Reclamante) e da viúva, ambos habilitados como assistentes de acusação na ação penal de origem;** (c) Destarte, ressoa

inequívoco o interesse da família da vítima no deslinde do caso, de modo que não se pode, por excessivo apego formal, afastar a relação de pertinência subjetiva do promovente da presente Reclamação, uma vez que este, enquanto filho da vítima, atua, também, na qualidade de representante dos interesses da família, consoante se extrai da própria petição inicial, quando afirma que os cinco filhos do vítima, o agricultor VALDIVINO LUIZ PEREIRA, ainda crianças à época do assassinato, decidiram ingressar na faculdade de direito e estudar para fazer justiça à morte do pai. [...] (STF – Rcl 29621 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 30-09-2019 PUBLIC 01-10-2019)

Art. 32. Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal.

§ 1º - Considerar-se-á pobre pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família.

§ 2º - Será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido.

Artigos Relacionados

Arts. 68 e 806 deste Código

Arts. 5º, LXXIV e 134 da CF

Lei Complementar 80/1994

Art. 99, CPC

Lei 1060, de 5 de fevereiro de 1950

Entende-se neste artigo que a assistência judiciária é dever de Estado. O art. 5º, LXXIV, da CF/1988 dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Bulos, 2008, pág. 393 ensina que “esta matéria é indubitavelmente relevante. Significa que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, ou seja, toda e qualquer entidade político-administrativa, têm o dever de assistir os hipossuficientes”. E prossegue:

Frise-se que este inciso não exclui a presença do advogado. A gratuidade aí prevista em nada impede o necessitado de fazer-se representar por profissional liberal. Se o seu direito abrange ambos os benefícios – a isenção de pagamentos e a prestação

de serviços – nada obsta a que ele reclame do Estado apenas o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada. [...] – BULOS, 2008, pág. 393.

Já o artigo 134 da CF/1988 define que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

A Lei Complementar 80/1994, de 12 de janeiro de 1994, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e traz em seu art. 4º, inc. I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; e no inc. XV– patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública.

O dispositivo, por sua vez, não faz qualquer distinção sobre sua aplicação na ação penal exclusivamente privada e/ou na privada subsidiária da pública (Mendonça et al, 2019, p.134) podendo, destarte, ser aplicado em ambos os casos.

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL RECEBIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO POR DETERMINAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO DA AÇÃO PENAL PRIVADA QUE OBJETIVAVA A CONDENAÇÃO DO QUERELADO PELOS CRIMES DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA E FALSO TESTEMUNHO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. **AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA. DESCABIMENTO DE COBRANÇA DE CUSTAS JUDICIAIS. ADEMAIS, DEFERIDO O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA POR OCASIÃO DO RECEBIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PARTICULAR. RESTITUIÇÃO DAS CUSTAS INDEVIDAMENTE RECOLHIDAS. CABIMENTO.** [...] - A ação penal privada subsidiária da pública não comporta o recolhimento de custas processuais, pois a vítima atua no lugar do Ministério Público que foi desidioso, tratando-se de ação de natureza pública. Logo, é possível a restituição das custas judiciais recolhidas indevidamente. [...] - Recurso parcialmente conhecido, por determinação do Superior Tribunal de Justiça, e parcialmente provido. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.062465-6, de Chapecó, rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 10-11-2015).

Temos então, que em havendo hipossuficiência por parte de pessoas envolvidas em demandas judiciais, não haverá óbices para que o Estado designe assistência jurídica gratuita em favor delas, lembrando que não há exclusividade da Defensoria Pública na defesa de hipossuficientes, pois conforme a Lei 1060, de 5 de fevereiro de

1950, que estabelece normas para a concessão de assistências judiciária aos necessitados, pode, em casos em que não haja disponibilização de Defensores Públicos, nomear-se advogado dativo.

[...]

Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

§ 1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais.

§ 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado. (Lei 1060, de 5 de fevereiro de 1950).

[...]

O Código de Processo Civil em seu Art. 99 estabelece que o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso e acrescenta em seu §1º que “Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso”. Dispõe o § 2º que o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

Nesse sentido (diretamente do § 2º) temos o seguinte entendimento do STJ:

Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Execução. Embargos à execução. Gratuidade da justiça. Indeferimento. Reforma do julgado. Análise de matéria fático-probatória. Incidência da súmula nº 7 do STJ. Posicionamento do STJ. Indeferimento do pedido de justiça gratuita. Não comprovação da hipossuficiência. Aplicação da súmula nº 83 do STJ. Agravo interno não provido. 1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do

novo CPC. 2. A alteração das conclusões do acórdão recorrido exige reapreciação do acervo fático-probatório da demanda, o que faz incidir o óbice da Súmula nº 7 do STJ. 3. O STJ adota o posicionamento de que o pedido de gratuidade de justiça pode ser negado se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão do benefício, desde que a parte requerente tenha sido previamente intimada para comprovar a alegada hipossuficiência, o que também atrai a incidência da Súmula nº 83 do STJ, aplicável em ambas as alíneas do permissivo constitucional. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1505686 / SP, rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 14/09/2020)

Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural é o que dispõe o § 3º e nesse sentido temos o seguinte entendimento do STJ:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Admissibilidade. Decisão agravada. Artigo 932, inciso iii, do código de processo civil de 2015. Ausência de impugnação. Gratuidade de justiça. Insuficiência superveniente de recursos.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Incumbe ao agravante infirmar especificamente todos os fundamentos da decisão atacada, demonstrando o seu desacerto, de modo a justificar o cabimento do recurso especial interposto, sob pena de não ser conhecido o agravo (art. 932, inciso III, do CPC/2015). 3. Na hipótese, não havendo indícios de ausência dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade de justiça, presume-se verdadeira a alegação de hipossuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural (art. 99, § 3º, do CPC/2015). 4. O deferimento do pedido de justiça gratuita não opera efeito retroativo, cabendo ao beneficiário o pagamento das custas e despesas já havidas.

5. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 1670439 / SP, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 21.09.2020)

Logo, basta declaração de pobreza da parte para a concessão do benefício, estando dispensada prova documental.

Em sentido contrário, no entanto, temos o julgado abaixo, recente: Agravo interno no agravo em recurso especial. Embargos do devedor. Requerimento. Custas, diferimento. Determinação de comprovação da hipossuficiência. Despacho de mero expediente. Irrecorribilidade. Art. 1.001 do CPC. Não provimento.

1. À parte, tendo requerido o diferimento das custas, foi determinada a comprovação da hipossuficiência financeira. 2. Ausência de conteúdo decisório que não autoriza a interposição de recurso. 3.

"1. Hipótese em que, interpostos Embargos de Divergência, a

Presidência do STJ determinou ao recorrente que comprovasse a concessão da gratuidade na origem ou recolhesse o preparo, em dobro, no prazo de cinco dias, sob pena de deserção. 2. Não são recorríveis pronunciamentos jurisdicionais sem conteúdo decisório, como no caso dos autos. Art. 203, c/c art. 1.001, ambos do CPC/2015. 3. Agravo interno não conhecido" (AgInt nos EDcl na PET nos EAREsp 1209653/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 6/11/2019, DJe 11/11/2019). 4. Agravo interno a que se nega provimento.

O § 1º do artigo 32 do CPP, busca conceituar o que seja pobreza para esse fim e encontramos que

O conceito legal de pobreza não abrange apenas aquele que não tenha condições mínimas de subsistência. O legislador entende que se considera pobre aquele que não puder prover as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento. Portanto, mesmo que a vítima tenha imóvel próprio – desde que não seja luxuoso, por óbvio –, isso não impede, por si só, a concessão do benefício, desde que se demonstre que custear os gastos do processo irá prejudicar o pagamento das demais despesas indispensáveis ao sustento de sua família. (MENDONÇA et al, 2019, p. 134)

Nesse sentido temos jurisprudência sobre o conceito de pobreza. *Justiça gratuita, conceito de pobreza jurídica. O conceito de pobreza mencionado na Lei 1.060/50 não significa miséria e não se atém ao exame profundo da condição econômica da parte interessada; ao contrário, satisfaz-se com a ideia de que o pagamento das custas do processo possa representar prejuízo do sustento próprio do requerente e de sua família, afinal, o que se intenta com o instituto da assistência judiciária gratuita é possibilitar o jurisdicionado em promover seus direitos, cumprindo assim, com o espírito constitucional de acesso amplo e irrestrito ao judiciário, preconizado nos incisos XXXV, LV e LXXIV do art. 5º da CF/88. Diante disso, basta a declaração de miserabilidade pelo interessado para que ele faça jus à justiça Gratuita, desde que não infirmada por prova em sentido contrário (§ 1º do art. 4º da Lei 1060/50). Nesse sentido, o art. 790 § 3º da CLT, que regulamenta a justiça gratuita em âmbito infraconstitucional na Justiça do Trabalho, dispõe que a concessão dos benefícios da justiça gratuita depende apenas do fato de o trabalhador perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declarar, sob as penas da lei, que não está em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (TRT-3, RO 00019872014016030020001987*

Quanto aos procedimentos

A parte pode se dirigir diretamente à Defensoria Pública para obter um advogado. Pode, também, o que é incomum, se dirigir ao juiz, que irá encaminhar a parte à defensoria. Se não houver defensoria na comarca, o juiz solicitará indicação da OAB. Em outra hipótese, o juiz poderá nomear um advogado. Há, ainda, a possibilidade de a parte procurar um advogado particular por conta própria, que aceite trabalhar em sistema de assistência judiciária. Neste caso, o advogado só poderá cobrar a sucumbência da parte contrária. Este advogado, ao peticionar, deverá requerer o benefício da assistência judiciária para o querelante. Sugere-se, por cautela, que a inicial se faça acompanhar de uma declaração de pobreza assinada pelo querelante. MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. <https://www.flaviomeirellesmedeiros.com.br:2020> – acesso 11/10/2020.

No caso de o querelante ser beneficiário da Assistência Judiciária, de acordo com o art. 806 do CPP, não haverá pagamento de custas.

Art. 33. Se o ofendido for menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e se não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

Art. 4º, inc. III Código Civil

Art. 1.775 Código Civil

Art. 1.775-A Código Civil

Art. 1.783-A Código Civil

Lei 13.146/2015

A colisão de interesses se dá quando, por exemplo, os pais sejam os potenciais autores do crime em detrimento ao próprio filho.

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.
ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

NÃO-COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE POBREZA DA FAMÍLIA DA VÍTIMA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO DA REPRESENTANTE LEGAL. COLISÃO DE INTERESSES ENTRE A MENOR E A GENITORA. CURADOR ESPECIAL. PRAZO DECADENCIAL. CONTAGEM A PARTIR DA NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

1. Trata-se de crime de estupro cometido contra menor de quatorze anos de idade. A denúncia foi oferecida pelo parquet em razão do disposto no inciso I do § 1º do referido dispositivo legal, que autoriza a ação penal pública, mediante representação da vítima ou de seus representantes legais, nos casos em que estes não tenham condições financeiras de propor a ação penal privada.

2. Primeiramente, não há como conhecer da alegação de ausência da prova da pobreza da família da ofendida, se o tema não foi objeto de debate e decisão por parte do Tribunal de origem, ante a indevida supressão de instância, que resta evidenciada pela simples leitura do aresto da apelação.

3. O evidente conflito entre o interesse da menor incapaz e a disposição contrária de seu representante legal implica a nomeação de curador especial, nos termos do art. 33 do Código de Processo Penal e 142, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90.

4. Nomeado curador pelo juiz, o prazo decadencial tem curso a partir do dia em que tomar ciência da nomeação e não da data dos fatos, como afirmou o impetrante na exordial. De qualquer forma, não há nenhum elemento nos autos para aferir quando o curador foi intimado.

5. Afirmando as instâncias ordinárias que a representação foi oferecida pelo curador especial, a condição de procedibilidade da ação penal foi suprida, permitindo o prosseguimento da persecução criminal, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 225 do Código Penal.

6. Dessa forma, a pretensão de trancar a ação penal ao argumento de inexistir conflito de interesses entre a vítima e a sua genitora, bem como por ausência de representação, implicaria, necessariamente, no reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita.

7. Ordem denegada. (STJ – HC 52.089/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 19/12/2008)

O curador pode ser nomeado de ofício ou a pedido do Ministério Público. Por outro, ainda que o curador tenha sido nomeado, e embora o legislador não tenha se referido diretamente a quem deve ser o nomeado interessante seria a nomeação de pessoas próximas. *“A atual jurisprudência não tem admitido o emprego do habeas corpus em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional. 2. Não há ilegalidade nos autos quanto à nomeação de novo curador especial, que apresentou a representação, tendo em vista o interesse das menores incapazes e a disposição contrária da representante legal. 3. No tocante à apontada ilicitude das*

provas, não prospera a tese da defesa, considerando que a atividade do delegado de polícia, antes de comunicar à Procuradoria-Geral de Justiça, limitou-se a realizar a verificação mínima da plausibilidade da acusação, com o propósito de verificar se não tratava de notitia criminis manifestamente descabida. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 340988/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., j. (08.11.2016)

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Informações Complementares à Ementa

"[...] 'havendo conflito de interesses entre a vítima menor e o seu representante legal, poderá exercer o direito de representação o curador especial nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo Juízo condutor do feito, hipótese em que o prazo decadencial começará a fluir a partir da data em que o curador tomar ciência da nomeação".

Pode se ter como referência os arts. 1.775 e 1.775-A do Código Civil. **1.775.** O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito. §1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto. **Art. 1.775-A.** Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015). Em não sendo possível, até por colidência de interesses, segundo Marcão, 2019, pág. 268, “o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal, conforme interpretação que se extrai do art. 33 do CPP, por analogia”. Segundo Capez, 2020, pág. 187, “o curador nomeado não está obrigado a oferecer a queixa”. Para o oferecimento da queixa deve o curador examinar no caso concreto a conveniência para o menor da propositura da ação penal, sendo que o curador agirá em seu próprio nome

em defesa dos interesses do menor ofendido.

Naquilo que diz respeito à incapacidade da pessoa com deficiência, houve uma mudança substancial e somente pode ser considerado relativamente incapaz aquele que “por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade”, conforme o art. 4º, inc. III do Código Civil, porquanto temos na Lei 13.146/2015, art. 6º que a “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”. Se a pessoa não puder exprimir sua vontade e em havendo dúvida sobre a capacidade de se expressar obstruindo o ofendido de expressar sua vontade, há que se avaliar esse grau de deficiência, que deverá ser realizada por equipe especializada obedecendo-se o constante do art. 2º, § 1º da Lei 13.146/2015. Além desta Lei haveremos de reportarmos à Convenção das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo no 186/2008 – Decreto no 6.949/2009 - Declaração Universal dos Direitos Humanos) que impõe ao Estado signatário “que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (art. 12) e quanto ao campo jurídico o art. 13, da Convenção, que trata sobre o acesso à Justiça, traz “Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares”. O art. 13 assevera ainda, que “a fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário”. Houve ainda a introdução do art.1.783-A, no Código Civil, que é uma inovação, através do instituto da tomada de decisão apoiada.

É um processo judicial criado pela Lei Brasileira de Inclusão para garantir apoio à pessoa com deficiência em suas decisões sobre atos da vida civil e assim ter os dados e informações necessários para o pleno exercício de seus direitos. É um processo autônomo, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica os apoiadores de sua confiança a serem nomeados pelo juiz. Do processo judicial de tomada de decisão apoiada participam, além da parte interessada e das duas pessoas apoiadoras, o juiz, que é assistido por uma equipe multidisciplinar, e o Ministério

Público. Participam do processo o Ministério Público, o Juiz, as duas pessoas indicadas pela pessoa com deficiência e a própria parte interessada. (Medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, 2016, pág. 7) (Conselho Nacional do Ministério Público Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília : CNMP, 2016. 27 p. il.)

Art. 34. Se o ofendido for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.

Artigos Relacionados

Arts. 50, parágrafo Único, 52 e 54 deste Código;

Art. 5º, caput, do CC/2002

Súmula 594 do STF (ler observação sobre sua revogação quando de sua menção no texto)

Objetivamente dispõe o art. 34 do CPP que, sendo o ofendido menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa pode ser exercido por ele ou seu representante legal. Nesse sentido, o enunciado da Súmula n. 594 do STF. “**SUMULA 594** - OS DIREITOS DE QUEIXA E DE REPRESENTAÇÃO PODEM SER EXERCIDOS, INDEPENDENTEMENTE, PELO OFENDIDO OU POR SEU REPRESENTANTE LEGAL”. **Data de Aprovação - Sessão Plenária de 15/12/1976**. Entende-se, porém, que este artigo do Código de Processo Penal foi tacitamente revogado pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2001), considerando que este, em seu art. 5º, conferiu capacidade plena para o maior de 18 anos. Essa capacidade plena, antes estava prevista apenas para o maior de 21. Considerando, então, o disposto no Código Civil Brasileiro parece não haver dúvida para o entendimento de que ao completar 18 anos, o ofendido não mais possui representante legal, já que é plenamente capaz segundo a lei civil e, por isso mesmo, somente ele poderá ajuizar a queixa. Fernando Capez, 2020, p.188, no entanto, entende que “a súmula não perdeu completamente o sentido, pois, no caso do menor de 18 anos, continuam a existir dois prazos decadenciais: o do representante legal, que se inicia a partir do respectivo conhecimento da autoria, e o do menor, que só começa a correr no dia em que completa 18 anos”.

Houve o reconhecimento pelo STF de dois prazos para o exercício do direito de queixa: um para o ofendido e outro para o representante legal. Nesse sentido temos:

Súmula 594 STF – Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.

1. Na ocorrência do delito descrito no art. 214 do Código Penal – antes da revogação pela Lei 12.015/2009 –, o prazo decadencial para a apresentação de queixa ou de representação era de 6 meses após a vítima completar a maioridade, em decorrência da dupla titularidade. 2. Esta Suprema Corte tem reconhecido a dualidade de titulares do direito de representar ou oferecer queixa, cada um com o respectivo prazo: um para o ofendido e outro para seu representante legal. Súmula 594 do STF. Precedentes. 3. Ordem denegada. (STF – HC 115.341, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 14-10-2014, DJE 22 de 3-2-2015).

[...] Nomeado curador pelo juiz, o prazo decadencial tem curso a partir do dia em que tomar ciência da nomeação e não da data dos fatos, como afirmou o impetrante na exordial. De qualquer forma, não há nenhum elemento nos autos para aferir quando o curador foi intimado. [...] (STJ – HC 52.089/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 19/12/2008)

No mesmo sentido: “Penal. Processual penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Ofendida menor de dezoito anos. Direito de queixa. Omissão do representante legal. Queixa da ofendida ao atingir dezoito anos. Decadência. Súmula 594-STF, CPP. Art. 33, 34, 50, parágrafo único, e 52. I. - O direito de queixa poderá ser exercido tanto pela ofendida como pelo seu representante legal. Na hipótese de omissão ou de renúncia deste, a ofendida, ao completar 18 (dezoito) anos, poderá exercer esse direito de queixa, sendo que, nesse caso, o prazo decadencial começará a fluir a partir da data em que ela atingir a maioridade penal. Precedente do STF. RECr 94.524-MS, Relator para o acórdão Min. Néri da Silveira. II. - H.C. indeferido.”

Assim, em resumo, o prazo decadencial para a propositura da ação pelo ofendido é de seis meses a contar do dia que completar 18 anos independentemente de qual tenha sido o comportamento de seu representante legal.

Com o advento do atual Código Civil (Lei 10.406/2002; ver art. 5º), não subsiste no ordenamento a regra do art. 34 do CPP, que determinava a possibilidade de oferecimento de queixa-crime pelo ofendido ou por seu representante legal, quando aquele fosse menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos. A redução da maioridade civil de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos revela que a cautela anteriormente expressa não mais se justifica. De consequência, resulta afastada a

possibilidade de aplicação do art. 34 por analogia, em se tratando do exercício do direito de representação. (MARCÃO, 2019, pág. 255).

Ainda segundo Marcão, 2019, p. 255, “se maior de dezoito anos e mentalmente capaz, o ofendido poderá exercer livremente o direito de representação. Não há falar em concomitante ou concorrente legitimação de outrem”.

Art. 35. A mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada ou quando a queixa for contra ele. (Revogado pela Lei nº 9.520, de 27.11.1997)
Parágrafo único. Se o marido recusar o consentimento, o juiz poderá supri-lo. (Revogado pela Lei nº 9.520, de 27.11.1997)

Arts. 3º, inc. IV e art. 5º inc. I CF/1988;

Lei 9.520/1997

Não foi recepcionada pela CF/1988 (Art. 3º inc. IV e, em especial o art. 5º inc. I – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”). Houve revogação deste artigo pela Lei 9.520 de 27.11.1997.

O constituinte, ao igualar homens e mulheres, acatou uma solicitação há muito reclamada. Expressou em termos constitucionais as longas lutas travadas contra a discriminação do sexo feminino. Ao fazê-lo garantiu muito mais do que a igualdade perante a lei. Assegurou a igualdade em direitos e obrigações. Logo, homens e mulheres que estiverem em situação idêntica, não poderão, seja qual for o argumento, sofrer qualquer cerceamento em suas prerrogativas e nos seus deveres, sob pena de infringir a manifestação constituinte originária. (BULOS, 2008, pág. 123).

Art. 36. Se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e em seguida, o parente mais próximo na ordem de enumeração constante do art. 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone.

Art. 31, CPP

Art. 60, II, deste Código

Art. 226, CF/1988

ADI 4.277

ADPF 132

Segundo Capez, 2020, p. 186, “comparecendo mais de um sucessor do direito de representação, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 36 do Código de Processo Penal, que regula o problema nos casos de concorrência no exercício do direito de queixa”. O fato de haver referência ao art. 31 deste Código, já evidencia que o artigo está tratando de situações em que houve a morte do ofendido ou este foi declarado ausente (Mendonça et al, 2019, p. 146). Entende-se que a ordem de legitimidade seja sucessiva, o que significa dizer que em havendo cônjuge/companheiro este assumirá a ação penal. No art. 60 deste CPP, inc. II, temos que “quando falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36.” Em comparecendo mais de um dentre os legitimados deverá ser dada a preferência ao cônjuge (e neste caso inclui companheiro e união homoafetiva), e em seguida obedecendo a ordem disposta no art. 31, qual seja: ascendente, descendente ou irmão). Caso o cônjuge (visto aqui de forma progressiva) exercer o seu direito e formular a representação, nada mais restará

aos demais legitimados fazer, mas por outro, segundo Marcão, 2019, pág. 269, caso o querelante desista da instância ou a abandone qualquer delas pode prosseguir na ação. Segundo Medeiros, 2020, para que um exerça o direito de queixa, não é preciso que os legitimados da classe anterior inexistam, basta que não compareçam.

O conceito de cônjuge deve ser interpretado de maneira progressiva, para abranger todas as relações admitidas pela Constituição Federal, certamente incluindo não apenas quem vive em união estável, mas também as uniões homoafetivas, reconhecidas pelo STF no conceito de família previsto no art. 226 da CF. O STF ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. [...] MENDONÇA et al, 2019, pág. 74.

Para Marcão, 2019, pág. 255, “se por ocasião da morte do ofendido já havia decorrido o prazo, não será possível representação válida, porquanto evidente a opção do extinto e a decadência do direito”.

Art. 37. As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes.

Artigos Relacionados

Art. 60, inc. IV deste código

Medeiros, 2020 ensina que “A pessoa jurídica não pode, como regra geral, ser sujeito ativo de delito. Podem ser, sim, seus diretores ou administradores. Quanto a ser sujeito passivo do delito, nada há que impeça”. Considerando, por exemplo, que empresas sejam vítimas de crimes, estas, segundo Marcão, 2019, p.255, “poderão exercer o direito de representação, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes”

Vítima é quem foi atingido diretamente pela conduta delitiva. Se o delito foi praticado contra a pessoa jurídica, apenas esta poderá atuar em juízo, em seu nome, por meio de seus (re)presentantes. Se, eventualmente, seus sócios também forem atingidos pela conduta delitiva, neste caso também serão vítimas. MENDONÇA et al, 2019, pág. 146.

Segundo ainda o raciocínio acima, os sócios poderão ser vítimas de crime de difamação e a empresa não ser atingida.

O mesmo autor explica que o fato de um sócio ser vítima de um crime não implica necessariamente que todos os sócios também o sejam indiretamente, e conclui “não há, portanto, legitimidade ad causam para o sócio atuar em nome próprio se o crime foi praticado contra a empresa, conforme já decidiu o STF.

Representação em juízo. Na representação processual da pessoa jurídica presume-se a capacidade de quem está à frente dos negócios, sendo desnecessária a apresentação dos respectivos estatutos, pois é ônus da prova a cargo de quem alega a irregularidade. Inteligência do art. 37 do CPP (TJMS: RT 639/334). BONFIM, 2010, p. 130

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CALÚNIA. INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES DA APELAÇÃO. INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA

CAUSA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULA N. 211/STJ. [...]

4. O reconhecimento da renúncia tácita ao direito de queixa exige a demonstração de que a não inclusão de determinados autores ou partícipes na queixa-crime se deu de forma deliberada pelo querelante. 5. Na hipótese, a queixa-crime atribuiu unicamente ao recorrente as ofensas praticadas por meio de programa de televisão por ele apresentado, não sendo possível concluir que haveria outros agressores contra quem o querelante teria deixado de ajuizar a ação penal, como, aliás, exige o artigo 48 do Código de Processo Penal. CALÚNIA (ART. 138 DO CP). PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. SÚMULA 83/STJ.

1. Para além da discussão relacionada à sua legitimidade passiva na seara penal, o sócio ou representante legal da pessoa jurídica possui legitimidade para intentar ação penal privada em favor da mesma, sendo ele a vítima direta da conduta descrita como delituosa, exatamente como no caso dos autos.

2. Estando a decisão estadual em harmonia com o entendimento deste Sodalício quanto ao tema, de rigor a incidência, na espécie, da Súmula n. 83/STJ.

3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no AREsp 1079374/PB, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 23/03/2018) [grifou-se]

O prazo decadencial em caso de a vítima ser pessoa jurídica começará a ser contado a partir do momento que qualquer um dos representantes legais da pessoa jurídica tomar conhecimento acerca da autoria do crime.

Segundo Marcão, 2019, p. 269, “as fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer o direito de queixa, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem, ou no silêncio destes, pelos seus Diretores ou sócios-gerentes. No caso de ação penal privada personalíssima, somente o ofendido, e mais ninguém poderá ajuizar queixa crime, seja qual for a situação evidenciada”.

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para oferecimento de queixa ou representação. Parágrafo Único: Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, parágrafo único e 31.

Somente após o ofendido ou seu representante legal saber quem é o autor do delito, não basta neste caso que haja suspeitas, ensina Medeiros, 2020, é que começa a ser contado o prazo para o exercício de queixa ou de representação. O prazo é então, de seis meses contados da data do conhecimento da autoria do ato delitivo ou do prazo para oferecimento da denúncia, quando for o caso de inércia do Ministério Público. O prazo de seis meses deve ser contado observando-se o dia correspondente ao sexto mês seguido ao do dia do conhecimento do ato delitivo. Não deve, neste caso, ser considerado como 180 dias.

HC 491470 29/03/2019 Habeas Corpus nº 491.470 - RS (2019/0029772-3) relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca impetrante : Vicente Teston Machado advogado: Vicente Teston Machado – RS 084999 impetrado : Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul paciente : Derli Vargas Witcel ementa penal e processo penal. Habeas Corpus. 1. Impetração substitutiva do recurso próprio. Não cabimento. 2. Extinção da punibilidade. decadência do direito de queixa. artigo 38 do CPP. prazo penal. disciplina do artigo 10 do CP. 3. Prorrogação do termo final. aplicação do artigo 798, § 3º, do CPP. Impossibilidade. Precedentes. 4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Consta dos autos que foi apresentada queixa-crime contra a paciente em 17/9/2018. Contudo, o impetrante afirma que a querelante tomou conhecimento da suposta ofensa e da sua autoria em 17/3/2018, motivo pelo qual o prazo decadencial de 6 meses, previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal, se esgotou em 16/9/2018, conforme contagem disciplinada pelo artigo 10 do Código Penal. 3. As instâncias ordinárias, com fundamento no artigo 798, § 3º, do Código de Processo Penal, consideraram possível a prorrogação do termo final da decadência para o primeiro dia útil, motivo pelo qual não reconheceram a decadência do direito de queixa. No entanto, conforme explicitado na decisão que deferiu o pedido liminar, a norma do artigo 798, § 3º, do Código de Processo Penal foi utilizada de forma equivocada, uma vez que é norma de direito processual, e o prazo decadencial é penal. Dessa forma, não há se falar em prorrogação do termo final do prazo decadencial, encontrando-se, portanto, extinta a punibilidade da paciente. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a extinção da punibilidade da paciente com relação à Ação Penal n. 0001989-10.2018.8.21.0112.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 12 de março de 2019, (Data do Julgamento). Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator.

Como o direito de representação está intimamente ligado ao direito de punir, porquanto o seu não-exercício gera a extinção da punibilidade pela decadência, o prazo para seu exercício é de direito material, computando-se o dia do começo e excluindo-se o do final, além de ser fatal e improrrogável (CP, art. 10) (RT, 525/389). CAPEZ, 2009, p. 125.

Por entender-se, então, que a decadência ou a perda efetiva de um direito que não foi requerido no prazo legal, possui natureza penal o prazo de contagem desta deve obedecer ao art. 10 do CP, ou seja, o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum, sendo esse prazo improrrogável (não se suspende e nem se interrompe).

Se o ofendido for menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal. Em havendo a nomeação de curador especial a este é concedido o prazo de seis meses a partir da intimação da nomeação.

Se tratando de ofendido menor de 18 anos, o prazo não corre contra ele. Já o prazo que flui para o representante legal é contado da data do conhecimento da autoria do crime. Suponha-se que o menor tenha 16 anos, transmitindo nessa mesma data o conhecimento da autoria a seu representante. A partir dessa data, o representante disporá do prazo de seis meses. Se não o exercer, o ofendido, ao completar 18 anos, disporá do prazo de seis meses para fazê-lo. E se o ofendido, aos 16 anos, não revela o fato e autoria ao representante? Ao completar 18 anos, o ofendido terá o prazo de seis meses (JESUS, 2015, p. 31 – apud

<https://www.flaviomeirellesmedeiros.com.br:2020>.

O inquérito policial em geral é instaurado para apurar-se a autoria do delito, mas nos ensina Mendonça et al, 2019, p. 150, que se a autoria for conhecida antes da instauração do inquérito o ofendido pode aguardar, no máximo, seis meses a contar do conhecimento da autoria para propor a queixa. Não poderá ficar no aguardo do final do inquérito, pois o inquérito policial não interrompe o prazo decadencial para propor a queixa. Marcão, 2019, p. 297, explica que “quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, por já dispor de elementos suficientes para formar sua convicção, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação (CPP, art. 46, §1º)”.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot, **Código de Processo Penal Anotado**, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público, **Tomada de decisão apoiada e curatela**: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2016. 27 p. il.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Constituição Federal Anotada** – 8ª Ed. Ver. E atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007, São Paulo: Saraiva, 2008

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal** – 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal** – 27ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

HAMILTON, Sérgio Demoro,
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2006.pdf

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 27ª. ed., Saraiva: 2015, p. 31, apud <https://www.flaviomeirellesmedeiros.com.br:2020> - acesso 11/10/2020

MARCÃO, Renato – **Curso de Processo Penal** – 5ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado**. <https://www.flaviomeirellesmedeiros.com.br:2020> – acesso 11/10/2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de, et al, **Código de Processo Penal Comentado** – Coordenadores – GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ Gustavo Henrique, 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

ROMANO, Rogério Tadeu <https://jus.com.br/artigos/73367/algumas-consideracoes-sobre-a-acao-penal-privada-subsidiaria-da-publica> - acesso 11/10/2020

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Prática de processo penal** – 34ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 242)

TÍTULO III – DA AÇÃO PENAL (continuação)

Clarissa de Faro Teixeira Höfling¹
(arts. 39 ao 50)

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§1º A representação feita oralmente ou por escrito, sem assinatura devidamente autenticada do ofendido, de seu representante legal ou procurador, será reduzida a termo, perante o juiz ou autoridade policial, presente o órgão do Ministério Público, quando a este houver sido dirigida.

§2º A representação conterá todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria.

§3º Oferecida ou reduzida a termo a representação, a autoridade policial procederá a inquérito, ou, não sendo competente, remetê-lo-á à autoridade que o for.

§4º A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito.

§5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

Cuida, o presente artigo, de regulamentar a Representação da vítima, obviamente naqueles casos em que a ação penal objeto da demanda seja de natureza pública condicionada.

Nota-se, do próprio teor do texto legal, que a Representação não necessita ser manifestamente formal, bastando alguma sinalização, suficientemente hígida, acerca do genuíno interesse da vítima/ofendido em ver seu ofensor processado pelo Ministério Público.

Representar, portanto, conforme define Guilherme de Souza Nucci, em seu Código de Processo Penal comentado, *significa **tornar patente um intento**, um objetivo ou um pedido. Tem o **sentido de requerer**, demonstrando aquiescência a algo, que, no processo penal, se reflete na autorização fornecida ao Ministério Público para a propositura da ação penal contra o infrator*”.

¹ Advogada, Especialista em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (GVLaw), Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal) e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito (EPD). É também Pós-Graduada em Governança Corporativa e **Compliance** pela INSPER (Instituto de Ensino e Pesquisa) e em Gestão de Riscos e **Compliance** pela FIA **Business School**.

Nessa esteira, o parágrafo 1º do referido artigo deixa claro que a representação pode ser escrita ou oral, com o que se revela explícita a informalidade de tal declaração. Além disso, prevê-se a possibilidade dessa representação se dar tanto pessoalmente, como por intermédio de procurador, com poderes especiais – que pode ser qualquer pessoa, com os devidos poderes para tanto, não havendo necessidade de ser esta advogado (a).

A única necessidade que se verifica patente, na Representação, é que nela se contenha o máximo de informação possível acerca do caso, circunstância que se faz óbvia, para a própria identificação e apuração dos fatos. Afinal, embora não seja necessário constar a capitulação legal do crime que se representa, suas circunstâncias se fazem minimamente necessárias, até para que possa, o titular da ação penal, aferir quais os fatos têm a vítima verdadeiro interesse em que se prossiga com a acusação (já que a representação se trata de condição de procedibilidade para a ação penal).

Com relação à necessidade da vítima representar, especificamente, contra o autor do crime (e seus supostos coautores ou partícipes), embora a legislação em comento silencie-se a esse respeito, parece evidente não poder ser exigida tal necessidade.

É dizer, quer porque a vítima pode não saber, no momento da representação, quem é (são), exatamente, o(s) autores do delito (que pode depender de investigação), quer porque é vedado, no ordenamento jurídico penal brasileiro, a “escolha” arbitrária de acusados, não se pode exigir que a vítima conste em sua representação a autoria específica do crime, bastando teça ela representação sobre os fatos em si.

Tal entendimento respeita e se coaduna com os preceitos mais básicos do nosso ordenamento jurídico, tais como, os princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade da ação penal, decorrências diretas dos elevados constitucionais que norteiam o devido processo legal (art. 5º, LV, da Constituição Federal) e a atuação estatal, bem assim o próprio princípio da impessoalidade dos atos oficiais (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), e a obrigatoriedade, indisponibilidade e privatividade da ação penal pública (artigo 129, I, da Constituição Federal).

Em outras palavras, obviamente que se estiverem devidamente presentes as condições para a ação penal, havendo provas suficientes da autoria delitiva e de sua materialidade, esgotados os meios investigatórios, deve o Ministério Público iniciar a devida persecução penal com relação aos fatos representados pela vítima e todos os

seus eventuais autores, não podendo o representante do Ministério Público requerer o arquivamento do caso, a não ser que haja justificativa formal para tanto.

E, em caso de justificado arquivamento do caso, com relação a um autor específico, não cabe à vítima ingressar com ação penal privada subsidiária da pública, eis que cumpridos os requisitos legais por parte do titular da ação penal (circunstância que não se aplica em caso de descumprimento das exigências formais por parte do Ministério Público).

Ainda em tempo, sobre a necessidade ou não de haver prévio inquérito policial para apurar os fatos objeto da representação, o § 5º prevê expressamente a possibilidade da sua dispensa, evidentemente, quando previamente presentes os necessários elementos que deem alicerce à ação penal (e desde que legalmente produzidos).

Tal regramento se mostra perfeitamente harmônico com todo o restante do ordenamento legal, que é uniforme em estabelecer a desnecessidade de investigação prévia, antes do oferecimento da denúncia, desde que (e somente se) a acusação estiver sustentada em outros elementos válidos, capazes de dar justa causa à ação penal.

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

O dispositivo legal em questão regulamenta o procedimento a ser adotado, por qualquer autoridade judicial, quando esta se deparar com a possível incidência de fatos que possam ensejar crime de ação penal pública, determinando-se a necessidade de remessa de cópia ao Ministério Público.

Em um sistema acusatório, como o penal brasileiro (*ex vi* do artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, recentemente introduzido pela Lei nº 13.964/2.019 – popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”), tal preceito deve ser aplicado e interpretado com absoluta reserva.

Isso porque, como é cediço, a característica básica do sistema penal acusatório é justamente a inércia da autoridade judicial, que só deve agir quando (e se) provocada,

separando-se as atividades do juízo e da acusação, preservando-se a própria imparcialidade do juízo.

De outro ângulo, se o Ministério Público efetivamente participa de todas as atividades jurisdicionais, seja exercendo o devido controle externo do inquérito policial, seja promovendo (ou nela atuando como *custos legis*) a ação penal, soa desnecessária a aplicação do artigo 40 do Código de Processo Penal, tendo em vista que, via de regra, o órgão acusatório possui amplo conhecimento das provas produzidas nos autos e possui plena autonomia para delas extrair cópias e requisitar instauração de investigação, ou promover denúncia.

Assim, partindo-se das premissas acima, parece até mesmo inócua a necessidade de envio de cópias, por parte do Juízo, de possíveis fatos criminosos ao Ministério Público. Se essa instituição, com efeito, possui acesso a todo o arcabouço probatório, deve agir, de ofício, acaso se verifiquem existentes indícios da existência de outros crimes.

Isto é, até que ponto, o simples fato do juízo determinar a remessa de cópia de determinada peça ao Ministério Público, aplicando-se o artigo 40 do Código de Processo Penal, não fere a própria imparcialidade do juiz, notadamente se o *parquetier* é figura presente em todas as fases da persecução penal, possuindo capacidade e investidura para agir, se entender necessário?

A resposta a tal questão não se revela fácil, devendo, no entendimento da presente autora, a exegese desse dispositivo ser feita sempre à luz dos princípios da razoabilidade e imparcialidade do Juízo, permitindo-se que o juízo lance mão dessa prática apenas em casos excepcionais (ainda assim, sem adentrar, nem mesmo de maneira tangencial ou indireta, em qualquer juízo de valor acerca da ocorrência - ou não- de crime).

Nesse sentido, a jurisprudência se coaduna:

STJ: “1. ‘A *mens legis* do art. 40 do CPP consiste em dar ciência ao Ministério Público da eventual existência de crime de ação pública. Logo, revela-se desnecessária a remessa de cópias dos autos ao Órgão Ministerial, que, atuando como *custos legis*, já teve conhecimento do crime’ (REsp 1.317.676/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 25.02.2014, DJe 04.08.2014). 2. Agravo regimental desprovido” (AgInt no REsp 1330051/RS, 5.^a T., rel. Ribeiro Dantas, j. 26.06.2018, v.u.).

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Regulamenta, o presente dispositivo legal, as formalidades que devem estar contidas na acusação inicial (seja no caso de ação penal pública promovida pelo Ministério Público, seja no caso de ação penal privada, intentada pela vítima).

A importância da obediência aos requisitos legais exigidos se mostra patente, na medida em que é a partir da peça inaugural (denúncia ou queixa), que a ação penal será toda desenvolvida e norteada, permitindo-se ao acusado exercer sua ampla defesa e contraditório.

Isto é, não se trata de mera formalidade, mas de características que devem a inicial acusatória conter, para que se faça válida, sob pena de inépcia.

Assim, exige o legislador a exposição dos fatos criminosos, “*com todas as suas circunstâncias*”.

Por “*todas as suas circunstâncias*”, entende-se que deve a denúncia conter a mínima descrição dos fatos criminosos e o contexto em que se deu a participação de cada acusado. Essa exigência legal constitui garantia indispensável ao exercício do direito à ampla defesa (art, 5º, LV, CF), de que todo cidadão é titular.

Afinal, é a partir da peça exordial que a acusação é delimitada, permitindo-se ao acusado criar os mecanismos necessários para a sua ampla defesa. Nesse sentido:

“Denúncia que não descreve a conduta dos denunciados vulnera a garantia constitucional de plena defesa”

STF, RT 576/472 (g.n.)

“A denúncia que não descreve de forma clara e objetiva a conduta delitiva atribuída ao paciente, impedindo, com isso, a caracterização de seu comportamento como co-autoria ou participação, não preenche os requisitos do art. 41 do CPP tornando inviável o exercício da ampla defesa” – g.n.

STF – 2.ª T. – HC 82.834-5 – Rel. Ellen Gracie – Bol. IBCCRIM 131/740

“A denúncia deve conter a narração do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), com precisa indicação da conduta imputada ao réu, de modo a propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa. É inepta a denúncia que formula acusação genérica ou que não aponta de modo circunstanciado qual o fato punível cuja autoria é imputada ao réu” – g.n.

STJ – 6ª T. – HC 5.368 – Rel. Vicente Leal – RBCCrim 19/351).

O presente dispositivo legal se revela, assim, um dos mais importantes da legislação processual penal, tendo em vista que é a partir da inicial que todo o processo se desenvolverá.

Assim, a exposição dos fatos criminosos, suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou formas que possam ele ser identificado, além da classificação do crime, são características essenciais do libelo acusatório.

Da mesma forma, o momento em que a acusação possui para arrolar suas testemunhas e requerer provas, para provar o fato alegado, é exatamente este, sob pena de preclusão.

A jurisprudência, de alguns anos para cá, se inclinou a passar a aceitar denúncias mais genéricas para alguns tipos de crimes, especialmente aqueles societários, difíceis de se individualizar as condutas. Veja-se:

Especificamente sobre os crimes societários e de autoria coletiva, a orientação desta Corte Superior preleciona que, "embora não possa ser de todo genérica, a denúncia é válida quando demonstra um liame entre o agir dos sócios ou administradores e a suposta prática delituosa, apesar de não individualizar pormenorizadamente as atuações de cada um deles, o que estabelece a plausibilidade da imputação e possibilita o exercício da ampla defesa, cumprindo o contido no artigo 41 do Código Penal". (AgRg no RHC 81.346/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 18/02/2019).
Com efeito, "tem se admitido a denúncia geral, a qual, apesar de não detalhar minudentemente as ações imputadas aos denunciados, demonstra, ainda que de maneira sutil, a ligação entre sua conduta e o fato delitivo ..." (RHC 97.047/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018).
Na hipótese, não há como acolher a tese defensiva acerca da ausência de individualização mínima da conduta da recorrente" (STJ – HC nº 110506/MG. Rel. Min. Ribeiro Dantas. DJE 03/02/2020)

Não obstante isso, não deixou a jurisprudência, também, de exigir, mesmo nesse tipo de caso, mínima descrição hígida dos fatos apontados a cada acusado, a fim de que seja permitido o exercício pleno da ampla defesa e contraditório.

Vale verificar:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA DECLARADA INEPTA PELO TRIBUNAL A QUO. VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPP E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

NÃO RECONHECIDA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE MINIMAMENTE A CONDUTA IMPUTADA AO RÉU. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. Nos chamados crimes de autoria coletiva, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite que a peça acusatória, embora não possa ser totalmente genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir do paciente e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal (RHC 33.263/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/5/2014, Dje 21/5/2014). **2. Não descrevendo a denúncia o modo de colaboração do réu para o crime, sem sequer mencionar seu nome na descrição fática, deixando de demonstrar qual foi o liame entre a sua conduta e as práticas delituosas a ele imputadas, não se tem por atendidos os requisitos do art. 41 do CPP, com prejuízo direto ao exercício da defesa, sendo reconhecida a inépcia da inicial acusatória.** 3. O dissídio jurisprudencial não se encontra caracterizado, conforme exige o art. 541, parágrafo único, do CPC c/c o art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, ante a ausência de similitude fática entre os casos confrontados e, por conseguinte, de divergência de interpretações. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 883862/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, Dje 03.02.2015). – (g.n.)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME AMBIENTAL. ART. 56, CAPUT, DA LEI N. 9.605;1998. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. DUPLA IMPUTAÇÃO. PESSOA FÍSICA E PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP NÃO PREENCHIDOS. DENÚNCIA INEPTA. LIAME ENTRE O FATO DELITUOSO E A EMPRESA DENUNCIADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Após o julgamento do RE 548.181 pela Suprema Corte, a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que a represente. 2. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficarem demonstrados – de plano e sem necessidade de dilação probatória – a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. 3. **É certa, ainda, a possibilidade de trancamento da persecução penal nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade. Precedentes.** 4. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas acerca da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. 5. Embora não se

admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal. 6. **A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos art. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todo as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu.** 7. No caso em exame, a peça acusatória exhibe a tipificação legal da conduta praticada, traz a qualificação da recorrente e expõe os atos supostamente criminosos, com as suas circunstâncias. **Contudo, ao contrário do afirmado no acórdão recorrido, não se verifica na denúncia o liame entre o fato narrado e a conduta da recorrente, seja por meio de sua diretoria ou de algum dos seus funcionários, não restando demonstrado que o caminhão que estava transportando irregularmente produto perigoso à saúde e ao meio ambiente (GLP 1075) é de sua propriedade ou, ao menos, a existência de vínculo empregatício ou contratual entre o motorista do caminhão e a empresa.** 8. Hipótese em que, conquanto tenha a denúncia narrado que Cia. Ultragaz S/A estava transportando irregularmente produto perigoso à saúde, o Parquet olvidou-se de descrever o vínculo existente entre o transportador e a empresa, daí porque não se encontra caracterizada a autoria da prática delituosa. 9. Recurso provido para determinar a anulação da Ação Penal n. 0013958-42.2015.8.08.0030, em trâmite no Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Linhares/ES, sem prejuízo de eventual oferecimento de nova inicial acusatória em razão desse mesmo delito, desde que observados os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. (STJ, RMS 56073/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 03.10.2018) – g.n.

Em arremate, portanto, frases prontas e mera repetição do texto da norma penal imputada não pode servir de base para a inauguração de qualquer procedimento acusatório.

Nesse sentido, conclui-se que, ao acusado, se impõe defender-se de fatos que lhes sejam atribuídos formalmente na acusação, e não de meras e parcas abstrações normativas que, sem substrato fático descritivo, afirme dizer-lhe respeito.

Afinal, a interpretação a ser dada ao presente artigo de lei deve ser sempre feita em consonância aos mais altos preceitos constitucionais, da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Art.42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Tal norma é decorrência lógica dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, que regulamentam, em resumo, o caráter compulsório do Ministério Público em propor denúncia (obviamente que naqueles casos específicos em que se mostram presentes os necessários requisitos legais para tanto).

Esse preceito encontra explicação no fato de que – afortunadamente – já não mais é permitida, pelo legislador, a fase de vingança privada, com o que foi cedido, ao Estado, o direito do particular em buscar punição (condicionado à presença dos requisitos legais para tanto, isto é, indícios suficientes e necessários de autoria e materialidade, capazes de se entrever praticada, em tese, a infração penal).

Como bem leciona Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 2001, p. 12):

“No momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. Percebeu-se, em determinado momento histórico, que ao Estado deve caber o combate à criminalidade, seja preventiva, seja repressiva. O Estado tem o dever de punir.”

Veja-se: o dever de instaurar a devida persecução penal não se trata, em hipótese alguma, de opção arbitrária do Estado, mas de dever democrático, inserido no próprio contexto do Estado Democrático de direito.

E, nesse sentido, cumpre mencionar que tal princípio não afasta o Ministério Público do poder/dever de apreciar a existência dos pressupostos necessários, em cada caso específico, para a execução do exercício da ação penal.

O resultado de tudo o quanto disposto acima é que, se obrigado o Ministério Público, dentro dos limites legais (e nos termos do que lhe autoriza o artigo 129, I, da CF), a propor a ação penal, obviamente não cabe a ele o poder posterior de, compulsoriamente, dela desistir, devendo tal decisão ficar a critério da Justiça, uma vez posta e submetida a questão ao Judiciário.

O poder, portanto, de decidir o desfecho da causa, é exclusivo do Judiciário, por intermédio do juízo competente.

Veja-se, contudo, que tal conceito não é totalmente absoluto, considerando-se os casos em que, havendo os pressupostos legais para tanto, cabe a aplicação de institutos

legais alternativos como a transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95), suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), e até mesmo, o mais novo instituto do acordo de não persecução penal, inserido na legislação processual penal brasileira pela Lei nº 13.964/2.019.

Faz-se pertinente uma observação: como, até mesmo para a aplicação de tais institutos, alternativos e “despenalizadores”, há de ter sido previamente feita a análise criteriosa sobre a existência de pressupostos processuais para a propositura da ação penal, no entender dessa autora não ocorre, nesses casos, a “desistência” da devida ação penal, por parte do Ministério Público.

Isto porque tais institutos só são aplicados nos casos em que já houve a análise, criteriosa, por parte do Ministério Público, a respeito de ser hipótese de oferecimento de denúncia no caso. E após se constatar não ser caso de arquivamento, mas de denúncia, é que fica ele autorizado a, nos termos da lei, oferecer e aplicar, ao réu, tais institutos alternativos, como forma de se aplicar uma “resolução antecipada” do caso.

Isto é, não é que desiste, o Ministério Público, do oferecimento da ação penal, nesses tipos de caso, mas sim, verificando ser caso de denúncia, aplica-se o instituto alternativo, se as condições legais do réu estiverem preenchidas.

Em resumo, portanto, não configura uma desistência de ação penal a aplicação desses institutos, mas um direito do réu, que ia de todo modo ser denunciado, de ter benefícios alternativos aplicados.

Daí porque não se pode, em hipótese alguma, passar-se a aplicar os institutos legais “despenalizadores”, acima mencionados, sem que antes tenha o Ministério Público realizado a própria e necessária aferição de presença dos requisitos legais que lhe autorizasse a oferecer denúncia. Pois, do contrário, perde-se o sentido da aplicação de tais institutos, que passam a ser aplicados de maneira automática até em casos que, não raras vezes, o Ministério Público não iria nem mesmo oferecer denúncia, por ser caso de arquivamento.

Art. 43 (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.

Esse artigo regulamenta os casos de crimes em que a ação penal é considerada privada, ou seja, o direito de ação se faz exclusivo da vítima.

Diferentemente das ações penais públicas, comentadas no tópico acima, em que o Ministério Público é obrigado a propor ação e dela não pode desistir, ficando tal decisão a cargo do Judiciário, nas ações penais privadas, tal direito é exclusivo da vítima, não se considerando um dever.

Isto é, entendeu o legislador que determinados delitos dizem respeito à própria intimidade da vítima, que pode, portanto, decidir se quer processar seu ofensor, não sendo uma regra fazê-lo, já que, por vezes, o exercício da ação penal lhe causará duplo sofrimento, já vitimada pelo crime que sofreu.

Sendo, portanto, direito exclusivo da vítima exercer seu direito de propor ação penal, o artigo 44 é pragmático em regulamentar a forma como esses poderes, pessoais e exclusivos, podem ser exercidos por terceiros, que devem lhe outorgar poderes especiais e específicos para tanto.

No dia-a-dia prático da advocacia, verifica-se que os juízes são extremamente rigorosos com o atendimento de todos os requisitos postos nesse artigo, com relação à procuração a ser dada pela vítima, ao seu advogado ou procurador, para exercer o seu direito de propositura da ação.

Assim, deve sempre constar na procuração, desse tipo de caso, não só o nome da parte para quem se outorga o direito, mas também os fatos em si, data da sua ocorrência, especificação pormenorizada dos fatos que se pretende processar e seus autores.

De qualquer forma, o entendimento predominante da jurisprudência se revela no seguinte sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUEIXA-CRIME. REGISTRO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA E AJUIZAMENTO DE AÇÃO CÍVEL CONTRA OS QUERELADOS. PROCURAÇÃO. MENÇÃO AO DELITO SUPOSTAMENTE COMETIDO. SUFICIÊNCIA. ART. 44 DO CPP. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. INÉPCIA DA INICIAL. ROL DE TESTEMUNHAS FACULTATIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O registro de boletim de ocorrência e o ajuizamento de ação cível contra os querelados, somados à outorga de procuração para o oferecimento de queixa-crime, tornam evidente a autorização do

querelante para o início da ação penal privada contra os querelados.

2. A procuração outorgada pelo querelante ao seu advogado, para fins de ajuizamento de queixa-crime, não requer a descrição pormenorizada do fato criminoso, bastando, no dizer do art. 44 do CPP, a menção a ele, a qual se perfaz tanto com a indicação do artigo de lei como do nomen juris do crime no qual incidiram, em tese, os querelados. Precedentes.

3. A apresentação de rol de testemunhas na queixa-crime é faculdade do autor da ação. Sua ausência não inquina a petição inicial de inepta.

4. Recurso ao qual se nega provimento”. (STJ – RHC nº 69301MG. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJE 09/08/2016)

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUEIXA- CRIME. PROCURAÇÃO. CPP, art. 44.

I. - A procuração que acompanhou a queixa-crime atende à exigência do art. 44 do CPP, na medida em que confere os poderes da cláusula ad judicia e os poderes especiais para oferecer a queixa, com a indicação do nome do querelado e do fato criminoso.

II. - HC indeferido.”(HC 85863, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma DJ 11-11-2005)

Art. 45. A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo.

Se, de acordo com o artigo 564, inciso III, d, 2ª parte, do Código de Processo Penal, a ação penal pode ser nula, até mesmo em casos de ação penal privada, em que tenha o Ministério Público deixado de intervir, logicamente, é o órgão ministerial autorizado a interferir na ação penal privada, como *custus legis*.

Essa parece ser, pois, a razão de ser do presente artigo.

Guilherme de Souza Nucci, em seu Código de Processo Penal Comentado (2015), traz interessantes observações a respeito do tema, quando afirma que:

“embora grande parte da doutrina sustente que o Ministério Público somente intervém, obrigatoriamente, na ação penal privada quando se tratar da subsidiária da pública, sendo facultativa a sua participação no caso de ação exclusivamente privada, ousamos discordar. **Lembremos que a pretensão punitiva é monopólio do Estado, jamais sendo passada ao particular.** Tanto é verdade que o Estado é sujeito passivo formal ou constante de todos os delitos, inclusive os de ação privada exclusiva. E mais: havendo condenação em ação privada, quem executa a pena é o Estado, pois é o titular absoluto do direito de punir. Portanto, vemos lógica na intervenção obrigatória do Ministério Público em todas as ações, públicas ou

privadas. No caso da privada exclusiva, necessita funcionar como *custos legis*, zelando pelo seu correto desenvolvimento, uma vez que a pretensão punitiva pertence ao Estado. Embora o art. 564, III, *d*, do Código de Processo Penal, estabeleça como causa de nulidade somente a ausência do Ministério Público nas ações públicas, queremos crer que esta é hipótese de nulidade absoluta, enquanto no outro caso (das ações privadas), de nulidade relativa. Assim, se o juiz não conceder vista ao representante do Ministério Público na ação privada subsidiária ou exclusiva pode este arguir nulidade do feito, demonstrando o prejuízo havido”.

Faz, realmente, sentido se autorizar a intervenção do Ministério Público nas ações de natureza privada se, de fato, o poder de executar eventual pena é exclusivo do Estado, e não da parte. Assim, exercer o Ministério Público seu papel legal como *custus legis*, nas ações penais privadas, tem coerência, já que, nessa função, atua apenas como fiscalizador da lei.

Como fiscalizador da lei, portanto, pode o Ministério Público tomar ações, na ação penal privada, sempre objetivando a sua integridade legal, tal como aditar a queixa-crime, por exemplo, em casos que não se colocou, injustificadamente, no pólo passivo, todos os autores do delito. Essa conduta, *ad exemplo*, é legal, se demonstrado que o ofendido omitiu algum corréu intencionalmente.

Claro que não se está a retirar o direito da vítima de perdoar algum de seus ofensores, mas de garantir ao “fiscalizador da lei”, o cumprimento dos princípios e requisitos legais norteadores do processo penal.

Assim, conclui-se que pode o Ministério Público interferir nas ações penais privadas, desde que claro e limitado ao seu papel de *custos legis*, e não de parte na causa, cuja titularidade exclusiva é da vítima e seu representante legal.

Nesse sentido, a jurisprudência assim se posiciona:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ALEGADA INÉPCIA DA QUEIXA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PRECLUSÃO. PROCURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PODERES ESPECÍFICOS. QUEIXA ASSINADA PELA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PRIVADA. ADITAMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

I - Resta preclusa a alegação de inépcia da queixa, se a questão não foi suscitada antes da prolação da sentença (Precedentes do STF e STJ).

II - Se a queixa vem subscrita pelas vítimas, além do respectivo advogado, fica suprida a necessidade de outorga de poderes específicos na procuração (Precedentes).

III - Nos termos do artigo 45 do CPP, a queixa poderá ser aditada pelo Ministério Público, ainda que se trate de ação penal privativa do ofendido, desde que não proceda à inclusão de co-autor ou partícipe, tampouco inove quanto aos fatos descritos, hipóteses, por sua vez, inocorrentes na espécie. Ordem denegada.” (STJ – HC nº 85039/SP Rel. Min. Felix Fischer. DJE 09/08/2016)

Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação

§2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo.

Esse dispositivo legal é corolário dos princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo (artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII, da CF).

É dizer, sendo direito de qualquer cidadão gozar de uma Justiça tempestiva, desenvolvendo-se qualquer processo dentro de um prazo razoável, não faria sentido não se estabelecer, também, um prazo legal para a propositura da ação penal, findas as investigações ou tomado o Ministério Público conhecimento dos fatos.

Afinal, se há prazo para a conclusão de inquérito policial, por parte da autoridade policial, que só pode ser estendido sob ordem judicial, não faria sentido algum, após a sua conclusão, poder o titular da ação penal ficar indefinitivamente com o caso, sem lhe dar um desfecho, seja promovendo seu arquivamento, nos termos do artigo 18 do CPP, seja deflagrando a competente ação penal.

Se analisado, sob outro aspecto, a estipulação de prazo para oferecimento da denúncia constitui inclusive um direito do cidadão investigado (e por vezes preso), eis que ninguém pode ter a pecha de investigado, eternamente, devendo ser dado, em prazo hábil, alguma definição ao caso.

Na prática, no entanto, infelizmente os prazos estabelecidos no presente artigo não vêm sendo, não raras vezes, respeitados pelo Ministério Público, causando

constrangimento ilegal irreparável à parte investigada, que pode ensejar em *habeas corpus*.

A obediência das normas e observância dos prazos, estabelecidos em lei, por parte de todos os operadores do direito, sem exceção, é o que faz do processo penal um jogo limpo, claro, democrático e justo, devendo ser repudiada qualquer iniciativa contrária a isto, em um Estado democrático de direito.

Razoabilidade e proporcionalidade, portanto, são as diretrizes que devem ser seguidas nos prazos processuais, em matéria penal.

Antes de finalizar, vale lembrar que a consequência da não obediência ao prazo, por parte do Ministério Público, em casos de ação penal pública, é a possibilidade da vítima ingressar, em juízo, com a chamada ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), nos casos legais cabíveis.

A jurisprudência mais atual assim se posiciona, a respeito do tema:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JUSTA CAUSA. PERSECUÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO PREJUDICADO. DENÚNCIA EXTEMPORÂNEA. MERA IRREGULARIDADE. CITAÇÃO EDITALÍCIA. PRONÚNCIA. INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A questão relativa à ausência de justa causa para a persecução penal não foi examinada pelo Tribunal de origem, de forma que a apreciação da matéria por esta Corte implicaria indevida supressão de instância. Ademais, não há mais que se discutir ausência de justa causa para a persecução penal diante do édito condenatório proferido pelo Tribunal do Júri, que só poderá ser desconstituído se caracterizada como teratológica a decisão que rejeitou a tese de negativa de autoria, ou seja, em manifesta contrariedade à prova dos autos.

2. Transitada em julgado a condenação do paciente, foi superada a análise da eventual presença dos fundamentos ensejadores da custódia preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal) e de excesso de prazo, por tratar-se, agora, de prisão-pena, e não mais de prisão processual.

3. A jurisprudência desta Corte já assentou ser o prazo previsto no art. 46 do Código de Processo Penal impróprio, o que significa dizer que, excepcionalmente, pode sofrer sensível dilação, se o atraso estiver devidamente justificado.

4. A consequência legal para o atraso no oferecimento da denúncia seria, quando muito, a abertura de prazo para a propositura de ação penal privada subsidiária da pública, até porque não houve qualquer prejuízo ao paciente, que se encontrava foragido, tratando-se, portanto, de mera irregularidade.

5. Não há nulidade processual se o réu, citado por edital, é intimado

pessoalmente da decisão de pronúncia, tomando ciência da imputação que lhe foi dirigida pela acusação. negativa de autoria, ou seja, em manifesta contrariedade à prova dos autos.

6. Na espécie, os fatos ocorreram em 17/6/1990, tendo a primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida tramitado à revelia do paciente, pois ele ficou foragido da justiça, em local incerto e não sabido, desde a data do fato até o dia 3/4/2007, quando veio a ser preso na cidade de Aparecida de Goiânia/GO, instante em que foi intimado e interrogado, por meio de carta precatória, bem como cientificado da decisão de pronúncia.

7. Ordem não conhecida.” (STJ – HC nº 103774/PB. Rel. Min. Rogério Schietti. DJE 10/03/2016)

Art. 46 – (excesso de prazo da prisão)

“Não obstante, a aferição da violação à garantia constitucional acima referida não se realiza de forma puramente matemática.

Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesadas as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da investigação criminal.

Sendo assim, ciente de que o oferecimento da denúncia está atrelado ao término da investigação policial, nos moldes do art. 46 do Código de Processo Penal, constata-se a ausência de elementos capazes de subsidiar uma análise acerca da questão nesta via mandamental, o que inviabiliza o reconhecimento da alegação.

Ante o exposto, concedo a ordem em parte para substituir a prisão preventiva de NARDIEL DE SOUSA POLICARPO por outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juízo local, cujo descumprimento poderá ensejar a decretação de nova preventiva” (STJ – HC nº 566.281/PI. Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro. DJE 16/06/2020)

Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

O artigo 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, bem como a própria Lei orgânica do Ministério Público, confere, a esse órgão, o direito de requisitar documentos que julgar necessários.

Embora esse seja um direito expresso do Ministério Público, cabe ressaltar que, no que se refere a dados e documentos sob sigilo, somente o Poder Judiciário possui capacidade para se determinar a sua quebra, como, por exemplo, o que diga respeito ao sigilo fiscal ou bancário de alguém.

O fato do Ministério Público poder requisitar diretamente documentação também não lhe retira o direito (e até mesmo o bom senso) de poder ele requerer certas diligências ao próprio Juízo, dentro dos autos, notadamente nos casos em que atua na ação penal como parte.

Ou seja, embora possa o Ministério Público requisitar diretamente a documentação necessária a qualquer órgão, dentro do contexto do processo penal é indicado que ele requeira a diligência ao Juízo, como forma da outra parte ter o direito de exercer o contraditório e se garantir a efetiva paridade de armas no processo.

A jurisprudência mais atual se posiciona do seguinte sentido, sobre o tema:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. INDEFERIMENTO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE DE REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCAPACIDADE DE REALIZAR A DILIGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA PELO ÓRGÃO ACUSATÓRIO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Ministério Público é titular do poder de requisição de diligências investigatórias necessárias ao cumprimento do seu papel institucional (arts. 129, VIII, da Constituição Federal; 7º, II, da Lei Complementar n. 75/1993; e 47 do Código de Processo Penal).

2. Não haverá impedimento à solicitação de tais diligências ao Judiciário, uma vez demonstrada sua incapacidade em realizar, por meios próprios, determinada providência. Precedentes.

3. Na espécie dos autos, a diligência consistia na requisição de certidão de antecedentes criminais. Entretanto, o Parquet não demonstrou a incapacidade de praticar o ato.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.” (STJ – RMS nº 37.223/ES. Rel. Min. 37.223. DJE 16/06/2020)

Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

O presente artigo se complementa com o artigo 45 e os seus respectivos comentários, acima já expostos.

Basicamente, trata o legislador de regulamentar o princípio da indivisibilidade da ação penal privada, decorrente do próprio princípio da obrigatoriedade da ação penal, já comentado.

O objetivo da inserção do presente princípio na legislação é evitar que a parte autora possa escolher, sem qualquer critério objetivo, os réus que se pretende ver punidos, evitando-se, com isso, a assunção da vítima do papel de “vingador”.

Vale destacar que, ao contrário do que ocorre no caso do Ministério Público, nos delitos de ação penal pública, onde prepondera a obrigação de propor a ação penal, a vítima não é obrigada a fazê-lo, podendo deixar de exercer seu direito de queixa, se assim optar, decaindo-se o seu direito.

Porém, uma vez feita a opção de propor a ação penal privada, não pode a vítima “escolher” seus autores, ficando obrigada a mover ação contra todos que se sabe ser autor dos fatos, sob pena de rejeição da inicial e até mesmo de aplicação do artigo 49 do Código de Processo Penal (renúncia tácita do direito de queixa com relação a todos).

Pode, no entanto, a vítima, dispor da ação penal em qualquer momento, desistindo, se assim o quiser, da ação penal já intentada, extinguindo-se o feito.

No caso específico, *ad exemplo*, de não serem todos os querelados partes já identificadas e conhecidas, pode a queixa-crime ser aditada, a qualquer momento (e dentro do prazo legal), instaurando-se a devida apuração.

Conforme explica Magalhães Noronha, citado por Guilherme de Souza Nucci, em seu Código de Processo Penal comentado, “pode acontecer que um ou outro não sejam conhecidos. Isso, como na denúncia, não impedirá a ação contra os demais. Se, depois de oferecida a queixa, apurar-se quais os outros coautores, deverá o querelante *aditá-la* com referência a estes” (*Curso de direito processual penal*, p. 35). E continua Nucci: “Se não o fizer, deve o Ministério Público, zelando pela indivisibilidade da ação penal, provocar o aditamento – o que não significa aditar em lugar ao querelante. Caso, ainda assim, o particular deixe de incluir na demanda um dos coautores, deve o promotor pedir que o juiz reconheça a ocorrência da renúncia com relação a todos, extinguindo-se a punibilidade”.

Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

Conforme mencionado no comentário do artigo acima, o presente dispositivo decorre do princípio da disponibilidade da ação penal privada.

O termo renunciar, utilizado pelo legislador, significa “largar mão”, desistir, abdicar. Isso quer dizer, portanto, que, diferentemente do que ocorre no caso de ação penal pública, pode o querelante desistir da ação penal privada.

Tal renúncia, com efeito, pode ocorrer de forma tácita ou expressa.

A renúncia tácita dá-se pela ocorrência do fenômeno jurídico da perempção, ou através de reconciliação tácita (consoante regulamenta o artigo 104, parágrafo único, do Código Penal).

Vale abrir parênteses, nesse ponto, para explicar que a perempção não se confunde com a decadência do direito. Enquanto este último é a perda do direito de agir, pela decorrência do prazo legal, na perempção necessariamente a ação já deve ter sido proposta, decorrendo sua extinção por desinteresse ou negligência da parte autora em dar prosseguimento ao caso.

A renúncia tácita é, portanto, um ato unilateral, enquanto a expressa é, necessariamente, bilateral.

É importante consignar que ocorrendo qualquer uma das renúncias acima mencionadas, a punibilidade do agente – e demais e eventuais coautores – é extinta, nos termos do artigo 107, inciso V, do Código Penal. É o que Noronha, citado por Guilherme de Souza Nucci, chama de “*extensibilidade da renúncia*” (em seu Curso de direito processual penal, p. 37).

Veja-se como se posiciona a jurisprudência mais atual, a respeito do presente artigo e do artigo anterior:

“O princípio da indivisibilidade da ação, expressamente previsto no art. 48 do Código de Processo Penal, é restrito à ação penal privada, consoante observado por Damásio Evangelista de Jesus, in Código de Processo Penal anotado - 25ª ed. - São Paulo : Saraiva, 2012, ps. 88/89, litteris :
“Ação penal pública e o princípio da indivisibilidade. Nela também vige o princípio da indivisibilidade da ação penal, que

deve ser velado pelo Ministério Público (RTJ 79/399, entendimento anterior do STF). Sobre o tema, entretanto, decidiu o STF que a disposição o STF que a disposição só é aplicável à ação penal privada (RTJ 737/719)...

Ressai nítida, do texto transcrito, a evolução da jurisprudência desta Corte no de que o princípio da indivisibilidade da ação penal, entendido como vedação ao fracionamento da persecução penal, à ação penal privada penal, e não à ação penal pública, cujo controle é expressamente previsto no art. 28 do Código de Processo Penal.” (STF – RHC nº 111.211/MG. Rel. Min. Luiz Fux. DJE 30.10.2012)

“Em segundo lugar, quanto à ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal (arts. 48 e 49 do CPP), o presente recurso, neste ponto, igualmente não merece acolhida.

Com efeito, o direito de queixa é indivisível, é dizer, a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos (art. 48 do Código de Processo Penal). Dessarte, o ofendido não pode limitar a este ou aquele autor da conduta tida como delituosa o exercício do jus accusationis, tanto que o art. 49 do CPP dispõe que a renúncia ao direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá. Portanto, o princípio da indivisibilidade da ação penal privada torna obrigatória a formulação da queixa-crime em face de todos os autores, co-autores e partícipes do injusto penal, sendo que a inobservância de tal princípio acarreta a renúncia ao direito de queixa, que de acordo com o art. 107, inciso V, do Código Penal é causa de extinção da punibilidade”. (STJ – RHC nº 55.142/MG. Rel. Min. Felix Fischer. DJE 12.05.2015)

“Portanto, não é possível imputar os crimes de difamação e injúria, supostamente perpetrados na aludida peça processual, apenas a alguns dos signatários, na medida em que vigora na ação penal de iniciativa privada o princípio da indivisibilidade, consignado no art. 48 do Código de Processo Penal. E, consoante o art. 49 do mesmo Diploma Processual, “A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá”, implicando a extinção da punibilidade, a teor do art. 107, inciso V, do Código Penal.” (STJ – AP nº 676/MT. Rel. Min. Laurita Vaz. DJE 06.06.2012)

Art.50. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.

Parágrafo único. A renúncia do representante legal do menor que houver completado 18 (dezoito) anos não privará este do direito de queixa, nem a renúncia do último excluirá o direito do primeiro.

Nos termos do que já narrado nos comentários do artigo antecedente, a renúncia pode se dar de forma tácita ou expressa. O presente dispositivo legal, portanto, serve para regulamentar a renúncia expressa.

Para que haja a expressa renúncia do direito de queixa, há de haver documento hábil, onde a vítima, na qualidade de titular do direito de queixa, deixa explícita sua desistência em processar seu ofensor.

Na fase de inquérito policial, com a renúncia expressa da vítima ao seu direito de ação, o juiz deve homologar o seu arquivamento. Inexistindo investigação já instaurada, a renúncia pode ser feita por escrito, pela própria vítima, ao juízo competente, apenas para que se tenha documentada a extinção da punibilidade do agente.

Isso pode ocorrer naqueles casos em que houve composição posterior entre as partes e o ofendido necessita da certeza de que não haverá queixa-crime, dentro do prazo legal ainda cabível, não querendo esta última parte ter de se submeter a eventual produção de prova para o reconhecimento de renúncia tácita.

O parágrafo único do presente artigo, que trata sobre a legitimidade concorrente para a ação penal privada por parte do menor, aos 18 anos, já não encontra mais aplicabilidade no mundo jurídico, tendo em vista que, desde o novo Código Civil, promulgado no ano de 2.002, a maioridade civil se dá automaticamente acima dos 18 anos, e não mais dos 21 anos.

A respeito do tema tratado no presente artigo, há, inclusive, Súmula, por parte do Pretório Excelso, no seguinte sentido:

Sumula nº 594 (STF) – “OS DIREITOS DE QUEIXA E DE REPRESENTAÇÃO PODEM SER EXERCIDOS, INDEPENDENTEMENTE, PELO OFENDIDO OU POR SEU REPRESENTANTE LEGAL”.

TÍTULO III – DA AÇÃO PENAL (continuação)

Claudia Rosa de Camargo da Silva¹
(arts. 51 ao 62)

Art. 51. O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar.

Das titularidades do autor (ofendido) e do acusado na ação penal privada: O autor da ação penal privada é chamado de querelante; o acusado é chamado de querelado.

Do perdão: Aqui se trata do perdão do ofendido, que desiste de dar continuidade a ação penal privada, perdoando voluntariamente o querelado pela infração penal cometida, sendo assim, trata-se de ato voluntário e bilateral – Ato bilateral, em razão de se exigir a concordância do querelado (princípio da disponibilidade).

Considera-se, também, que “*perdoar* significa desculpar ou absolver. No caso da ação penal privada exclusiva equivale à desistência da demanda, o que somente pode ocorrer quando a ação já está ajuizada.” (NUCCI, 2008, p. 169).

No decorrer da ação penal, caso o querelante decida voluntariamente a perdoar o querelado e a não prosseguir com a ação penal, extingue-se a punibilidade (art. 107, V, do CP) - Observa-se que é caso de renúncia enquanto a queixa não for recebida (princípio da oportunidade ou da conveniência).

Do limite temporal para a concessão do perdão: Conforme dispõe o art. 106, § 2º, do CP, não é admissível o ofendido conferir o perdão ao querelado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Do perdão judicial: O perdão judicial também é causa de extinção de punibilidade, conforme está previsto no art. 107, IX, do CP.

Da diferença entre o perdão processual e o perdão extraprocessual: O perdão processual é aquele conferido dentro dos autos do processo (perdão expresso) e o perdão extraprocessual é o perdão conferido pelo querelante fora dos autos do

¹ Graduada em Direito pela Instituição de Ensino Superior União das Faculdades dos Grandes Lagos (UNILAGO) - 2008; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus - 2014; Pós Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia - Unidade de São José do Rio Preto/SP

processo, mediante declaração de aceitação assinada pelo querelado, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais, conforme determina o art. 59, do CP.

Do perdão tácito: o perdão do querelante pode ser concedido de maneira tácita, como por exemplo, durante o trâmite da ação penal o ofendido se tornar amigo íntimo do querelado, conforme dispõe o art. 106, § 1º, do CP.

De outras ações penais: Em existindo outros processos concernentes a crimes de ação penal de iniciativa privada que figure no polo passivo o mesmo querelado, não há impedimento que o ofendido conceda o perdão ao querelado em apenas um processo. “Caso assim o faça, tal perdão há de ser compreendido como um perdão parcial [...]” (LIMA, 2020, p. 294) - Nesse caso, o prosseguimento das demais ações penais não sofrerão qualquer alteração.

Do perdão em relação a demais ofendidos: Em havendo mais de um ofendido e, caso algum deles conceda o perdão, tal atitude não impede aos demais ofendidos a possibilidade de prosseguir com a ação penal, “Afim, o direito de cada uma das vítimas é autônomo.” (LIMA, 2020, p. 295) – O art. 106, II, do CP, dispõe “que o perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito, se concedido, por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros.” (LIMA, 2020, p. 295).

Do perdão na ação privada subsidiária da pública: O perdão do querelante na ação privada subsidiária da pública “não produz qualquer efeito, porquanto, em tal hipótese, o Ministério Público retoma a ação como parte principal (ação penal indireta).” (LIMA, 2020, p. 294).

Art. 52. Se o querelante for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de perdão poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito.

Da legitimidade exclusiva do ofendido: Com o advento da Lei 10.406/2002 (novo Código Civil) o indivíduo ao completar 18 (dezoito) anos passa a ser considerado plenamente capaz para todos os atos da vida civil, não havendo mais a necessidade de ser representado legalmente. Desse modo, apenas o ofendido maior de

18 (dezoito) anos pode conceder o perdão e, sendo assim, referido dispositivo não tem mais aplicabilidade.

Art. 53. Se o querelado for mentalmente enfermo ou retardado mental e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os do querelado, a aceitação do perdão caberá ao curador que o juiz lhe nomear.

Da necessidade de nomeação de curador para representar o querelado: Como já dito, o perdão de ofendido é ato bilateral, pois, depende da anuência do querelado. Contudo, é necessário que o querelado tenha capacidade plena para que a sua aceitação seja considerada válida. Sendo assim, caso o querelado seja mentalmente enfermo ou retardado mental, deverá ser representado legalmente por um curador de direito civil, que tem poderes para aceitar ou não o pedido de perdão. Todavia, conforme dispõe o art. 53, do CPP, a aceitação do perdão caberá ao curador que o juiz nomear, se o querelado for mentalmente enfermo ou retardado mental e não tiver representante legal ou, ainda, se os interesses colidirem com os do querelado.

Art. 54. Se o querelado for menor de 21 anos, observar-se-á, quanto à aceitação do perdão, o disposto no art. 52.

Do perdão do querelado menor de 21 anos: Como já visto, com o advento da Lei 10.406/2002 (novo Código Civil) o indivíduo ao completar 18 (dezoito) anos passa a ser considerado plenamente capaz para todos os atos da vida civil, não havendo mais a necessidade de ser representado legalmente. Desse modo, o que dispõe este artigo não tem mais aplicação.

Art. 55. O perdão poderá ser aceito por procurador com poderes especiais.

Do perdão através de procurador com poderes especiais: O procurador com poderes especiais não precisa ser necessariamente advogado, basta que seja pessoa constituída procuradora pelo querelado, com poderes especiais para aceitar o pedido de perdão. Ademais, “O defensor dativo e o advogado, sem tais poderes específicos, não podem acolher o pedido de perdão do querelante.” (NUCCI, 2008, p. 170).

Art. 56. Aplicar-se-á ao perdão extraprocessual expresso o disposto no art. 50.

Do perdão extraprocessual conferido pelo querelante: O perdão extraprocessual é o concedido pelo querelante fora da ação penal, por meio de declaração assinada pelo ofendido ou por seu representante legal ou por procurador com poderes especiais, bem como, por prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir com a ação penal.

Art. 57. A renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova.

Da necessidade de produção de provas em casos de renúncia tácita e de perdão tácito: Se não houve pedido expresso de renúncia ou pedido de perdão pelo querelante, mas o querelado indica que houve pedido tácito, há necessidade de produção de provas a fim de trazer elementos comprobatórios capazes de demonstrar ao juízo “que houve, por parte do ofendido-querelante, a prática de algum ato incompatível com a vontade de processar o autor do crime de ação penal privada.” (LIMA, 2020, p. 296). Em busca da verdade todo meio de prova admissível em direito pode ser produzido (art. 57, CPP).

Art. 58. Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação.
Parágrafo único. Aceito o perdão, o juiz julgará extinta a punibilidade.

Da declaração de perdão expressa nos autos: A aceitação do pedido de perdão pode ser feita por meio de petição, que deverá estar assinada tanto pelo querelante como pelo seu advogado, ou o pedido de perdão pode ser feito por termo, quando o querelante estiver diante do juiz, que consigna a sua intenção. Observa-se, para que o pedido de perdão surta efeito, é necessário que o querelado seja intimado dentro de três dias para que se manifeste a respeito, devendo, no mesmo ato, ser informado sobre que o silêncio será considerado aceitação – sem fazer essa referência, o silêncio do querelado não pode ser considerado aceitação tácita. A consequência da aceitação do pedido do perdão é a extinção da punibilidade, tal como dispõe o art. 107, V, do CP.

Art. 59. A aceitação do perdão fora do processo constará de declaração assinada pelo querelado, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.

Da aceitação do pedido de perdão extraprocessual: O querelado pode aceitar o pedido de perdão fora do processo. Para tanto, o querelado para manifestar a sua anuência é necessário ter 18 (anos) completos ou mais - Com o advento da Lei 10.406/2002 (novo Código Civil) o indivíduo ao completar 18 (dezoito) anos passa a ser considerado plenamente capaz para todos os atos da vida civil, não havendo mais a necessidade de ser representado legalmente ou, caso o querelado seja mentalmente enfermo ou retardado mental, o seu representante legal pode aceitar o pedido de perdão, ou, ainda, por meio de seu procurador nomeado com poderes especiais, que assina a declaração aceitando o pedido de perdão.

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Da perempção: “É uma sanção aplicada ao querelante, consistente na perda do direito de prosseguir na ação penal privada, em razão de sua inércia ou omissão no transcorrer da ação penal.” (REIS; GONÇALVES, 2013, p. 123). Em razão da negligência ou mesmo desídia demonstrada pelo querelante pelo prosseguimento da ação penal, que resulta na perempção, o juiz, ao observar as hipóteses dispostas neste artigo, perfilha a perempção e extingue o processo. Em havendo dois ou mais querelantes, a atitude negligente e desidiosa de um deles que reconhece a perempção não atinge ao(s) outro(s), e a ação penal prossegue.

Da falta de movimentação processual por mais de 30 dias: O querelante deve dar andamento processual, requerendo os atos que lhe cabem, pois, não o fazendo, está agindo com negligência, o que pode ser passível de penalização. Observa-se que

prevalece o entendimento de que o juiz, antes de reconhecer a perempção, deve intimar o querelante pessoalmente para justificar o abandono processual. Evitando, assim, possível inépcia por parte do procurador nomeado. O cômputo do referido prazo de 30 (trinta) dias deve ser contínuo. Sendo assim, não é caso de reconhecimento da perempção se ocorrerem várias paralisações no processo que não ultrapassem o referido prazo.

Do falecimento ou da incapacidade do querelante ou do não comparecimento em juízo dos sucessores dentro do prazo de 60 (sessenta) dias: Caso ocorra o falecimento do querelante ou a sua incapacidade, será necessário ocorrer a substituição no polo ativo da demanda, conforme determina o art. 31, do CPP. O prazo de 60 (sessenta) dias começa a fluir da data da morte do querelante ou da data do reconhecimento de sua incapacidade.

Do não comparecimento a ato processual indispensável sem justificativa: A perempção apenas é reconhecida quando a presença do querelante não possa ser substituída pelo seu procurador.

Jurisprudência: STJ: “(...) PROCESSO PENAL. INJURIA REAL. PEREMPÇÃO. QUEIXA-CRIME. 1. NÃO OCORRE PEREMPÇÃO PELA AUSENCIA DO QUERELANTE A AUDIENCIA PREVISTA NO ART. 520 DO CPP, PORQUANTO AINDA NÃO INSTAURADA A RELAÇÃO PROCESSUAL (ART. 60, III, DO CPP). 2. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 3. RECURSO NÃO CONHECIDO”. (STJ. REsp 125.022/PA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/1997, DJ 01/09/1997, p. 40904).

Da falta de pedido de condenação em alegações finais: Na ação penal exclusivamente privada e privada personalíssima, o querelante “ao final de instrução, produzidas as provas, deve formular pedido de condenação. Do contrário, constata-se que está sendo negligente [...]” (NUCCI, 2008, p. 173) e, sendo assim, é caso de reconhecer a perempção. Ademais, em havendo pedido por parte do querelante em suas alegações finais ou memorias pedido expresso de absolvição, não há alternativa senão o reconhecimento da perempção. Observa-se a diferença entre ação penal privada – que tem como base o princípio da oportunidade – e a ação penal pública, cujo princípio norteador é o da obrigatoriedade, vejamos: na ação penal privada o

pedido expresso de absolvição ou negligência é caso de perempção, enquanto que na ação penal pública, ainda que o Ministério Público, que atua como órgão acusador, peça a absolvição, o juiz poderá proferir sentença condenatória (art. 385, CPP).

Do querelante pessoa jurídica e sua extinção: Caso o querelante seja pessoa jurídica, em ocorrendo a sua extinção e não haja sucessores para figurar no polo ativo da ação penal privada, será reconhecida a perempção.

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se o julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.

Da declaração de extinção da punibilidade em qualquer fase do processo: Compete ao juiz reconhecer qualquer causa de extinção da punibilidade, ouvindo as partes previamente, mas agindo de ofício, por razões em que o Estado não mais tem interesse de punir o acusado, o que pode ocorrer em qualquer fase do processo, mesmo sem que haja requerimento específico. Desse modo, conclui-se que se o juiz reconhecer extinta a punibilidade, em qualquer momento processual, deverá declará-la de ofício, independentemente da provocação das partes. O recurso cabível contra a decisão que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade é o recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, VIII e IX), “salvo se a matéria for apreciada pelo juiz na sentença final, hipótese em que a apelação terá o condão de absorver o RESE (CPP, art. 593, § 4º).” (LIMA, 2020, p. 299). Após decisão que decretou a extinção da punibilidade transitar em julgado, o acusado não mais poderá ser processado pelo mesmo fato delituoso, em razão do princípio do *ne bis in idem* processual, com exceção de fato que versar sobre certidão de óbito falsa.

Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

Da extinção da punibilidade em razão da morte do acusado: A morte do acusado é motivo para que o juiz declare extinta a punibilidade, “em face do preceito de que a

‘morte tudo resolve’ (*mors omnia solvit*). Trata-se de hipótese prevista no art. 107, I, do Código Penal.” (NUCCI, 2008, p. 174). Por se tratar de matéria relacionada a pessoas, há a necessidade de comprovação conforme dispõe a lei civil (art. 155, parágrafo único, CPP), com a apresentação da certidão de óbito e depois ouvido o Ministério Público, para, após declarar a extinção de punibilidade.

Da extinção da punibilidade em razão de apresentação de certidão de óbito falsa: Em havendo a extinção de punibilidade em razão de apresentação de certidão de óbito falsa, não há que se falar na aplicação do princípio do *ne bis in idem* que baseia-se que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato criminoso, tendo em vista que a decisão que declarou a extinção da punibilidade teve como alicerce um documento falso e, desse modo, “é perfeitamente possível a revogação da decisão extintiva de punibilidade por inexistência de coisa julgada em sentido estrito, pois, caso contrário, o paciente estaria se beneficiando de conduta ilícita.” (LIMA, 2020, p. 300).

Jurisprudência: STF: “(...) PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECRETO QUE DETERMINA O DESARQUIVAMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, DA CF. I. - A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. II. - Nos colegiados, os votos que acompanham o posicionamento do relator, sem tecer novas considerações, entendem-se terem adotado a mesma fundamentação. III. - Acórdão devidamente fundamentado. IV. - H.C. indeferido”. (STF. HC 84525, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16/11/2004, DJ 03-12-2004 PP-00043 EMENT VOL-02175-02 PP-00285 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 405-409)”.

REFERÊNCIAS

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Processual Penal Esquematizado. Coordenador Pedro Lenza. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TÍTULO IV – DA AÇÃO CIVIL

Carlos Florido Migiolli¹
(arts. 63 ao 68)

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Quando uma infração penal causar prejuízos, surge para o ofendido a possibilidade de ser ressarcido. Nos termos do artigo 91, inciso I, do Código Penal, a obrigação de indenizar o dano causado pelo delito é considerada efeito secundário da condenação. Assim, ação civil *ex delicto* é “o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime” (PACELLI, 2020, p. 140).

A partir da reforma processual promovida pela Lei nº 11.719/08, o inciso IV do artigo 387 do CPP, passou a prever que, ao proferir uma sentença condenatória, o magistrado fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo delito. Deste modo, o artigo 63, *caput*, do CPP, autoriza que o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros promovam a execução de referida sentença condenatória no juízo cível, a fim de obter a reparação do dano, sem prejuízo de promover prévia liquidação para apurar o dano efetivamente sofrido (art. 63, parágrafo único, CPP).

Nota-se que o dispositivo legal em comento enumera os legitimados a promover a execução da sentença condenatória, quais sejam: (i) o ofendido (a própria vítima); (ii) seu representante legal (caso o ofendido seja menor de 18 anos ou doente mental); e (iii) seus herdeiros (em caso de morte ou ausência do ofendido).

Como regra, o Ministério Público não possui competência para pleitear eventual reparação do dano, salvo se o titular do direito for pessoa pobre e no local a Defensoria Pública não estiver devidamente organizada (artigo 68 do CPP). Para parcela da

¹ Advogado. Graduado pela UNIARA – Universidade de Araraquara. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Mestrando pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP.

doutrina, entretanto, o Ministério Público também “teria legitimidade para pleitear a fixação de valor mínimo de indenização em casos de ação penal pública e quando ocorrer prejuízo efetivo ao patrimônio público” (ALVES, 2020, p. 257).

Desta forma, em caso de ação penal pública, a parte interessada deve se habilitar como assistente de acusação e formular expressamente tal pretensão, pois, como visto, o *Parquet* não terá legitimidade para tutelar matéria de interesse meramente privado.

Nos termos do art. 515, *caput*, inciso VI, do Código de Processo Civil, a sentença penal condenatória é considerada um título executivo judicial, e, quando levada ao juízo cível para ser executada, “não se discutirá se está é devida (*an debeat*), mas tão somente o quanto é devido pelo réu (*quantum debeat*)” (NUCCI, 2020, p. 288).

Por sua vez, o artigo 387, inciso IV, do CPP prevê que a sentença condenatória estabelecerá valor mínimo a título de reparação de danos, todavia, caso fixado em patamar insatisfatório ou não seja arbitrado, o interessado poderá promover a liquidação no juízo cível para apurar a extensão do dano realmente suportado (artigo 63, parágrafo único, do CPP).

Assim, o próprio decreto condenatório irá “funcionar como um título executivo líquido, o que permite que o ofendido ou seus sucessores procedam, de imediato, à execução por quantia certa, sem prejuízo de ulterior liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.” (LIMA, 2020, p. 397).

Há divergência acerca da necessidade de pedido expresso para que o juízo criminal possa fixar o valor mínimo indenizatório. Prevalece, especialmente em sede jurisprudencial, que, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o magistrado não pode agir de ofício, afinal, “não tendo havido requerimento expresso, inexistiria discussão nos autos em relação ao valor, motivo pelo qual seria incabível a fixação de um montante qualquer, que não foi objeto de debate entre as partes interessadas” (NUCCI, 2020, p. 287). Deste modo, o acusado se defenderá apenas dos fatos que lhe são imputados, e, por essa razão, torna-se imprescindível a existência do pedido para a fixação de valor relativo à reparação dos danos.

Este, inclusive, é o entendimento do STJ ao afirmar que para existir “a fixação na sentença do valor mínimo devido a título de indenização civil pelos danos causados à vítima, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, é necessário

pedido expresso na inicial acusatória, sob pena de afronta à ampla defesa e ao contraditório.” (AgRg no REsp 1.671.240/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 04/06/2018).

Por seu turno, o STF, no julgamento da AP nº 470 (caso “Mensalão”), deixou de arbitrar valor mínimo de indenização nos decretos condenatórios, dentre outros motivos, em razão da inexistência de pedido expresso na denúncia.

Urge destacar que a nova lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19) segue o entendimento acima e prevê expressamente em seu art. 4º, inciso I, a necessidade de requerimento do ofendido para que o juiz fixe valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração.

Por outro lado, há quem sustente que o pedido expresso é desnecessário, uma vez que a obrigação de reparar o dano causado pelo delito trata-se de efeito automático da sentença penal (art. 91, CP) e, portanto, o acusado já sabe antecipadamente que o juiz fixará valor mínimo indenizatório, devendo se defender de tal fato.

É importante esclarecer que o pedido indenizatório deve ser formulado na exordial acusatória, tendo em vista que, após este momento, as partes não poderão mais produzir provas acerca da matéria.

Caso o juiz deixe de analisar o pedido de reparação dos danos ou fixe valor inferior ao pleiteado, caberá o recurso de apelação, nos termos do artigo 593, I, do CPP.

Outro ponto de discussão diz respeito à natureza dos danos que poderão ser abarcados pela sentença penal condenatória (art. 387, inciso IV, do CPP). Tem prevalecido nos Tribunais Superiores que tanto o dano patrimonial quanto o moral são passíveis de quantificação pelo júízo criminal. Todavia, a parte interessada deverá comprovar a extensão do dano efetivamente sofrido.

Destaca-se que nos casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, o STJ² fixou, em sede de repercussão geral (tema repetitivo 983), a seguinte tese:

² REsp 1643051/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018

“Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.”

Portanto, nestes casos, passou-se a entender que o dano psíquico é *in re ipsa*, sendo dispensável a produção probatória para avaliar sua profundidade e/ou extensão. Assim, para a condenação do agressor em danos morais é suficiente que haja pedido expresso e seja demonstrada a agressão à mulher.

Jurisprudências:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CABIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DOMINANTE DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento desta Corte Superior a reparação civil dos danos sofridos pela vítima do fato criminoso, prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, inclui também os danos de natureza moral, e para que haja a fixação na sentença do valor mínimo devido a título de indenização, é necessário pedido expresso, sob pena de afronta à ampla defesa.

2. Agravo regimental provido.

(AgRg no AREsp 720.055/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CPP. AMEAÇA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ARTS. 129 E 147, AMBOS DO CP. ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. PEDIDO EXPRESSO DO QUANTUM NA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. DEFESA TÉCNICA. POSSIBILITADA DE EXERCER AMPLA DEFESA. PRECEDENTE DESTE SUPERIOR TRIBUNAL.

1. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser possibilitado o contraditório ao réu, sob pena de violação do princípio da ampla defesa.

2. Adequada a fixação de valor mínimo de indenização à vítima, porque, *in casu*, o Ministério Público requereu a fixação desse quantum no momento do oferecimento da denúncia (art. 387, IV, do CPP).

3. Não ocorre violação ao princípio da colegialidade, a teor do art. 34, XVIII, c, do RISTJ e da Súmula 568/STJ, quando a decisão

monocrática for proferida com base na jurisprudência dominante deste Superior Tribunal.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1688389/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018)

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBITRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica.

(REsp 1643051/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018)

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

O artigo 63 do CPP autoriza a execução da sentença penal condenatória no juízo cível (ação de execução *ex delicto*); já, o artigo 64 permite o ajuizamento de ação cível de conhecimento para o ressarcimento do dano (ação civil *ex delicto*). Neste último caso, a demanda poderá ser ajuizada contra o autor do delito e, se for o caso, contra o seu responsável civil.

Tal entendimento reforça o sistema de independência entre as esferas civil e penal, que, entretanto, é mitigado, uma vez que, eventualmente, a sentença penal fará coisa julgada na seara cível (art. 63, CPP).

A ação civil para o ressarcimento dos danos pode ser ajuizada antes, durante ou após a ação penal.

Os civilmente responsáveis estão previstos no artigo 932 do Código Civil e apenas poderão figurar no polo passivo da ação civil de conhecimento (art. 64, do CPP). Assim, por não terem participado do processo penal, tais personagens serão parte ilegítima para a ação de execução da sentença penal condenatória (art. 63, do CPP), pois, caso contrário, haveria afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Caso terceiro responsável seja demandado em ação civil de ressarcimento de danos, poderá aventar toda a matéria defensiva, inclusive o que já foi analisado pelo juízo criminal, como, por exemplo, a existência do delito ou a autoria do crime, uma vez que não participou daquele processo³.

Leonardo Barreto Moreira Alves (2020, p. 260) lembra que:

“no procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Criminal, o responsável civil é notificado para comparecer à audiência preliminar, oportunidade em que poderá firmar acordo de composição civil dos danos, o que ensejará uma sentença homologatória, título executivo judicial que vinculará tal pessoa (artigos 72 e 74 da Lei nº 9.099/95)”

Por outro lado, com o fim de evitar decisões contraditórias, o parágrafo único do artigo em testilha, determina que a ação civil poderá ficar suspensa até o julgamento definitivo da questão criminal. Assim, prevalece o entendimento de que a suspensão do processo civil é uma faculdade do magistrado.

Questão polêmica diz respeito ao prazo que o processo poderá ficar suspenso. A primeira corrente entende que nos termos do “art. 313, § 5º, do CPC/2015 (que é posterior ao Código de Processo Penal), a suspensão do processo no civil não poderá ultrapassar o prazo de um ano, ao fim do qual o juiz retomará obrigatoriamente a sua jurisdição.” (PACELLI, 2020, p. 142). Por outro lado, há quem sustente que a “regra do CPC não pode ser aplicada à hipótese do art. 64, parágrafo único, do CPP, que faz referência expressa ao julgamento *definitivo* da ação penal, até mesmo porque dificilmente um processo criminal chegará a termo antes do decurso do prazo de um

³ Nesse sentido: Lima, Renato Brasileiro de Manual de Processo Penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 406.

ano.” (LIMA, 2020, p. 400). Desta forma, para a segunda corrente, o ideal seria o sobrestamento da ação civil até o pronunciamento derradeiro do juízo criminal, pois, assim, não haverá o risco de decisões conflitantes.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

A sentença absolutória penal fará coisa julgada na esfera civil caso reconheça que o ato praticado esteja amparado em alguma das hipóteses excludentes de ilicitude. Nota-se, portanto, mais uma exceção ao sistema de independência entre as searas civil e penal, uma vez que o juízo cível estará vinculado à decisão proferida no âmbito criminal.

As causas excludentes da ilicitude estão previstas no artigo 23 e seguintes do Código Penal e se dividem em estado de necessidade (art. 24), legítima defesa (art. 25), estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Entretanto, à luz do artigo 188 e incisos do Código Civil, determinadas circunstâncias, embora não sejam consideradas ilícitas, autorizam o ajuizamento de ação civil, com o fim de obter a reparação dos danos. Lima (2020, p. 402) destaca que:

“se o fato praticado ao amparo da excludente da ilicitude tiver atingido terceiro inocente ou se o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito não tiverem sido desencadeados pela pessoa ofendida, mas por um terceiro (v.g., estado de necessidade agressivo), a vítima não fica impedida de buscar no cível, em demanda proposta contra o acusado absolvido, a indenização pelos prejuízos sofridos.”

Assim, passaremos a analisar as peculiaridades de algumas causas excludentes de ilicitude e seus reflexos no âmbito cível.

O artigo 188, inciso I, do Código Civil, dispõe que a legítima defesa não constitui ato ilícito, todavia, “a legítima defesa putativa e a hipótese de erro na execução do crime (*aberratio ictus*) permitem a indenização cível.” (ALVES, 2020, p. 262). Logo, “se o acusado, em legítima defesa real, atinge terceiro inocente em virtude de erro na execução, também deverá ser absolvido na esfera criminal, o que não afasta sua

responsabilidade na esfera civil.” (LIMA, 2020, p. 402). Em tal hipótese será cabível o ajuizamento de ação regressiva em face do injusto agressor.

No que tange ao estado de necessidade (art. 24, do CP), quando o agente sacrificar bem de terceira pessoa que não causou a situação de perigo, surgirá o dever de indenizar, nos termos do artigo 929 do Código Civil. Desta forma, embora a conduta não seja considerada ilícita nos âmbitos penal (art. 23, inciso I, do CP) e civil (art. 188, II do CC), o causador do dano deverá repará-lo, tendo em vista que pessoa inocente suportou um prejuízo. Todavia, isto não impede o ajuizamento de ação de regresso contra aquele que causou a situação de perigo (artigo 930 do CC).

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Em atenção à independência de jurisdição, como regra, o decreto absolutório proferido pelo juízo criminal não impede a propositura da ação civil *ex delicto*. Desta forma, “a sentença absolutória não exerce qualquer influência sobre o processo cível, salvo quando reconhece, categoricamente, a inexistência material do fato ou afasta peremptoriamente a autoria ou participação.” (LIMA, 2020, p. 400).

O artigo 386 do CPP dispõe acerca das hipóteses em que o magistrado deverá absolver o acusado e de alguns fundamentos que impossibilitam a discussão da matéria na esfera civil. Assim, o artigo 66 do CPP deve ser lido em conjunto com os artigos 935 do Código Civil e 386 do Código Processual Penal.

Como se sabe, no processo penal vigora o princípio do *in dubio pro reo*, de modo que eventual sentença condenatória deve se basear em um juízo de certeza. Em caso de dúvida razoável, o acusado deve ser absolvido. Por essa razão, “a depender do fundamento, a sentença absolutória poderá (ou não) impedir a propositura da ação civil *ex delicto*” (LIMA, 2020, p. 400).

A vítima estará autorizada a ajuizar ação cível para o ressarcimento de seus danos quando a sentença penal absolutória entender que: a) não há prova da existência do fato (art. 386, II, CPP); b) o fato não constitui infração penal (art. 386, III, CPP); c) não há prova de que o acusado tenha concorrido para a infração penal (art. 386, V,

CPP); e, d) não houver prova suficiente para a condenação (art. 386, VII, CPP). “Em todas essas situações o juiz penal não fechou questão em torno do fato existir ou não, nem afastou, por completo, a autoria em relação a determinada pessoa, assim como não considerou lícita a conduta.” (NUCCI, 2020, p. 293).

Lado outro, impedirá a discussão da matéria na esfera civil a decisão que absolver o acusado por entender estar provado que: a) o fato não existiu (art. 386, I, CPP); ou, b) que o acusado não concorreu para o delito (art. 386, IV, CPP). Nota-se que tais hipóteses se baseiam em um juízo de certeza, ou seja, os fatos devem estar devidamente provados, não bastando a mera dúvida.

Por fim, a hipótese prevista no art. 386, VI, CPP merece análise individual. Caso a sentença absolutória entenda estar provada uma causa excludente de ilicitude, como regra, impedirá a discussão da matéria no âmbito cível, salvo se reconhecer a existência de erro na execução (*aberratio ictus*) ou se for caso de legítima defesa putativa (vide comentários do artigo 65).

Já, se o decreto absolutório reconhecer provada causa excludente da culpabilidade ou se houver fundada dúvida acerca da sua existência, bem como de causa excludente da ilicitude, a ação civil de reparação de dano poderá ser proposta.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Mais uma vez o Código Processual Penal reforça o sistema da independência de instâncias, ao admitir, conforme redação do artigo 67, três novas situações para a propositura de ação cível independentemente do resultado obtido na esfera criminal.

Nos termos do inciso I, a ação cível será admitida caso ocorra o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. Vale lembrar que o artigo 18, 2ª parte, do CPP, prevê que o inquérito policial poderá ser desarquivado se a autoridade policial tiver notícias de provas novas. Desta forma, em regra, se sequer na esfera criminal o arquivamento do inquérito ou de peças de informação faz coisa julgada, com mais razão não a fará na cível.

O inciso II admite a propositura da demanda cível quando houver decisão que reconheça extinta a punibilidade.

As causas extintivas da punibilidade estão previstas no artigo 107 do Código Penal. Assim, se, por exemplo, a sentença penal declarar extinta a punibilidade em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, será possível o ajuizamento de ação civil para ressarcimento dos danos, vez que, em tal hipótese, o juízo criminal sequer analisou o mérito da demanda.

Por fim, o inciso III estabelece que não faz coisa julgada no âmbito cível a sentença absolutória que decida que o fato imputado não constitui infração penal. Isso porque, nem todo fato que é lícito para o Direito Penal também o será para o Direito Civil. Posto isso, a título de exemplo, o dano culposos, embora penalmente atípico, acarreta o dever de indenizar, consoante artigo 186 do Código Civil.

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1o e 2o), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

Inicialmente vale ressaltar que, nos termos do artigo 32, §1º, do presente Código, considera-se pobre aquele que não possuir condições de custear as despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à própria manutenção ou de sua família.

Desta forma, o artigo em comento busca assegurar o acesso à Justiça e autoriza que o Ministério Público atue como substituto processual para promover a execução da sentença penal condenatória ou ajuizar a ação cível de conhecimento, desde que o titular do direito à reparação do dano (vítima ou seus sucessores) seja pobre e faça prévio requerimento.

Entretanto, após o advento da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública foi elevada a órgão essencial à função jurisdicional (artigo 134, da Carta Magna), que, dentre outras finalidades institucionais, deve exercer a tutela jurídica e gratuita dos necessitados. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 147.776, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/05/1998, passou a entender que o artigo 68 do CPP é dotado de inconstitucionalidade progressiva, ou seja, o Ministério Público somente será legitimado à propositura da ação enquanto a Defensoria Pública não estiver devidamente organizada. Adverte Nucci (2020, p. 140)

que, tecnicamente, “o que seria progressivo seria a *revogação*, e não a inconstitucionalidade, dado que a norma constitucional é posterior à legal. E também porque toda norma constitucional ostenta eficácia jurídica.”

Jurisprudência:

“Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.” (STF, RE 147.776, 1ª Turma, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 28-05-1999)

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Processo Penal parte geral – 10 ed. – Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de Processo Penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

TÍTULO V – DA COMPETÊNCIA

Paulo Antoine Pereira Younes¹
(arts. 69 ao 82)

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração;

II - o domicílio ou residência do réu;

III - a natureza da infração;

IV - a distribuição;

V - a conexão ou continência;

VI - a prevenção;

VII - a prerrogativa de função.

Jurisdição e Competência

Compreendida como um poder-dever do Estado atribuído ao Judiciário, a jurisdição ganha novos contornos no Estado Constitucional e Democrático de Direito. Para André Nicolitt, “a função jurisdicional vai além da mera ideia de dizer o direito no caso concreto, assumindo o papel de guardião da Constituição e de seus valores, e, por conseguinte, do próprio Estado de Direito” (2020, p. 471).

Aury Lopes Jr. alerta para uma coexistência deste poder-dever do Estado com a ideia de um direito fundamental, ressaltando que, “ao tratarmos dos princípios/garantias do processo penal, o primeiro a ser analisado é exatamente esse: a garantia da jurisdição” (2018, p. 245).

Comungamos do mesmo sopro ventilado pelos autores, entendendo que a tarefa constitucional de dizer o direito (*juris dictio*), que exige prévia interpretação das regras em busca de uma solução submetida à apreciação do Poder Judiciário, deve estar permeada de todas as garantias inerentes ao processo, uma expressão do poder estatal, una e indivisível.

Organiza-se, então, a atividade jurisdicional, pelos limites fixados na Constituição e nas Leis, a chamada competência, que nada mais é do que a distribuição daquela função pelos diversos segmentos do Poder Judiciário.

¹Advogado e professor universitário. Especialista pela FDRP-USP em direito constitucional e pela Universidade de Coimbra em direito da medicina. Mestre em direito das relações sociais, subárea de direito penal pela PUC-SP.

A competência, portanto, como medida da jurisdição “é o conjunto de regras que vai definir qual é o juiz que poderá examinar determinado litígio, sendo concreta e objetiva” (AVENA, 2020, p. 698), apresentando-se como uma limitação ao exercício da jurisdição que, por sua vez, entende-se abstrata e subjetiva.

Principais Princípios Aplicáveis

Dentre outros, rege-se a jurisdição atentando-se aos seguintes princípios:

a) Inércia da jurisdição: exige provocação para a manifestação e consequente desempenho do órgão jurisdicional na solução do litígio. O exercício da pretensão acusatória se faz necessário, seja na ação penal pública, seja na ação penal privada.

b) Juiz natural: como garantia indisponível, tem o condão de assegurar a independência funcional e a imparcialidade do magistrado, desde a prática da infração penal. Fruto do disposto no artigo 5º, LIII, da CF, segundo o qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, para André Nicolitt, a possibilidade de designações dos juízes substitutos ao alvitre das administrações dos tribunais, “torna possível a escolha dos juízes, violando o princípio do juiz natural” (2020, p. 472).

c) Indeclinabilidade da jurisdição: assegurar a todos o livre acesso ao processo, impedindo o juiz natural de declinar ou delegar a outro o exercício de sua jurisdição, é o que prescreve o inciso XXXV do art. 5º da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Guilherme Madeira Dezem alerta, por fim, para o que denomina “Princípio do Kompetenz-Kompetenz”, esclarecendo que “todo juiz possui alguma competência para a prática de determinados atos, entre os quais o reconhecimento de sua própria incompetência” (2020, p. 423).

Modalidades de Competência

Estabelecer as hipóteses de aplicação da legislação penal brasileira aos casos acontecidos fora do território nacional é tarefa do direito penal (artigos 5º e 7º, do CP), que nos leva à seguinte divisão: competência interna e competência internacional.

Internamente, a competência divide-se em absoluta (não admite prorrogação) e relativa (admite prorrogação).

A competência funcional, por sua vez, leva em consideração as funções exercidas pelo juiz no processo. Renato Marcão aponta três critérios para sua análise: “(1) a fase do processo; (2) o objeto do juízo, e (3) o grau de jurisdição” (2020, p. 353).

Por fim, a competência pelo lugar da infração, a competência pelo domicílio ou residência do réu, a competência em razão da natureza da infração ou da matéria e a competência originária ou em razão de prerrogativa de função, arrematam o tema.

Critérios de Fixação de Competência

O legislador garante o art. 69 do CPP de sete elementos determinadores da competência: a) o lugar da infração; b) o domicílio ou residência do réu; c) a natureza da infração; d) a distribuição; e) a conexão ou continência; f) a prevenção, e; g) prerrogativa de função.

Inicialmente, é preciso dizer que pertinentes críticas recaem sobre tal construção legislativa, dentre elas, o fato de ser desprovida de uma hierarquia ou ordem entre os incisos, dificultando sobremaneira a didática na definição de qualquer regra de aplicação das mesmas. Contudo, ousamos sugerir, dentre os sete critérios, três preponderantes, devendo ser analisados hierarquicamente na seguinte ordem:

- a) competência por prerrogativa de função (*ratione personae*);
- b) competência pela natureza da infração (*ratione materiae*);
- c) competência pelo lugar da infração (*ratione loci*).

Os demais critérios são auxiliares ou subsidiários, alguns apenas modificadores da competência.

Nessa linha de raciocínio, em busca do juízo natural, a primeira pergunta que devemos fazer é:

- a pessoa investigada/processada ostenta foro por prerrogativa de função (competência *ratione personae*) estabelecida pela Constituição Federal ou Constituição Estadual? Se positiva a resposta, os demais critérios estão prejudicados, predominando os juízos estabelecidos nas respectivas Cartas.

Não dispondo de foro por prerrogativa de função, deve-se perguntar:

- o crime deve ser apreciado por justiça especializada

- militar, eleitoral, crimes de responsabilidade ou crimes dolosos contra a vida - (competência *ratione materiae*)? Se positiva a resposta, em regra, este critério será preponderante sobre os demais.

Por último, deve-se adotar a regra geral: busca-se o local onde foi praticada a infração (competência *ratione loci*).

Passemos a análise de cada critério separadamente, seguindo, contudo, a ordem dos artigos de lei.

CAPÍTULO I – DA COMPETÊNCIA PELO LUGAR DA INFRAÇÃO

Paulo Antoine Pereira Younes²

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

§ 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

§ 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

§ 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Regra Geral: art. 70, *caput* do CPP

Terceiro critério preponderante - de acordo com o mecanismo por nós

²Advogado e professor universitário. Especialista pela FDRP-USP em direito constitucional e pela Universidade de Coimbra em direito da medicina. Mestre em direito das relações sociais, subárea de direito penal pela PUC-SP.

- lembrando que, não possuindo o agente foro por prerrogativa de função e, não merecendo o delito uma apreciação por justiça especializada (militar, eleitoral, crimes de responsabilidade ou crimes dolosos contra a vida), a pergunta será: em que local (foro) o crime foi praticado?

A regra geral disciplinada no art. 70 do CPP dispõe que, a competência territorial (*ratione loci*) será determinada pelo lugar em que se consumar a infração ou, no caso de tentativa, onde se deu o último ato de execução. Levou-se em consideração a facilidade na colheita das provas e a eficácia na aplicação da pena, perante a comunidade que assistiu a prática do delito.

Nicolitt alerta para a tentativa de alguns doutrinadores associarem “a regra do art. 70 com a adoção da teoria da ubiquidade, adotada pelo Código Penal para definir o lugar do crime” (2020, p. 491). Segundo o autor, equivocam-se os que assim pensam, pois a regra do art. 6. do CP deve ser aplicada apenas para se definir o local do crime para fins de adoção ou não da lei penal brasileira. Enquanto a regra que aqui se coloca, tem por objetivo, definir, dentro do território brasileiro, qual será foro competente para o julgamento da infração penal.

A teoria do resultado, portanto, foi a adotada pelo legislador. O *caput* do artigo ainda regula a tentativa de um crime e, nesse caso, segundo Marcão, necessário se faz distinguir duas situações diferentes: “(1) se todos os atos foram praticados numa mesma comarca; (2) se os atos foram praticados em mais de uma comarca” (2020, p. 366). No primeiro caso, dúvidas não há. No segundo, a pluralidade de locais define como competente o juiz do lugar em que foi praticado o último ato de execução.

Plurilocalidade internacional e as regras de prevenção

No caso de execução e consumação em lugares distintos, envolvendo nações diferentes, os denominados delitos à distância, as regras dos parágrafos 1º e 2º do CPP definem o juízo natural como aquele em que se deu o último ato de execução em nosso país. Mas, se este foi praticado fora do Brasil, a competência será do juiz do lugar em que o crime produziu ou deveria produzir o resultado. Imaginemos um *hacker* residente na cidade de São Paulo, que ingressa na rede de um banco digital português, com sede em Lisboa, subtraindo vultosa quantia de uma conta corrente de um português. Em consonância com o entendimento acima, considerando-se que o último

ato de execução ocorreu na capital paulista, o juízo daquela metrópole será competente para processar e julgar o paulistano.

Ao revés, sendo o delinquente um português radicado em Lisboa, tendo como objeto a subtração de valores de uma conta corrente de um brasileiro aberta em um banco da capital paulista, competente será o juízo do local onde se produziu o resultado, São Paulo.

A prevenção, como regra subsidiária de fixação da competência, é indicada pelo legislador no caso de incerteza da jurisdição, pelo fato de a infração ter sido consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais localidades com jurisdições distintas. Nesse caso, o disposto no art. 83 do CPP deve ser atentado.

Exceções à regra geral do art. 70 do CPP em casos específicos

1) Crimes plurilocais dolosos contra a vida: adoção da teoria da atividade. O entendimento não é pacífico (vide STJ, HC 95.853/RJ, *DJ* 04.10.2012).

2) Infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 63 da lei 9.099/95): “a competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal”. Norberto Avena alerta para os três entendimentos distintos envolvendo a interpretação doutrinária da palavra “praticada”, frisando, contudo, adesão dominante pelo local em que se ocorreu a ação ou omissão - teoria da atividade (2020, p. 744).

3) Crimes falimentares (art. 183 da lei 11.101/2005): local do juízo cível que decretou a quebra, concedeu a recuperação judicial ou homologou o plano de recuperação extrajudicial (vide art. 15 da Lei Estadual de São Paulo 3.947/1983, Resolução do TJSP 200/2005, art. 125, p. 1º, da CF/88 e art. 74, *caput* CPP).

4) Crime de estelionato praticado mediante depósito, mediante emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores (art. 171, p. 2º, inc. VI do CP): competente, em razão de alteração recente efetuada pela lei 14.155/21, é o juízo da localidade do domicílio da vítima e, em caso de pluralidade de vítimas, utiliza-se do critério da prevenção.

5) Crime de falso testemunho cometido no juízo deprecado (art. 342 do CP): a jurisprudência majoritária compreende ser competente o juízo do local onde foi prestado o falso depoimento (teoria do resultado).

6) Crimes formais e de mera conduta: a ausência de resultado para a consumação destes delitos, define como juízo competente o local onde ocorreu a ação ou omissão.

Art. 71. Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Infrações continuadas e permanentes

Aqui, mais uma vez, a prevenção é adotada para definir a competência nas hipóteses de infrações continuadas ou permanentes. Crime continuado é aquele em que duas ou mais infrações de mesma espécie são praticadas em semelhantes condições de tempo, lugar, maneira de execução etc. Por sua vez, classificam-se como permanentes as infrações cuja agressão ao bem jurídico tutelado se protraí no tempo (crime de extorsão mediante sequestro, por exemplo – art. 159 do CP).

Em ambas as situações, na rivalidade entre dois juízos aparentemente competentes, prevalecerá aquele que primeiro conhecer formalmente do episódio, despachando nos autos.

CAPÍTULO II – DA COMPETÊNCIA PELO DOMICÍLIO OU RESIDÊNCIA DO RÉU

Paulo Antoine Pereira Younes³

Art. 72. Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu.

§ 1º Se o réu tiver mais de uma residência, a competência firmar-se-á pela prevenção.

§ 2º Se o réu não tiver residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.

Incerteza quanto ao lugar da infração

Um critério alternativo é adotado pelo legislador, para a fixação da competência,

³Advogado e professor universitário. Especialista pela FDRP-USP em direito constitucional e pela Universidade de Coimbra em direito da medicina. Mestre em direito das relações sociais, subárea de direito penal pela PUC-SP.

quando incerta a exata localização em que ocorreu a infração penal. O *caput* do artigo, apesar de sugerir como sinônimas as infrações, estabelece como competente o juízo de domicílio ou residência do réu. Norberto Avena sugere que, numa análise conjunta dos artigos 70, 71 e 72, parágrafo único, todos do Código Civil, “para fins de definição da competência para o processo e julgamento de infração penal, o *domicílio* prevalece sobre a *residência* do réu” (2020, p. 747).

Possuindo o réu mais de uma residência, firma o legislador a prevenção como critério de desigualdade.

Renato Marcão alerta para o fato de que, “se o autor do delito não tiver residência ou domicílio certo ou for ignorado o seu paradeiro, por ser andarilho, por exemplo, a competência será fixada por prevenção, de forma a vincular o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato” (2020, p. 370).

Art. 73. Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração.

Nos casos de crimes de ação penal exclusivamente privada, utiliza-se o legislador do mesmo critério definido no artigo anterior, podendo o querelante optar pelo seu exercício no juízo de residência do réu, ainda que conheça o lugar de ocorrência da infração. Excepcionadas estão as ações penais privadas subsidiárias e as públicas condicionadas ou incondicionadas.

CAPÍTULO III – DA COMPETÊNCIA PELA NATUREZA DA INFRAÇÃO

Paulo Antoine Pereira Younes⁴

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

⁴Advogado e professor universitário. Especialista pela FDRP-USP em direito constitucional e pela Universidade de Coimbra em direito da medicina. Mestre em direito das relações sociais, subárea de direito penal pela PUC-SP.

§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

§ 2º Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada.

§ 3º Se o juiz da pronúncia desclassificar a infração para outra atribuída à competência de juiz singular, observar-se-á o disposto no art. 410; mas, se a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri, a seu presidente caberá proferir a sentença (art. 492, § 2º).

Como segundo critério preponderante – lembre-se sempre da ordem estabelecida: *ratione personae*, *ratione materiae* e *ratione loci* – a natureza da infração deve ser considerada após análise da existência ou não de foro por prerrogativa de função, evitando-se, assim, futuro reconhecimento de nulidade absoluta.

Dentre as quatro justiças existentes – Eleitoral, Militar, Federal e Estadual – as duas primeiras conhecidas como de jurisdição especial e, as duas últimas, integrantes da jurisdição comum – busca-se qual a justiça competente para o processo e julgamento da infração penal cometida, entendendo o legislador que determinados crimes, em razão de suas especificidades, devem ser julgados por juízos especializados.

Justiça Comum

Remanescente, terá espaço diante da não incidência da justiça especializada. Por sua vez, subdividida em Federal e Estadual, em caráter absoluto, preponderará a competência Federal sobre a Estadual.

1) Justiça Federal

Composta pelos Tribunais Regionais Federais, os TRFs, e pelos juízes federais, difere-se da Justiça Estadual por abarcar mais de um Estado da federação. Divide-se em 5 regiões: TRF-1º Região (sede em Brasília, compreende: AC, AP, AM, BA, GO, MT, MA, MG, PA, PI, RO, RR, TO, DF); TRF-2º Região (sede no rio de Janeiro, compreende: ES e RJ); TRF-3º Região (sede em São Paulo, compreende: MS e SP); TRF-4º Região (sede em Porto Alegre, compreende: PR, SC e RS); TRF-5º Região (sede em Recife, compreende: AL, CE, PB, PE, RN e SE).

Uma análise taxativa do art. 109 da CF se faz necessária, em consonância com os interesses da União em cada caso concreto, alertando para a *vis atrativa* de preponderância da Justiça Federal em relação à Estadual, consolidada na Súmula 122 do STJ: “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal”.

Em resumo, importa-nos frisar que compete à Justiça Federal, a apreciação dos casos em que se verifica efetivo e concreto prejuízo a interesse, bens ou serviços de empresas públicas e autarquias federais.

Passemos à definição de algumas situações listadas pela doutrina e jurisprudência e suas respectivas súmulas nos tribunais superiores:

a) falso testemunho em processo trabalhista: competência da Justiça Federal – súmula 165 do STJ;

b) falsa anotação na carteira de trabalho: competência da Justiça Estadual – súmula 62 do STJ;

c) crime contra a fauna: competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual a depender do local em que foi cometido o delito – súmula 91 do STJ;

d) falsificação de moeda: em regra a competência é da Justiça Federal, contudo, sendo grosseira a falsificação, desloca-se a competência para a Justiça Estadual – súmula 73 do STJ;

e) vítima funcionário público federal no exercício de suas funções: em havendo pertinência com a função exercida a competência será da Justiça Federal – súmula 147 STJ;

f) contravenções penais: ainda que praticadas em detrimento de interesse da União e suas entidades, a competência será sempre da Justiça Estadual – súmula 38 do STJ;

g) *habeas corpus* e mandado de segurança em matéria criminal: os incisos VII e VIII do art. 109 da CF estabelecem a competência da Justiça Federal, em ambos os casos, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais.

2) Justiça Estadual

Com aplicação residual, sua competência se define por exclusão. Assim, não sendo hipótese de competência da Justiça Federal, será da Estadual. Importante salientar que, qualquer equívoco na definição da competência entre as duas justiças, dará ensejo ao reconhecimento de uma nulidade absoluta, mesmo após o trânsito em julgado de uma eventual sentença condenatória.

Justiça Especializada

1) Justiça Eleitoral (arts. 118 a 121 da CF)

Concebida para julgar crimes eleitorais previstos no Código Eleitoral e na legislação especial, excepcionalmente, prevalecerá no caso de agente com prerrogativa de função que responda perante o TJ ou TRF, sendo competente, nesses casos, o TRE para apreciar crimes eleitorais.

Levy Emanuel Magno explica, que:

(...) isso se dá porque nos dispositivos que tratam da competência para julgamento dos juízes dos Estados e do Distrito Federal, dos Membros do Ministério Público dos Estados (art. 96, III, da CF), dos prefeitos municipais (art. 29, X, da CF), dos juízes federais e membros do Ministério Público da União que oficiem em primeira instância (art. 108, I *a*, da CF), o constituinte fez questão de inserir expressamente a ressalva da Justiça Eleitoral” (2013, p. 332).

No caso de conexão ou continência com o crime doloso contra a vida, a conexão é obrigatória, por força das especificidades constitucionais deste último. Quanto aos crimes comuns, competirá à Justiça Eleitoral, no caso de conexão ou continência, julgá-los.

2) Justiça Militar

Dispõe o art. 124 da CF que “À justiça militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. O Código Penal Militar tipifica os crimes militares, adotando o legislador, o critério *ratione legis*, subdividindo-os em crimes militares próprios (definidos exclusivamente na legislação castrense, sem equivalência na legislação penal comum) e crimes militares impróprios (previstos em ambas as legislações).

Divide-se em Justiça Militar Estadual (competente para julgar os crimes militares que violam interesses das instituições militares estaduais – Polícia e Corpo de Bombeiros) e Justiça Militar Federal (competente para julgar os crimes que violam interesses das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica).

Observações importantes:

a) crime doloso contra a vida praticado por militar na ativa, em que a vítima seja civil, policial reformado ou da reserva, competente será o Tribunal do Júri. No caso de vítima militar, desloca-se a competência para a Justiça Militar.

b) a Justiça Militar não pode julgar crimes comuns, nem os conexos (art. 79, I CPP e Súmula 90 STJ).

c) civil, em regra, não pode ser autor de crime militar. Excepcionalmente, há alguns delitos militares que admitem, na condição de partícipe.

d) a Justiça Militar Federal, diante da ausência de norma restritiva, pode julgar civis. A Justiça Militar Estadual não pode.

e) crime de abuso de autoridade praticado por militar – Súmula 172 STJ: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

f) facilitação de fuga de estabelecimento penal por policial militar – crime do art. 351 do CP e Súmula 75 STJ: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal”.

g) crime praticado por militar fora do serviço com arma da corporação – é considerado crime comum, julgado pela Justiça Comum – lei 9.299/1996.

h) acidente de trânsito com viatura da PM que resulte vítima – Súmula 6 STJ: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de polícia militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade”.

i) policial militar que comete crime militar em outro estado da federação – Súmula 78 STJ: “Competente à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa”.

3) Competência na apuração dos crimes dolosos contra à vida

É de competência da justiça especializada do Tribunal do Júri o processo e julgamento dos crimes dolosos contra à vida (art. 5º, XXXVIII CF/88), cabendo, ainda, à esta justiça especializada, a apreciação dos crimes comuns cometidos em conexão ou continência.

A competência do Júri cede espaço quando o crime for praticado por agente com prerrogativa de função fixada na CF, preponderando, contudo, sobre aquela fixada nas Constituições Estaduais.

CAPÍTULO IV – DA COMPETÊNCIA POR DISTRIBUIÇÃO

Paulo Antoine Pereira Younes⁵

Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

Ainda que se atenda a ordem dos três critérios preponderantes – *ratione personae*, *ratione materiae* e *ratione loci* – é perfeitamente possível a existência de mais de um juízo (vara) em um único foro (comarca). Em São José do Rio Preto, por exemplo, são cinco as varas criminais. Nesse caso, fixado o foro, será necessária a verificação de outros critérios para a fixação da competência.

A prevenção é um desses critérios. Por nós já conhecida, será dissecada mais adiante, quando da análise do art. 83 do CPP. Todavia, o artigo 75, em seu parágrafo único, prioriza este critério em detrimento à distribuição, nas seguintes situações elencadas por Guilherme Madeira Dezem (2020, p. 503):

⁵Advogado e professor universitário. Especialista pela FDRP-USP em direito constitucional e pela Universidade de Coimbra em direito da medicina. Mestre em direito das relações sociais, subárea de direito penal pela PUC-SP.

- “a) concessão de fiança;
- b) conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva;
- c) decreto de prisão temporária;
- d) análise de pedido de cautelares reais ou de meios de obtenção de prova;”

Cita ainda o novel autor, duas situações que não fixam competência por prevenção. São elas:

- “a) julgamento de *Habeas Corpus* relacionado ao caso pelo Juiz de Direito;
- b) remessa de cópias ao Ministério Público nos termos do art. 40 do CPP.”

Aos finais de semana, nos sistemas de plantões do Tribunal de Justiça, em que apenas um único juiz é escalado, não há que se falar em distribuição e, conseqüentemente, em prevenção, sendo, posteriormente, distribuído o caso autuado à uma das varas do foro competente.

CAPÍTULO V – DA COMPETÊNCIA POR CONEXÃO OU CONTINÊNCIA

Paulo Antoine Pereira Younes⁶

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

- I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;
- II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;
- III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Conexão e Continência

⁶Advogado e professor universitário. Especialista pela FDRP-USP em direito constitucional e pela Universidade de Coimbra em direito da medicina. Mestre em direito das relações sociais, subárea de direito penal pela PUC-SP.

Como causas de modificação da competência, conexão e continência acabam por produzir resultado processual idêntico: “a reunião dos feitos para unidade de processo e julgamento, com o objetivo de evitar decisões contraditórias e favorecer a economia processual” (NICOLITT, 2020, p. 511).

Para Guilherme Madeira Dezem, o “julgamento conjunto facilita o processo em termos de colheita de provas, o que gera maior economia do processo e também evita decisões contraditórias” (2020, p. 505).

Da análise dos artigos 76 e 77 do CPP, importante diferença se extrai de ambos os institutos: a conexão é a marcada pela pluralidade de condutas, enquanto que, na continência, uma só conduta acaba por gerar um ou mais resultados.

Previstas no art. 76, as hipóteses de conexão são as seguintes:

a) conexão intersubjetiva (art. 76, I): duas ou mais infrações (pluralidade objetiva) praticadas por várias pessoas reunidas ou em concurso (pluralidade subjetiva). Esta modalidade de conexão, segundo a doutrina, pode ocorrer por simultaneidade – duas ou mais infrações, praticadas ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas. Por exemplo, podemos citar vários pacientes descontes e seus familiares, num pronto-socorro, praticando crimes de dano contra o estabelecimento - ; por concurso – duas ou mais infrações, praticadas por várias pessoas em concurso, embora diversos o tempo e o lugar. Como exemplo, podemos citar os integrantes de uma mesma quadrilha que praticam vários estelionatos -; por reciprocidade – duas ou mais infrações, praticadas por várias pessoas, umas contra as outras. Badaró cita como exemplo, “dois delitos de lesão corporal culposa de trânsito, decorrentes de um acidente envolvendo ambos os motoristas que praticavam o chamado ‘racha’” (2015, p. 251).

b) conexão objetiva ou teleológica (art. 76, II): um ou mais crimes são cometidos com o objetivo de facilitar, ocultar, alcançar a impunidade ou alguma vantagem de outro ou outros delitos. Gustavo Henrique Badaró exemplifica citando o crime de lavagem de dinheiro antecedente ao de corrupção (2015, p. 252).

c) conexão instrumental ou probatória (art. 76, III): a junção dos processos fundamenta-se na importância e necessidade da prova produzida em um deles, para a solução do outro. Marcão cita os seguintes exemplos: crime de furto seguido de receptação; crime de favorecimento pessoal, que pressupõe a antecedente prática de crime punido com pena de reclusão pelo favorecido (2016, p. 299).

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1o, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

As hipóteses de continência, por sua vez, são as seguintes:

a) continência por cumulação subjetiva (art. 77, I): duas ou mais pessoas (pluralidade subjetiva) acusadas pela mesma infração (unidade objetiva). Guilherme Madeira Dezem cita como exemplo os casos de organização criminosa, em que “todos os membros deverão ser julgados conjuntamente por força da continência” (2020, p. 508).

b) continência por cumulação objetiva (art. 77, II): uma única pessoa (unidade subjetiva) praticante de duas ou mais infrações em concurso formal de crimes (art. 70 do CP), *aberratio ictus* ou erro na execução (art. 73, segunda parte do CP) ou em situação de *aberratio criminis* (art. 74, segunda parte do CP). Diz Aury Lopes Jr, “existe uma unidade delitiva por ficção normativa. São os casos e, que as várias ações são consideradas, pelo Direito Penal, como um delito só, por ficção legal” (2018, p. 296).

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;

b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;

c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;

IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

O art. 78, com a definição de reunião dos feitos, estabelece importantes regras de prevalência, seja por conexão ou por continência. São elas:

1) art. 78, I: no caso dos crimes dolosos contra a vida prevalecerá a competência constitucional do júri, em concorrência com um delito comum.

2) art. 78, II: no caso de concurso de jurisdições de mesma categoria e de mesmo grau hierárquico, três são os critérios estabelecidos: “a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave; b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade; ou c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos” (NICOLITT, 2020, p. 512).

3) art. 78, III: “no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação”, o STJ em detrimento dos TJs e TRFs; os TJs em detrimento dos juízes de direito, são alguns exemplos.

4) art. 78, IV: a jurisdição especial prevalecerá sobre a comum. Alerta André Nicolitt para dois cuidados: 1) interpretar o presente mandamento em consonância com o disposto no inciso I do art. 79, “que impõe a separação dos feitos no caso de concurso entre a justiça comum e a militar” (2020, p. 512); 2) incidência da súmula 122 do STJ, que estabelece a predominância da Justiça Federal sobre a Estadual, apesar de serem ambas comuns.

Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:

I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;

II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.

§ 1º Cessar, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum co-réu, sobrevier o caso previsto no art. 152.

§ 2º A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver co-réu foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461.

Ainda que se compreenda como regra geral a unidade de processo e julgamento no caso de conexão ou continência (art. 78 do CPP), a conexão se dará nos seguintes casos:

a) art. 79, I: no caso de concurso de crimes comum e militar, assim como, no caso de concurso de agentes no mesmo crime entre civil e militar. É preciso lembrar que o militar que vem a cometer crime doloso contra a vida de civil terá seu julgamento realizado pela Justiça Comum (Tribunal do Júri), por força da norma contida no art. 82, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal Militar.

b) art. 79, II: é obrigatória a separação dos processos no caso de concurso de agentes inimputáveis (criança e adolescente) e imputáveis (maiores de 18 anos). Nesse caso, o ato infracional será apurado pelo Juizado da Infância e Juventude.

c) art. 79, parágrafos 1º e 2º: a separação do processo ocorrerá no caso de suspensão por incidente de sanidade mental em relação a um dos acusados ou em razão de réu foragido que não pode ser julgado à revelia, como nos casos de citação por edital ou ausência do acusado preso, “ou, ainda, quando não coincidirem as recusas dos jurados pelo defensor, na forma do art. 469 do CPP” (NICOLITT, 2020, p. 514).

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Faculta a lei, a critério do magistrado, diante das circunstâncias apontadas, a separação ou não do processo, objetivando quaisquer prejuízos que porventura a agremiação dos feitos poderia ocasionar. Norberto Avena exemplifica-nos:

No julgamento da Questão de Ordem suscitada na Ação Penal Originária 514/PR, relativamente a fato envolvendo um denunciado com foro privilegiado no Superior Tribunal de Justiça e vários outros acusados sem essa prerrogativa, considerou o STJ que o processo simultâneo e conjunto contra todos se mostrava inviável, podendo, inclusive, acarretar a prescrição da pretensão punitiva em relação a alguns dos crimes imputados. Assim, determinou, com base no art. 80 do CPP, levando em consideração o número excessivo de acusados, o desmembramento para que permanecesse o feito em tramitação naquela Corte apenas em relação ao denunciado que, de acordo com a Constituição Federal, detém prerrogativa de Foro, devendo os demais ser processados e julgados nas instâncias respectivas. Salientou o STJ, ainda, que tal decisão não implica violação ao postulado do Juiz Natural, pois cada um dos denunciados será julgado pelo juízo originariamente competente (2020, p. 767/768).

Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

Parágrafo único. Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente.

André Nicolitt elucida-nos com o seguinte exemplo:

Um Deputado Federal é processado perante o STF juntamente com seu motorista por um crime de peculato (art. 77, I, do CPP c/c art. 312 do CP). Havendo a absolvição do Deputado Federal, continuará o STF competente para julgar seu motorista. Pensemos na seguinte hipótese: um Promotor de Justiça comete um crime de homicídio conexo com o crime de ocultação de cadáver praticado por seu jardineiro. Ambos os fatos deverão ser julgados pelo Tribunal de Justiça (art. 76, III, c/c art. 78, II, do CPP). Sendo absolvido o Promotor de Justiça, o Tribunal continuará competente para o julgamento (2020, p. 527).

A doutrina clássica denomina de *perpetuatio jurisdictionis* a competência adquirida por um juiz, com a conexão de causas, perpetuando e subsistindo, ainda que a lide a qual definia originariamente a sua competência, desapareça por um motivo qualquer.

Constituindo-se uma verdadeira exceção à regra prevista no *caput* do presente artigo, o parágrafo único, referindo-se especificamente aos crimes dolosos contra à vida, estabelece não subsistir a prorrogação da competência do Tribunal do Júri, no caso de impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação do delito contra à vida, cometido em conexão com o crime comum. Assim, num homicídio em conexão com um latrocínio em que ocorre a impronúncia do acusado pelo delito contra à vida, os autos deverão ser encaminhados ao juízo competente, não podendo o latrocida ser pronunciado.

Na hipótese de uma desclassificação do delito contra à vida, operada pelo Conselho de Sentença, desloca-se a competência para o juiz-presidente do Tribunal do Júri, cabendo a ele proferir decisão inclusive quanto ao crime conexo (art. 492, parágrafos 1º e 2º, do CPP).

Art. 82. Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas.

Instaurados processos diversos tramitando por juízos distintos, sendo caso de conexão ou continência, caberá ao magistrado com jurisdição prevalente avocar (chamar para si) o processo em trâmite pelo outro juízo.

Contudo, o mesmo art. 82 alerta para uma exceção, a existência de sentença definitiva em um deles. Assim, ainda que não tenha transitado em julgado a sentença condenatória ou absolutória proferida em um dos processos, resta proibida a avocatória. Nada impede, outrossim, para efeito de soma ou unificação das penas, a posterior análise no caso de concurso formal impróprio, concurso formal próprio e de crime continuado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal, 12. ed., Rio de Janeiro: Método, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 5 de dezembro de 2020.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 5 de dezembro de 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 05 de dezembro de 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal, 6. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 15. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAGNO, Levy Emanuel. Curso de Processo Penal Didático, São Paulo: Atlas, 2013.

MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal, 6. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: Saraiva, 2016.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal, 10. ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 16. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Processo Penal, 10. ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

CAPÍTULO VI – DA COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO

Leandro Bertini de Oliveira¹
Leonardo Plazas Batista²
(arts. 83 ao 91)

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3.º, 71, 72, § 2.º, e 78, II, c).

A prevenção é o conhecimento antecipado de determinada questão jurisdicional por um juiz, tornando-o competente para apreciar os processos que com ele guardem conexão.

O Código de Processo Penal fez a previsão do instituto da prevenção em diversos dos seus artigos (arts. 70, § 3.º, 71, 72, § 2.º, e 78, II, “c”), sendo, via de regra, um critério residual.

Significa dizer que, quando não existem condições que possibilitem determinar o juízo de forma categórica utilizando somente as regras usuais, daí surge o critério da prevenção.

Como regras gerais temos a fixação de competência de acordo com o lugar da infração, ou ainda, levando em consideração o domicílio ou residência do réu.

No entanto, a utilização destes critérios, sozinhos, pode gerar confusões, uma vez que sempre existe a possibilidade de vários juízes exercerem suas funções no mesmo lugar e ambos terem competência para tal.

Assim entendeu o STJ na seguinte decisão:

(...)
DESCAMINHO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO LOCAL EM QUE APREENDIDOS OS BENS PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO 151 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA.

¹ Advogado. Coordenador da Comissão de Direito Constitucional da OAB São Paulo (22ª Subseção). Professor. Palestrante. Conferencista.

² Advogado, formado pela Universidade de Rio Preto - UNIRP, 2015 a 2019

MERCADORIAS ARRECADADAS EM RAZÃO DE ANTERIORES DECISÕES PROFERIDAS PELA JUSTIÇA FEDERAL DE SÃO PAULO. PREVENÇÃO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. **1. Nos termos dos artigos 78, inciso II, alínea "c", e 83, ambos do Código de Processo Penal, em caso de concurso de jurisdições da mesma categoria, a competência será firmada pela prevenção. 2. No caso dos autos, embora as mercadorias tenham sido apreendidas no Estado do Rio Grande do Sul, tal fato decorreu de decisões proferidas em processo que já tramitava perante a Justiça Federal de São Paulo que, por tal motivo, é a competente para processar e julgar o paciente.** Inaplicabilidade do verbete 151 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. (...)
(STJ - HC: 318590 SP 2015/0053191-5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 10/03/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2016).

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal possui súmula com o entendimento de que a competência por prevenção é relativa. Isso significa dizer que ela deve ser arguida oportunamente e tempestivamente, sob pena de preclusão. Além disso, é exigido que se demonstre prejuízo efetivo. Vejamos:

Súmula 706 do STF: “É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção.”

A seguir a jurisprudência do STF a respeito do tema:

Prevenção é hipótese de fixação de competência relativa, motivo pelo qual admite sua prorrogação, conforme se depreende da interpretação conferida a Súmula 706. Pleito de redistribuição após à ciência da distribuição do feito e ao proferimento da decisão ora agravada. Preclusão e, consequente, prorrogação configurada. Precedentes.

[ARE 1.007.693 AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, 1ª T, j. 17-08-2018, DJE 188 de 10-9-2018.]

Nos termos da Súmula 706/STF, **é relativa a nulidade** decorrente da inobservância da **competência penal por prevenção**, a qual **deve ser arguida oportuna e tempestivamente**, sob pena de preclusão.

[RHC 108.926, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 24-2-2015, DJE 45 de 10-3-2015.].

O ARTIGO MENCIONA JUÍZES IGUALMENTE COMPETENTES E JUÍZES COM JURISDIÇÃO CUMULATIVA:

Ensina o renomado autor Tourinho Filho, com imensa precisão, que os **magistrados igualmente competentes** “são os que possuem idêntica competência, tanto em razão da matéria quanto em razão do lugar” (é o que acontece quando surge

a necessidade de se fazer a distribuição de um processo para determinar o juiz competente, uma vez que presentes vários magistrados criminais na mesma comarca).

Por outro lado, os **juízes com jurisdição cumulativa** seriam aqueles que possuem aptidão para julgar a mesma matéria, mas que se localizam em foros diferentes (é o que ocorre nos crimes continuados, que “transitam” por várias Comarcas limítrofes, pois qualquer um dos magistrados teria competência para julgá-los).

Desta forma, o legislador não se utilizou de dois termos distintos apenas por lazer. Termos diferentes, conceitos distintos. (Código de Processo Penal comentado, v. 1, p. 212-213).

ATO DO PROCESSO VS MEDIDA A ESTE RELATIVA:

“Ato do processo”, nada mais é, que uma decisão jurisdicional que guarda relação com a ação penal em trâmite. É o que ocorre com o recebimento da denúncia ou da queixa, por exemplo.

“Medida a este relativa” significa que, em determinadas situações em que ainda não tenha sido instaurado o processo em si e, ainda na fase de investigação policial, o magistrado venha a ser provocado a proferir decisão de caráter jurisdicional. A título de exemplo, a concessão de mandado de busca e apreensão, a decretação de uma prisão preventiva ou até a decretação de uma medida assecuratória.

O juiz se tornará prevento em ambas as hipóteses apresentadas.

ATENÇÃO: Os despachos, **de caráter meramente administrativo**, proferidos em sede de inquérito, como a concessão de algum prazo ou até mesmo o deferimento de diligências requeridas pelo representante do Ministério Público **não possuem o condão de previnem o juízo.**

Na jurisprudência do STJ:

“1. É firme o entendimento desta Corte superior que a descoberta fortuita dos atos praticados pelo agente em interceptação telefônica autorizada por outro juízo, que apurava fatos distintos dos imputados na ação penal em apreço, não o torna prevento nem acarreta conexão de provas. 2. ‘A regra da prevenção estabelecida no art. 83 do Código de Processo Penal pressupõe a prática de um

ato jurisdicional que importe em prévio conhecimento da causa, o que não ocorre quando autorizada apenas diligência no bojo do procedimento investigatório (AgRg no REsp 1.492.472/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04.10.2018, DJe 15.10.2018). 3. In casu, o mero ato do Juízo de Direito da 2.^a Vara Criminal de Assis/SP de deferir a extração de cópias da investigação, que ***apurava em outro feito fatos distintos dos imputados às recorrentes, não o torna preventivo, ainda que tenha autorizado naqueles autos as interceptações telefônicas que revelaram ocasionalmente a prática delitiva pelas agentes***. 4. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 690.440 – SP, 5.^a T., rel. Ribeiro Dantas, j. 16.05.2019, v.u.).

HIPÓTESES EM QUE SERÁ APLICADA A PREVENÇÃO:

A) Quando o crime ocorrer na fronteira de duas ou mais jurisdições, sendo o limite entre elas incerto ou, ainda que seja certo, não seja possível aferir precisamente o exato local do crime, e também quando a infração atingir mais de uma jurisdição (art. 70, § 3.º);

B) Quando se tratar de crime permanente ou crime continuado, em que a execução se prolonga no tempo, podendo assim, atingir o território de mais de uma jurisdição, sendo a prevenção a única saída para solucionar o conflito de competências (art. 71);

C) Sempre que o acusado possuir domicílio incerto ou tiver mais de uma residência (art. 72, § 1.º) ou mesmo quando seu paradeiro for desconhecido, por qualquer que seja o motivo (art. 72, § 2.º), não sendo possível firmar a competência somente pelo lugar em que foi cometida a infração (art. 72, caput);

D) Quando mais de um juiz possuir competência para julgar o feito e não havendo a possibilidade de aplicação dos critérios de desempate do art. 78, II, “a” e “b” (art. 78, II, “c”).

DECISÃO EM HABEAS CORPUS NÃO É SUFICIENTE PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DE UM JUIZ:

Conforme entendimento da jurisprudência majoritária, o Habeas Corpus possui natureza de ação constitucional.

Em razão disso, não guarda nenhum tipo de vínculo com o processo ao qual o paciente foi indiciado.

Por esse motivo, como exemplifica Guilherme de Souza Nucci em seu Código de Processo Penal comentado, “*caso um juiz decida um habeas corpus impetrado contra delegado que estaria constringendo ilegalmente algum suspeito, não se torna preventivo para decidir o processo futuramente instaurado.*”

Desta maneira entende o STF e também os Egrégios Tribunais Estaduais:

HABEAS CORPUS. ROUBO, RECEPÇÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA 1. **A decisão do magistrado de primeiro grau proferida em sede de habeas corpus não determina a prevenção para processar e julgar a futura ação penal.** 2. A prisão cautelar, assim entendida toda prisão que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência. 3. No caso dos autos, forçoso convir que a prisão preventiva está razoavelmente justificada, notadamente no que se relaciona à garantia da ordem pública, dadas as circunstâncias que envolveram a prática dos crimes - sucessivos roubos a residências, cometidos com armas de fogo e o emprego de violência -, evidenciando a periculosidade do paciente, tudo a apontar que a decisão do magistrado, próximo do local dos fatos, deva ser prestigiada. 4. Ordem denegada. (STJ - HC: 48305 RJ 2005/0159594-0, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 18/12/2006, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/06/2007 p. 428 LEXSTJ vol. 216 p. 278)

PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVENÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DE HABEAS CORPUS ANTERIOR À AÇÃO PENAL AO JUÍZO SUSCITANTE. **O JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS, NO PRIMEIRO GRAU, NÃO PREVINE O JUÍZO QUANTO A AÇÃO PENAL, POR SE TRATAR DE AÇÃO DE NATUREZA ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAL,** QUE NÃO VINCULA EVENTUAL AÇÃO PENAL, PELO QUAL RESPONDE OU RESPONDERÁ O AGENTE. CONFLITO PROCEDENTE PARA DECLARAR COMPETENTE O JUIZ SUSCITADO. DECISÃO UNÂNIME.

(TJ-PE - CJ: 5268182 PE, Relator: Antônio Carlos Alves da Silva, Data de Julgamento: 08/05/2019, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/05/2019)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. **ALEGAÇÃO DE PREVENÇÃO COM HABEAS CORPUS ANTERIOR. ART. 78, § 1º DO RITJAM. PREVENÇÃO INEXISTENTE.** HABEAS CORPUS POSSUI NATUREZA DE AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO, NÃO DE RECURSO. DESEMBARGADOR SUSCITANTE COMPETENTE. CONFLITO DE

COMPETÊNCIA IMPROCEDENTE O suscitado alega a prevenção do suscitante em razão ter funcionado nos autos do Habeas Corpus nº 4004076-21.2017.8.04.0000, nos termos do art. 78, § 1º do RITJAM; "O Habeas Corpus tem previsão legal no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição federal e tem por objetivo evitar a prática de atos atentatórios à liberdade de locomoção ou restabelecê-la, quando ilegalmente violada ou ameaçada. Possui natureza jurídica de ação autônoma de impugnação e não natureza recursal ; **No caso em exame, conforme observado pelo Órgão Ministerial, pela expressa aplicação do art. 78, § 1º do RITJAM, estará o suscitante, prevento para julgar os futuros recursos relacionados ao processo n. 0200176.14.2017.8.04.0001, não se incluindo, nesta categoria, eventuais habeas corpus impetrados posteriormente, em virtude de sua natureza de ação autônoma ;** Tendo em vista que a distribuição inicial dos autos n.º 4003384-85.2018.8.04.0000 recaiu sobre o desembargador suscitante, deve a este ser mantida a distribuição inicial pelo critério da prevenção por distribuição; Rejeita-se o presente Conflito Negativo de Competência, em consonância com o parecer ministerial, para julgar competente para processamento e julgamento do Habeas Corpus nº 4003384-85.2018.8.04.0001 o desembargador suscitante. **(TJ-AM** - CC: 00081193520188040000 AM 0008119-35.2018.8.04.0000, Relator: Yedo Simões de Oliveira, Data de Julgamento: 02/07/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/07/2019).

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

Trata-se da denominada competência "*ratione functionae*" (em razão da função).

Sim, acredite se quiser, mas a competência para apuração de crimes pode sofrer alteração substancial de acordo com a função ocupada pelo agente.

Muitos autores fazem críticas a esse instituto dizendo que, na realidade, tal competência seria determinada em razão da pessoa, e não de sua função, caracterizando verdadeiro privilégio à algumas classes de pessoas. Para fins didáticos, deixaremos de lado esse lado crítico, uma vez que esse não é o nosso objetivo.

Em regra, o agente deve ser punido no local do cometimento do crime, pois lá foi onde a sociedade sofreu os maiores danos. No entanto, não é o que ocorre com alguns agentes quando estes estão investidos em determinadas funções.

A título de exemplo, ao praticar um delito, o Prefeito de uma pequena

cidade interiorana será julgado no Tribunal de Justiça de seu respectivo Estado, e não no local onde exerce seu mandato.

Deputados Federais e Senadores serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal (CF, 102, I, “b”);

Governadores de Estado e Desembargadores são julgados perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “a”);

Juizes de Direito e Promotores de Justiça dos Estados são processados e julgados perante o respectivo Tribunal de Justiça, salvo em relação a crimes eleitorais (CF, art. 96, III).

INVESTIGAÇÃO E INDICIAMENTO DE PESSOAS COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em questão de Ordem suscitada no Inq. 2.411, passou a entender que, ao se tratar de investigado que possui foro por prerrogativa de função, a autoridade policial não pode proceder ao indiciamento sem prévia autorização do Ministro-Relator, sendo que esta autorização também é necessária para a própria instauração do inquérito originário.

DELITO PRATICADO ANTES, DURANTE OU APÓS O EXERCÍCIO DO MANDATO:

A regra de competência no que diz respeito ao cometimento de crimes por agentes público antes da sua diplomação sofreu consideráveis mudanças até chegarmos no posicionamento atual do STF.

A bem da verdade, a suprema corte, acertadamente, fez diversas restrições a esse instituto.

Entre o cancelamento da súmula n. 394 e a decisão proferida na AP 937 QO/RJ, caso o agente cometesse um delito antes do exercício da função (ou da diplomação), a competência seria automaticamente alterada a partir do momento em que o acusado ingressasse no exercício da função (ou fosse diplomado), ainda que o crime não estivesse relacionado às funções por ele desempenhadas.

Com essa regra, hoje já superada, se o agente cometia um crime antes da sua diplomação, ao ser diplomado o processo “subia” à corte superior. Após o fim do seu mandato, o processo “descia” novamente ao juízo de primeira instância.

Este sobe e desce acabava gerando situações curiosas, e até mesmo manobras para tentar burlar ou atrasar o julgamento.

Recentemente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal adotou de vez a regra da contemporaneidade.

Na ocasião do julgamento de uma questão de ordem na Ação Penal 937, concluiu o Pleno do Supremo que o foro por prerrogativa de função deve ser **aplicado exclusivamente aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.**

*(I) O foro por prerrogativa de função aplica-se **apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo** e relacionados às funções desempenhadas; e;*

*(II) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, **a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.***

[Tese definida na AP 937 QO, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 3-5-2018, DJE 265 de 11-12-2018.]

Desta forma, como a competência por prerrogativa de função tem como finalidade exclusivamente garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não servir como privilégio para resguardar a pessoa que o exerce ou exerceu, caso o agente venha a cometer algum crime após o exercício das funções, por óbvio, não fará jus ao foro por prerrogativa de função.

Levando em consideração essa lógica, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado da **súmula nº 451, que dispõe que “a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.”**

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO:

O duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de ter a matéria da sentença decidida em primeira instância reavaliada, e possivelmente modificada por órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

No entanto, os acusados que possuem foro por prerrogativa de função não fazem jus a este direito.

Apesar disso, caso um indivíduo desprovido de foro por prerrogativa de função seja condenado em 1ª instância, condenação da qual haja apelado, na hipótese de ulterior diplomação como Deputado Federal, caberá ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da respectiva apelação [STF, Pleno, AP 428/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12.6.2008].

HIPÓTESES DE CONCURSO DE AGENTES:

Súmula 704, STF - Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO:

A própria Constituição Federal estabeleceu em seu texto constitucional que é de competência do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVIII, “d”).

Neste sentido, o que deve prevalecer então: a competência do Júri ou a competência por prerrogativa de função?

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm respondido este questionamento de forma praticamente unânime.

Uma vez que ambas as previsões de competência são estabelecidas na Constituição Federal, deve-se, por bem, considerar especiais aquelas que dizem respeito à prerrogativa de foro, em detrimento ao Tribunal do Júri.

O júri, como regra geral, é o órgão competente para analisar os crimes dolosos contra a vida. Portanto, as autoridades que possuem a previsão de foro por prerrogativa de função são agraciadas com uma regra mais específica, e portanto, esta deve prevalecer.

A esse respeito foi editada a **Súmula 721**, posteriormente convertida na

Súmula Vinculante 45, ambas com a mesma redação: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.”

A edição dessas Súmulas fortalece a posição de que a prerrogativa de foro, fixada na Constituição Federal, excepciona a competência genérica do júri, para os delitos dolosos contra a vida, também estabelecida na Carta Magna.

Por outro lado, esclareceu também que as autoridades cujo foro privilegiado foi obtido por disposição da Constituição Estadual, devem ser processadas no Tribunal do Júri, caso cometam crimes dolosos contra a vida, uma vez que a regra constitucional estadual não pode prevalecer sobre norma constitucional federal.

PREFEITOS MUNICIPAIS:

Segundo o que estabelece o art. 29, X, da Constituição, os prefeitos respondem perante o Tribunal de Justiça, pela prática de crimes comuns.

Por outro lado, conforme prevê o art. 4.º do Dec.-lei 201/67, e também de acordo com pacífica jurisprudência, quando se tratar de delitos de responsabilidade, que constituírem infrações político-funcionais, neste caso, deverão ser julgadas pela Câmara dos Vereadores.

Em se tratando ainda do cometimento de crime federal, entende a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça que deva responder perante o Tribunal Regional Federal, e não perante o foro constitucionalmente indicado com sendo competente, que seria o Tribunal de Justiça do seu Estado.

Ainda neste sentido, se o Prefeito cometer crime eleitoral será julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

No entanto, tratando-se de delito doloso contra a vida, aplica-se a regra concernente aos demais beneficiários do foro privilegiado: será julgado pelo Tribunal de Justiça e não pelo Tribunal do Júri.

Súmula 702 do STF: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo Tribunal de segundo grau.

Súmula 703 do STF: “A extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1.º do Dec.-lei 201/67”.

MAGISTRADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

Seguem a competência estabelecida na Constituição Federal.

Portanto, são julgados perante o Tribunal ao qual estão vinculados, independentemente da natureza do crime que cometeram ou o lugar da infração.

Deste modo, um juiz estadual que comete uma infração de competência da justiça federal, deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça do seu respectivo Estado.

Da mesma forma, seguindo esse raciocínio, se um juiz federal comete um crime de âmbito estadual, deve ser julgado pelo Tribunal Regional Federal da sua respectiva área de atuação.

DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA E VALIDADE DOS ATOS ANTERIORES:

Assim entende o STJ a respeito do tema:

*STJ: “Se o deslocamento do foro por prerrogativa de função ocorre no curso do processo por motivo superveniente, são válidos os atos anteriores praticados por juiz competente”
(APn 813 – DF, Corte Especial, rel. Felix Fischer, 02.03.2016, v.u.).*

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

Diferentemente do que leva a crer a leitura do artigo 85, não é somente o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal de Justiça dos Estados.

De acordo com o que dispõe a Constituição Federal de 1988, vários outros tribunais também possuem competência para julgar determinadas pessoas levando em consideração o seu cargo, não sendo o artigo 85 um rol exauriente. Isso também ocorre

com o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Regional Federal, o Tribunal Regional Eleitoral, entre outros.

O artigo em apreço estabelece que, uma vez movida ação penal privada por crime de calúnia por querelante dotado de foro por prerrogativa de função, o processo, via de regra, tramitará perante o juiz de 1º grau.

Ocorre que, propondo-se o acusado a demonstrar a verdade do fato que imputou ao querelante por meio da **oposição de exceção da verdade pelo querelado (CP, art. 138, § 3º)**, do julgamento da exceção da verdade poderá ser reconhecida a prática de crime, razão pela qual, seu julgamento deve ficar a cargo do Tribunal competente de acordo com o foro por prerrogativa de função.

Renato Brasileiro de Lima, em sua obra, Manual de Processo Penal, volume único, publicado no ano de 2020, nos traz o seguinte exemplo prático: *“Caso um juiz estadual ofereça uma queixa-crime em face de um indivíduo pela prática do crime de calúnia, é possível que o querelado ingresse com uma exceção da verdade, de modo a provar a veracidade do fato delituoso imputado ao magistrado. Como esse juiz de direito é dotado de foro por prerrogativa de função, ao respectivo Tribunal de Justiça caberá o julgamento da exceção oposta”*.

Importante salientar que, na hipótese prevista no art. 85 do Código de Processo Penal, caberá ao Tribunal o julgamento da exceção da verdade, e somente dela. Isso significa que é a instância ordinária que deverá fazer o juízo de admissibilidade da exceção da verdade, além de promover toda a instrução probatória oportuna.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento pacífico no sentido de que o art. 85 é aplicável somente quando a exceção da verdade for relativa ao crime de calúnia, mas não à difamação. A explicação para isso é simples: A difamação diz respeito à imputação de fato que não constitui infração penal, e, portanto, não se aplica a ela o que dita o artigo 85 do CPP. O foro privilegiado se estabelece apenas no julgamento de infrações penais, sendo inconstitucional fixar a lei ordinária (Código de Processo Penal) um foro especial não previsto na Carta Magna, como é o caso da difamação.

Em razão disso, prevalece o posicionamento de que a aplicação do art. 85 do CPP restringe-se ao crime de calúnia, que possui como elemento essencial do tipo

a imputação de fato determinado revestido de caráter delituoso.

Concluindo o pensamento, diferentemente do crime de calúnia, a difamação deverá ser processada e julgada pelo magistrado de primeiro grau, mesmo que oposta a exceção da verdade em que o exceto seja agraciado pelo foro por prerrogativa de função.

Art. 86. Ao Supremo Tribunal Federal competirá, privativamente, processar e julgar:
I - Os seus ministros, nos crimes comuns;
II - Os ministros de Estado, salvo nos crimes conexos com os do Presidente da República;
III - O procurador-geral da República, os desembargadores dos Tribunais de Apelação, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade.

O Inciso I do artigo 86 do CPP manteve a mesma regra prevista no art. 102, I, “b”, da Constituição Federal:

Artigo 102, I, b, CF/88: *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: “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.”*

Ao Supremo Tribunal Federal, cabe o processamento e julgamento, nos crimes comuns, do Presidente, do Vice e dos Ministros de Estado, estes últimos independentemente de serem crimes conexos com os do Presidente da República (**art. 102, I, “c”, CF/88**).

Nos crimes de responsabilidade, o Presidente e o Vice serão julgados pelo Senado. Já os Ministros serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal, exceto quando seus crimes de responsabilidade guardarem conexão com os do Presidente ou do Vice.

Continua o Supremo Tribunal Federal competente para julgar, nos crimes comuns, o Procurador-Geral da República (**art. 102, I, “b”**), os ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (**art. 102, I, “c”**).

Nos crimes de responsabilidade, não mais julga o chefe do Ministério Público Federal, cujo julgamento compete ao Senado, juntamente com os membros do CNJ e

do CNMP, bem como do Advogado- Geral da União. Os outros continuam, nos delitos de responsabilidade, ao seu crivo.

Já os desembargadores dos Tribunais Estaduais serão julgados, tanto nos crimes comuns quanto nos de responsabilidade, pelo Superior Tribunal de Justiça **(art. 105, I, “a”)**.

Assim dispõe a Súmula nº 691 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

Decisão precária e aplicação analógica da Súmula 691:

6. A decisão questionada é monocrática, de natureza precária e desprovida de conteúdo definitivo. Por não ter a defesa juntado todos os documentos necessários para o deslinde da controvérsia, em especial a decisão proferida pelo juízo de primeira instância, e pelo sigilo dos processos vinculados à impetração no Superior Tribunal Militar, o Ministro (...) afirmou que o requerimento de medida liminar será apreciado após as diligências para a complementação da instrução e com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar. O exame do pedido formalizado no Superior Tribunal Militar ainda não foi concluído. A jurisdição ali pedida está pendente e o órgão judicial atua para prestá-la na forma da lei. Embora não tenha havido o indeferimento da medida liminar no Superior Tribunal Militar, **aplica-se à espécie a Súmula 691 deste Supremo Tribunal, considerada a não definitividade da decisão objeto da presente impetração.**

[HC 175.174, rel. min. Cármen Lúcia, dec. monocrática, j. 13-9-2019, DJE 202 de 18-9-2019.]

Em que pese o teor da súmula nº 691 do STF, o **Supremo Tribunal Federal vem aplicando-a de forma relativizada**. Entende a Corte Suprema que, diante de uma decisão monocrática teratológica de Relator de Tribunal Superior, em que ficaria caracterizado claro constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, é cabível habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal.

Art. 87. Competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação o julgamento dos governadores ou interventores nos Estados ou Territórios, e prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, juízes de instância inferior e órgãos do Ministério Público.

CONCEITO DE TRIBUNAIS DE APELAÇÃO:

Os tribunais de apelação vão depender diretamente do cargo exercido pelo agente.

Em relação aos Juízes de Direito, membros do Ministério Público, Prefeitos Municipais, bem como Secretários de Estado e Chefes de Polícia, serão os Tribunais de Justiça de seus respectivos Estados.

Já os Juízes Federais da Justiça comum e os da especial (militar, eleitoral e trabalhista), bem como os membros do Ministério Público da União, serão julgados pelos Tribunais Regionais Federais de suas respectivas regiões.

Já os Governadores, com relação aos crimes comuns, serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, incluindo-se o Governador do Distrito Federal, que antes era denominado “prefeito”.

Art. 88. No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.

Após estabelecermos a competência de Justiça, ou seja, após definido se o crime trata-se de competência da Justiça Militar, Eleitoral, Federal ou Estadual, constatando-se, ademais, se o acusado faz jus ao foro por prerrogativa de função, ou “foro privilegiado” como alguns gostam de denominar, é de grande importância também que seja estabelecido em qual Seção, Subseção Judiciária ou comarca, deverá tramitar o processo.

Para tanto, devemos analisar também a fixação da **competência territorial, também denominada de competência de foro.**

Trata-se de **competência relativa**, o que gera consequências relevantes.

Uma das consequências é que a competência territorial pode ser modificada (prorrogada) pela conexão ou continência, pela vontade das partes, por meio da não interposição da respectiva exceção de incompetência, ou ainda, em razão do não reconhecimento de ofício pelo juiz.

Ademais, ao contrário do que ocorre com a incompetência absoluta, a incompetência relativa precisa, necessariamente, ser arguida no momento oportuno, sob pena de preclusão.

Por fim, importante ressaltar que, tanto a incompetência absoluta quanto a relativa podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, conforme determina o artigo 109 do Código de Processo Penal.

Artigo 109, CPP - *Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.*

EXTRATERRITORIALIDADE, DOS CRIMES PRATICADOS FORA DO TERRITÓRIO BRASILEIRO:

Consiste na aplicação da lei penal brasileira a crimes cometidos fora do território nacional. Os casos de interesse para tal aplicação estão enumerados no art. 7.º, do Código Penal.

Artigo 7º Código Penal - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

AGENTE QUE RESIDIU NO BRASIL:

A hipótese fixada, como via de regra, é aquela na qual o agente residia no Brasil antes de ter cometido o crime do qual é acusado, no exterior. Nessa situação, a ação penal será ajuizada na Capital do Estado onde por último tiver fixado sua residência. Portanto, trata-se de competência da justiça estadual.

AGENTE QUE NUNCA RESIDIU NO BRASIL:

Por outro lado, sendo necessária a aplicação da lei brasileira a algum delito que foi praticado no exterior por estrangeiros que nunca residirem em solo nacional, utiliza-se o foro da Capital da República. Veja, portanto, que se trata também da justiça estadual, uma vez que a capital da República é Brasília.

No entanto, haverá deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de julgamento de crimes previstos em tratados ou convenções, quando iniciada a execução no País e o resultado tenha ocorrido ou devesse ter ocorrido no estrangeiro e reciprocamente **(art. 109, V, CF)**.

Art. 89. Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais da República, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto-mar, serão processados e julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do País, pela do último em que houver tocado.

É PRECISO DISTINGUIR OS SEGUINTE TIPOS DE EMBARCAÇÕES:

a) Considera-se território nacional o interior das embarcações de bandeira brasileiras de natureza pública, independentemente de onde se encontrem no momento do delito. Portanto, crimes cometidos a bordo delas serão de interesse punitivo do Brasil, valendo-se do princípio da territorialidade **(art. 5.º, § 1.º, CP)**;

b) Tratando-se de embarcações estrangeiras de natureza pública, ainda que em território nacional, são consideradas território estrangeiro. Por este motivo, somente haverá interesse do Brasil em punir os crimes cometidos a bordo destas nas hipóteses enumeradas no **art. 7.º, do Código Penal**, segundo as regras de extraterritorialidade;

c) Às embarcações brasileiras, de cunho privado, que se encontrem em território nacional, aplicar-se-ão o princípio da territorialidade (**art. 5.º, CP**), havendo sempre interesse para punir o crime cometido a bordo delas;

d) Já com relação às embarcações estrangeiras, privadas, que se encontrem em águas brasileiras, aplica-se o disposto no **art. 5.º, § 2.º, CP**, que é o princípio da territorialidade, ou seja, há interesse em punir a infração cometida a bordo;

e) Embarcações brasileiras, privadas, que se encontrem em alto-mar, são consideradas como extensão do território brasileiro, havendo também interesse do Brasil em punir os crimes cometido em seu interior (**art. 5.º, § 1.º, CP**).

De qualquer modo, será considerado como foro competente, **o primeiro local de parada após o crime.**

Caso a embarcação siga viagem e termine em solo estrangeiro, havendo interesse do Brasil em punir o agente, será considerado como foro competente, **o local de sua partida.**

JUSTIÇA FEDERAL OU ESTADUAL:

A Constituição Federal é categórica ao definir que caberá ao juiz federal o processamento e julgamento dos crimes cometidos a bordo de navios (art. 109, IX, CF).

O Supremo Tribunal Federal, bem como, o Superior Tribunal de Justiça, possuem o posicionamento pacífico de que navios são embarcações de grande cabotagem ou de grande capacidade de transporte de passageiros, **aptas a realizar viagens internacionais.**

Portanto, a justiça federal atrairá a competência para julgar somente os crimes envolvendo **embarcações de grande porte.** Iates, lanchas, botes, pequenos barcos de pesca e passeio são “abarcados” pela justiça estadual.

Art. 90. Os crimes praticados a bordo de aeronave nacional, dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou ao alto-mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e julgados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso após o crime, ou pela da comarca de onde houver partido a aeronave.

ASSIM COMO AS EMBARCAÇÕES, É PRECISO DISTINGUIR OS SEGUINTE TIPOS DE AERONAVES:

a) Aeronaves brasileiras de natureza pública, independentemente de onde se encontrem, serão consideradas território nacional. Portanto, crimes cometidos a bordo destes interessam ao Brasil, valendo-se do princípio da territorialidade (**art. 5.º, § 1.º, CP**);

b) As aeronaves estrangeiras de natureza pública, ainda que em território nacional, são consideradas território estrangeiro, e por isso, somente haverá interesse do Brasil em punir os crimes cometidos a bordo delas nas hipóteses descritas no **art. 7.º do Código Penal (extraterritorialidade)**;

c) Às aeronaves brasileiras, privadas, que se encontrem em território nacional, aplica-se o princípio da territorialidade (**art. 5.º, CP**), havendo sempre interesse do Brasil em punir o crime cometido a bordo delas;

d) Na hipótese ainda de ser uma aeronave estrangeira, de cunho privado, que esteja em território nacional, aplicar-se-á o disposto no **art. 5.º, § 2.º, CP**, em atenção ao princípio da territorialidade. Portanto, há interesse em punir a infração cometida a bordo;

e) Já no caso de aeronaves brasileiras privadas, sobrevoando alto-mar, considera-se o seu interior como extensão do território brasileiro, havendo interesse do Brasil em punir o crime cometido a bordo (**art. 5.º, § 1.º, CP**).

Seguindo a mesma lógica aplicada para as embarcações, será considerado como foro competente para julgar os crimes cometidos no interior das aeronaves, o primeiro local de parada após o crime. Na hipótese de a aeronave seguir viagem, pousando somente em solo estrangeiro, se houver interesse do Brasil em punir o agente, o foro competente será o do local de sua partida.

Na contramão da regra aplicada às embarcações, no caso das aeronaves a competência sempre será atribuída à Justiça Federal, uma vez que o art. 109, IX, da

Constituição, mencionou os crimes cometidos a bordo de aeronaves, não fazendo menção ao tipo ou ao porte da aeronave.

No Supremo Tribunal Federal já houve divergência em caso de apreensão de drogas ilícitas, em que os agentes já estavam em solo, no aeroporto de Brasília, porém em conexão para um voo entre Cuiabá e São Paulo.

Neste caso, prevaleceu o entendimento de que a competência seria da Justiça Estadual.

Isso por que, a previsão Constitucional teria se voltado à fixação da competência da Justiça Federal somente para as aeronaves em voo pelo espaço aéreo brasileiro, uma vez que, nessa situação, não se saberia ao certo onde o crime ocorreu.

Estando a aeronave em solo e os agentes, igualmente, fora dela, incompetente a Justiça Federal.

(RE 463500 – DF, 1.ª T., redator para o acórdão Marco Aurélio, 04.12.2007, m.v.).

Art. 91. Quando incerta e não se determinar de acordo com as normas estabelecidas nos arts. 89 e 90, a competência se firmará pela prevenção.

Trata-se, aqui, de uma regra residual de competência.

Deste modo, o referido artigo prevê que, na hipótese de não ser possível determinar-se a competência, tendo como base somente os critérios previstos nos arts. 89 e 90 do CPP, a competência deverá ser fixada utilizando-se o instituto da prevenção.

A título novamente de exemplo, Renato Brasileiro de Lima, em seu Manual de Processo Penal, volume único, publicado no ano de 2020, trouxe a seguinte hipótese: *“Suponha-se que um avião que tenha cruzado o território nacional, sem pousar em qualquer localidade, venha a cair no mar territorial brasileiro. Como não é possível se estabelecer o local da partida, nem tampouco o do pouso, o primeiro magistrado que praticar algum ato com conteúdo decisório acerca do fato delituoso estará prevento para o julgamento do processo”*.

Portanto, o artigo 91 do CPP estabelece mero critério de desempate, buscando dirimir qualquer dúvida que possa surgir na fixação de competência referentes aos artigos anteriores, 89 e 90.

TÍTULO VI – DAS QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES

CAPÍTULO I – DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS

Lucas Rocha Chareti Campanha¹
(arts. 92 ao 107)

Os incidentes processuais são questões e procedimentos acessórios que interferem direta ou indiretamente no procedimento principal. Essa interferência, muitas vezes, está relacionada ao mérito do procedimento principal, exigindo que as questões ou os procedimentos acessórios sejam solucionados antes desse procedimento principal.

Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Questões prejudiciais entendem-se aquelas que exigem solução antes do julgamento do processo criminal. São questões que devem ser avaliadas pelo juiz com valoração penal ou extrapenal e devem ser decididas antes do mérito da ação principal. É ainda um impedimento, empecilho ao desenvolvimento normal do processo, e reclama uma decisão prévia.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 92, preceitua que o estudo pormenorizado acerca da seriedade e do fundamento da questão controversa é do juiz responsável pelo processo. Por meio de uma análise antecipada, caberá ao magistrado verificar se a questão relativa ao estado civil das pessoas é imprescindível para a resolução do processo penal.

Estado civil das pessoas é o conjunto de características referentes à ordem pública, à ordem privada e à ordem física do ser humano, à cidadania, à família, e à

¹ Advogado, Professor Universitário na União das Faculdades dos Grandes Lagos em São José do Rio Preto-SP, formado em Direito pela Universidade Paulista, Pós-graduado em Direito Empresarial pela Instituição Damásio educacional.

capacidade civil. Portanto, configuram-se como questões que identificam o indivíduo perante a sociedade. Um exemplo é o caso da investigação da paternidade quando se discute a responsabilização criminal do pai por abandono material. É natural que paternidade seja uma questão prejudicial séria e fundada, portanto, que determina a suspensão obrigatória do processo penal, uma vez que não teria sentido condenar-se alguém por abandono material caso o juízo civil determine que o indivíduo não seja o pai da vítima. Na jurisprudência: TJDFT: “Não se acolhe o pedido de suspensão do processo até a conclusão do inquérito policial que apura fatos não diretamente relacionados àqueles apurados nestes autos. A suposta responsabilidade penal de terceiro, que não é réu ou vítima neste processo, mas que seria beneficiado pela coação exercida contra a vítima, não constitui hipótese obrigatória de suspensão da ação penal, por não se configurar questão prejudicial heterogênea obrigatória, nos termos do art. 92 do CPP. (...)” (APR 20111210055206 – DFT, 2.^a Turma Criminal, rel. Souza e Ávila, 09.06.2016, v.u.).

Tratando-se de questão relativa ao estado civil das pessoas que o juiz repute séria e fundada, deverá determinar a suspensão do processo penal até que a decisão sobre a questão seja dirimida pelo juízo civil. Sendo assim, os requisitos necessários para que ocorra a suspensão do processo penal consistem em: a) questão prejudicial sobre o estado civil das pessoas, b) que se trate de questão da qual dependa a existência da infração penal e c) magistrado tem que considerar a questão como “séria” e “fundada”.

O art. 116, I, do Código Penal, determina que o curso da prescrição fique suspenso até que o processo principal retome o seu curso. Cabe ainda destacar que a decisão proferida no juízo cível acerca da questão prejudicial relativa ao estado civil da pessoa faz coisa julgada na esfera penal.

No tocante à necessidade da questão prejudicial estar relacionada à existência da infração penal para que ocorra a citada suspensão do processo penal, nos leva à conclusão de que a questão prejudicial tem o condão de gerar a desclassificação de um crime ou mesmo até sua atipicidade, tratando se, portanto, de uma questão elementar. Trata-se de uma relação entre duas figuras, a prejudicial e a prejudicada, sendo que esta depende lógica e necessariamente daquela. Há entre elas um nexó necessário. Uma está geneticamente ligada à outra. Esse vínculo entre as duas figuras, que representa a prejudicialidade, é uma forma de conexão. No crime de bigamia o indivíduo casou-se duas vezes. Se em defesa alega que o primeiro casamento era inexistente isso será

matéria ligada ao mérito, vai influenciar na tipicidade do crime de bigamia. A decisão relativa à nulidade do primeiro casamento é prejudicial em relação ao processo penal por bigamia, dado que interfere diretamente na sentença a ser proferida pelo juiz criminal.

A decisão sobre a suspensão do processo penal pode se dar de ofício pelo juiz, ou seja, ainda que não haja provocação pelas partes. Determina a suspensão do processo pelo juiz, o artigo 92 determina que o processo deverá ficar suspenso “*até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença*”. Portanto, não há prazo definido para a duração da suspensão, aguardando-se o término da solução da controvérsia na esfera cível, com o trânsito em julgado da decisão. No entanto, caso haja necessidade e urgência, a lei autoriza o juiz criminal ouvir testemunhas e determinar outras provas que não podem aguardar; pode ser o caso em que a testemunha possua idade avançada ou com alguma doença em estágio final, também poderá ocorrer a determinação de realização de perícias que em razão do decurso do tempo não mais poderão serem efetivadas.

Da decisão do juiz que determina a suspensão do processo caberá recurso em sentido estrito (artigo 581, inciso XVI do Código de Processo Penal). No entanto, não cabe recurso contra a decisão que indefere o pedido de suspensão do processo.

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 93, traz a previsão das questões prejudiciais não relativas ao estado civil das pessoas. Consideram-se questões diversas

do estado das pessoas todos os demais assuntos que digam respeito ao julgamento do processo principal, mas que não estão relacionadas ao estado das pessoas. Por exemplo, as questões patrimoniais, contratuais, empregatícias, etc.

Tratando-se de questão prejudicial não relativas ao estado civil das pessoas, para que o processo principal seja suspenso já deverá ter ocorrido o ajuizamento da ação no juízo cível. Além do mais, ao contrário, do estipulado no artigo 92 do Código de Processo Penal, as questões prejudiciais não relativas ao estado civil das pessoas, não geram a obrigatoriedade da suspensão do processo principal. Se o magistrado acredita possuir elementos/provas suficientes para julgar o caso, pode determinar a continuidade do processo penal, buscando a decisão de mérito.

Para que o magistrado proceda com a suspensão do processo penal, o artigo 93 exige que a questão seja de difícil solução, ou seja, necessário que se trate de uma questão que exija uma cognição exauriente, uma atividade mental complexa por parte do juiz. Por sua vez, as questões de solução simples não permitem a suspensão do processo. Por outro lado, tratando-se de matéria em relação à qual haja limitação probatória na legislação civil (há questões sobre as quais não se pode produzir prova na esfera cível, a não ser por meios especificamente determinados em lei), o juiz responsável pelo processo penal poderá resolver a questão com maior facilidade.

Conforme o artigo 93, parágrafo primeiro, “o juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte” Após o final do prazo, caso ainda não tenha sido proferida decisão no processo civil, o juiz responsável pelo processo penal determinará o prosseguimento do feito, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

Art. 94. A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos artigos anteriores, será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

A suspensão do curso da ação penal será decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes. Portanto, poderá o juiz determinar a suspensão (obrigatória ou facultativa) do processo sem que haja qualquer provocação ou mediante requerimento de suspensão efetivado pelas partes.

CAPÍTULO II – DAS EXCEÇÕES

Lucas Rocha Chareti Campanha²

Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:

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

A exceção consiste em um instrumento de defesa por meio do qual o acusado objetiva a extinção do processo sem o julgamento do mérito, ou apenas a procrastinação do feito. É meio de defesa indireta, uma vez que trata da ausência de condição da ação ou de algum pressuposto processual.

Exceção é a espécie de defesa que só pode ser conhecida pelo juiz se arguida pelas partes. Já a objeção é a matéria de defesa que pode ser reconhecida pelo juiz de ofício. Portanto, o artigo 95, CPP usa a palavra exceção de maneira incorreta, pois as matérias previstas ali podem, sim, serem reconhecidas de ofício pelo juiz.

As exceções se subdividem em exceções dilatórias e peremptórias. As exceções dilatórias são aquelas que adiam a decisão de mérito do processo. Por sua vez, as exceções peremptórias são aquelas que colocam fim ao processo.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 95, traz o rol de matérias que poderão ser arguidas por meio da exceção. São cinco espécies de exceção: a) suspeição (inc. I), b) incompetência (inc. II), c) litispendência (inc. III), d) ilegitimidade de parte (inc. IV) e coisa julgada (inc. V). Apesar de não mencionada expressamente no Código de Processo Penal, deve-se reconhecer, também, as exceções de incompatibilidade e de impedimento – artigo 112 do CPP -.

Art. 96. A arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente.

² Advogado, Professor Universitário na União das Faculdades dos Grandes Lagos em São José do Rio Preto-SP, formado em Direito pela Universidade Paulista, Pós-graduado em Direito Empresarial pela Instituição Damásio educacional.

A arguição da exceção de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente. Ressalvada a exceção de suspeição, que é processada e julgada por tribunal, as demais exceções são decididas pelo juiz da causa. Portanto, oposta exceção de suspeição e outras de natureza distinta ao mesmo tempo, não seria aceitável possibilitar ao juiz a quem é imputada a parcialidade o julgamento das outras exceções para, somente após, decidir-se se ele é ou não suspeito.

Não obstante, também é entendimento jurisprudencial de que ela deve ser arguida na primeira manifestação processual da parte interessada, nos termos do seguinte acórdão do TJ-MG:

EMENTA: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR DE INCOGNOSCIBILIDADE - INTEMPESTIVIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 96, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Não se conhece da exceção de suspeição que não tenha sido arguida pelo excipiente na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos. Inteligência do artigo 96, do Código de Processo Penal. (TJ-MG - CR: 10000181352592000 MG, Relator: Paulo Calmon Nogueira da Gama, Data de Julgamento: 09/09/0019, Data de Publicação: 18/09/2019)

Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.

O Código de Processo Penal determina que o juiz, quando constatar que alguma das circunstâncias legais está presente, deverá declarar-se suspeito ou impedido de julgar a causa, remetendo o processo ao seu substituto legal, conforme dispõe a organização judiciária. Exige-se ainda que o reconhecimento se dê por escrito, nos autos e com fundamentos, para que não ocorra violação ao princípio constitucional do juiz natural. A decisão do juiz em que reconhece a suspeição ou impedimento, remetendo o processo ao seu substituto legal é irrecorrível.

Tratando-se de suspeição por razões de foro íntimo, o motivo deve ser comunicado ao Conselho Superior da Magistratura, que analisará a justificação. Tal exigência tem como objetivo evitar que o magistrado responsável pelo processo se declare suspeito por não ter interesse em determinado processo ou em razão de sua complexidade.

Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.

De início, o artigo dispõe que o Ministério Público, acusado, querelante, querelado e assistente da acusação poderão proceder com a recusa do juiz suspeito ou impedido.

A recusa deverá ser feita por meio de petição assinada pela própria parte ou por procurador com poderes especiais. O instrumento de mandato de procuração que estabelece poderes gerais para o foro, autoriza o advogado à prática de todos os atos do processo, com exceção daqueles em que se exige poderes especiais; receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

Ademais, a procuração com poderes especiais deve ser apresentada no momento em que for arguida a exceção de suspeição, sua posterior juntada aos autos não possui o condão de convalidar o vício.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIME. ARGÜIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO EXCEPTO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS OU MANIFESTAÇÃO DA PARTE PELA SUBSCRIÇÃO DA PETIÇÃO QUANTO A RECUSA DO MAGISTRADO EM RAZÃO DA SUSPEIÇÃO. VIOLAÇÃO DA REGRA EXPRESSA NO ARTIGO 98 DO CPP. POSTERIOR JUNTADA DO INSTRUMENTO DE MANDATO COM OS REQUISITOS EXIGIDOS. CONVALIDAÇÃO DO VÍCIO. INVIABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESSE TRIBUNAL. EXCEÇÃO NÃO CONHECIDA. (TJPR - 2ª C. Criminal - 0014584-51.2019.8.16.0013 - Curitiba - Rel.: Juíza Maria Roseli Guinessmann - J. 10.10.2019). (TJ-PR - EXSUSP: 00145845120198160013 PR 0014584-51.2019.8.16.0013 (Acórdão), Relator: Juíza Maria Roseli Guinessmann, Data de Julgamento: 10/10/2019, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/10/2019)

O artigo estabelece que na petição acompanhada de suas razões a parte deverá indicar a prova que pretende produzir e as que já existirem. Dessa forma, todo material probatório existente deverá acompanhar a petição, bem como, deverá conter a indicação dos que necessitam serem requisitados e rol de testemunhas.

Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruíam, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.

No momento em que recebe a petição de exceção pode ser que o magistrado reconheça sua relação com as partes (vínculo subjetivo) ou com o processo (vínculo objetivo), declarando-se suspeito ou impedido, nesse caso, o feito ficará paralisado até que o magistrado substituto assuma a incumbência do feito. Avena (2018, p. 332) afirma que:

Deduzida a petição perante o juiz do processo (o juiz que está sendo considerado suspeito pelo excipiente), este poderá acolhê-la e reconhecer a própria suspeição. Se o fizer, deverá afastar-se do feito, remetendo-o ao juiz que o deva substituir de acordo com a escala existente no Tribunal a que está vinculado.

Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em 3 (três) dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em 24 (vinte e quatro) horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.

§ 1.º Reconhecida, preliminarmente, a relevância da arguição, o juiz ou tribunal, com citação das partes, marcará dia e hora para a inquirição das testemunhas, seguindo-se o julgamento, independentemente de mais alegações.

§ 2.º Se a suspeição for de manifesta improcedência, o juiz ou relator a rejeitará liminarmente.

Caso o magistrado excepto não reconheça ser suspeito ou impedido para o julgamento do feito, mandará autuar em apartado a petição de exceção e apresentará seus fundamentos de defesa, documentos e rol de testemunhas, no prazo de 3 dias, remetendo os autos ao Tribunal dentro do prazo de 24 horas.

Ao contrário das demais exceções que são julgadas pelo próprio juiz do feito, a exceção de suspeição é remetida ao Tribunal para que decida acerca parcialidade do juiz a ele vinculado.

Tribunal pode rejeitar de forma liminar se o fato que gerou a exceção de suspeição for de manifesta improcedência. Nesse caso, juiz excepto continua com sua incumbência de processar e julgar o feito, e se ficar constatado que o excipiente estava de má-fé ficará sujeito à pena de multa. Por outro lado, se julgar procedente a exceção,

o processo será encaminhado ao juiz substituto, anulando-se os atos nos quais oficiou o magistrado suspeito. O Tribunal analisará a relevância da arguição para avaliar se determinará a citação das partes para que possam produzir provas.

Importante salientar que o processamento da exceção de suspeição não importa a suspensão do andamento do processo criminal.

Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.

O artigo dispõe que se a exceção for julgada procedente pelo tribunal ocorrerá a nulidade dos atos praticados pelo juiz declarado suspeito. Essa nulidade é de natureza absoluta, autorizando o juiz reconhecê-la de ofício. No entanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores exige que a invalidação dos atos praticados pelo juiz esteja condicionada à ocorrência de prejuízo para as partes.

Em caso de procedência da exceção de suspeição, na hipótese de erro inescusável, o magistrado será condenado ao pagamento das custas, nesse caso, o magistrado, por meio de uma cognição superficial, deveria ter identificado a causa de suspeição ou impedimento. Caso ocorra má-fé no procedimento adotado pelo magistrado ficará sujeito às medidas disciplinares também.

Por outro lado, caso haja má-fé da parte ao indicar suspeição ou impedimento do juiz ficará sujeita à pena de multa.

Art. 102. Quando a parte contrária reconhecer a procedência da arguição, poderá ser susgado, a seu requerimento, o processo principal, até que se julgue o incidente da suspeição.

De acordo com o artigo 102, o processamento da exceção de suspeição somente suspende o processo penal ao qual foi suscitado se a alegação for reconhecida pela parte contrária, nesse caso, requererá a sustação do feito até que o Tribunal julgue o incidente de exceção. A sustação do feito será analisada pelo Tribunal a quem caberá julgar a exceção.

Art. 103. No Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o juiz que se julgar suspeito deverá declará-lo nos autos e, se for revisor, passar o feito ao seu substituto na ordem da precedência, ou, se for relator, apresentar os autos em mesa para nova distribuição.

§ 1.º Se não for relator nem revisor, o juiz que houver de dar-se por suspeito, deverá fazê-lo verbalmente, na sessão de julgamento, registrando-se na ata a declaração.

§ 2.º Se o presidente do tribunal se der por suspeito, competirá ao seu substituto designar dia para o julgamento e presidi-lo.

§ 3.º Observar-se-á, quanto à arguição de suspeição pela parte, o disposto nos arts. 98 a 101, no que lhe for aplicável, atendido, se o juiz a reconhecer, o que estabelece este artigo.

§ 4.º A suspeição, não sendo reconhecida, será julgada pelo tribunal pleno, funcionando como relator o presidente.

§ 5.º Se o recusado for o presidente do tribunal, o relator será o vice-presidente.

No tocante aos Tribunais Superiores, em que pese o artigo 103 do Código de Processo Penal, tratar apenas do Supremo Tribunal Federal, há de ser feita uma interpretação extensiva para incluir na regra os ministros do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar, já que esses Tribunais ainda não estavam regulamentados e estruturados à época da edição do Código de Processo Penal.

Com relação à citação aos antigos Tribunais de Apelação, devemos considerar como sendo os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais de Justiça Militar.

Da mesma forma que os juízes de primeiro grau, os desembargadores e ministros de Tribunais poderão declara-se suspeitos de ofício. No caso de reconhecimento *ex officio*, o desembargador ou ministro deverá declarar nos autos tal fato, declarando as razões de sua suspeição ou impedimento. Diferencia-se o procedimento de acordo com a função ocupada pelo magistrado no processo, tratando-se de juiz revisor, ao afastar-se do feito o remeterá ao juiz substituto, no caso do juiz relator, haverá a devolução dos autos à secretaria para que novamente seja distribuído, sendo o excepto outro magistrado do órgão colegiado, registrará a necessidade de seu afastamento na sessão de julgamento, ficando constado em ata, finalmente, tratando-se de presidente do tribunal, seu substituto (Vice-Presidente) prosseguirá na condução do processo.

Por outro lado, caso ocorra arguição de suspeição ou impedimento pelas partes, o procedimento segue as regras determinadas para os juízes de 1.º grau, devendo ser observadas as normas de processamento e julgamento firmadas pelo regimento de cada Tribunal.

Art. 104. Se for arguida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de 3 (três) dias.

O promotor de justiça deverá alegar sua suspeição ou impedimento, declarando os motivos. Caso não ocorra tal alegação, as partes poderão arguir a suspeição ou impedimento do membro do Ministério Público, aduzindo os fatos que possam indicar a parcialidade. As causas que geram a parcialidade do promotor de justiça são as mesmas a que estão sujeitos os magistrados (art. 258 c/c arts. 252 e 254, CPP).

Ao contrário do julgamento da suspeição do juiz de primeiro grau que é realizado pelo Tribunal a que estiver vinculado, quem julga a exceção de suspeição do Promotor de Justiça é o juiz “*a quo*”.

Arguida a exceção com as razões de suspeição, o magistrado enviará ao promotor para que, caso queira, apresente sua resposta. No caso de reconhecimento de sua suspeição ou impedimento deverá encaminhar os autos ao promotor substituto. No entanto, entendendo o promotor de justiça não estarem presentes as causas de suspeição ou impedimento, caberá ao próprio juiz do processo, admitindo antes a produção de provas dentro do prazo de 3 (três) dias, afastá-lo ou mantê-lo nos autos. Da decisão do magistrado não cabe qualquer tipo de recurso.

Art. 105. As partes poderão também arguir de suspeitos os peritos, os intérpretes e os serventuários ou funcionários de justiça, decidindo o juiz de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata.

Perito é o indivíduo que se especializou em determinado assunto e auxilia o magistrado elaborando laudos para fins de convencimento. Muitas vezes o conhecimento técnico do perito é imprescindível para a solução do processo, portanto, o profissional que irá auxiliar o magistrado não poderá ter vínculo com as partes ou com o processo. Embora a lei não determine, o ideal é o perito suspeito ou impedido declarar sua condição nos autos, e o juiz proceder com a nomeação de perito imparcial. Caso contrário, as partes poderão arguir a suspeição ou impedimento do perito, devendo o juiz decidir a questão sem que haja previsibilidade de recurso em face de sua decisão.

Os intérpretes, serventuários e funcionários de justiça também poderão declarar-se suspeitos ou impedidos, devendo o juiz proceder com a troca do auxiliar. Entendendo qualquer das partes que esteja presentes causas de suspeição ou impedimento poderão ser recusados, cabendo ao magistrado decidir a questão.

Art. 106. A suspeição dos jurados deverá ser arguida oralmente, decidindo de plano o presidente do Tribunal do Júri, que a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada, o que tudo constará da ata.

De acordo com os artigos 448 e 449 do Código de Processo Penal, são impedidos de servir no mesmo Conselho: I – marido e mulher; II – ascendente e descendente; III – sogro e genro ou nora; IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio; V – tio e sobrinho; VI – padraсто, madraста ou enteado. O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar. Não poderá servir o jurado que: I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior; II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado.

A exceção de suspeição e impedimento em face dos jurados deve ser feita de forma oral, no momento do sorteio que ocorre em plenário. No caso das partes possuírem conhecimento acerca da suspeição ou impedimento de algum dos jurados deverá documentar os elementos e apresentar no plenário, tal conhecimento de algum fato impeditivo decorre do conhecimento prévio dos jurados convocados para a sessão.

Arguida a exceção de suspeição ou impedimento o juiz ouvirá de forma imediata o jurado acerca das causas impeditivas, no caso de recusar o motivo alegado, deverá a parte apresentar as provas que possui para o convencimento do magistrado. Caso fique certificada a suspeição ou impedimento o jurado será afastado, por outro lado, não comprovada a causa de suspeição ou impedimento o jurado integrará o Conselho de Sentença. A decisão que afasta ou não o jurado é irrecorrível, podendo a parte que se sentir prejudicada indicar a parcialidade em razões do recurso de apelação, pleiteando a declaração de nulidade.

Art. 107. Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.

Diante da natureza inquisitiva e da característica da dispensabilidade do inquérito policial, o artigo 107 do Código de Processo Penal estabelece que não poderá ser arguida suspeição às autoridades policiais nos autos do inquérito policial. Ocorre que, ao vedar a arguição de suspeição pelas partes e ao mesmo tempo determinar que a autoridade policial suspeita se declare suspeita, agiu de forma contraditória.

Outro argumento utilizado para impedir a arguição da exceção de suspeição pelas partes consiste no fato de que a prova produzida nos autos do Inquérito Policial seria submetida ao contraditório judicial. Ocorre que dentro do sistema de provas temos as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, que pela sua própria natureza são impossíveis de serem submetidas no futuro ao contraditório judicial.

Portanto, é equivocada a determinação de proibição de arguição de exceção pelas partes e, se for o caso, o afastamento da autoridade policial pelo magistrado. Diante disso, resta a parte que se sentiu prejudicada buscar o afastamento da autoridade policial suspeita por meio de procedimento administrativo, solicitando e expondo os motivos ao Delegado Geral de Polícia ou, em caso de recusa, ao Secretário da Segurança Pública.

CAPÍTULO II – DAS EXCEÇÕES

Fábio Rocha Caliarí¹
(arts. 108 ao 117)

Art. 108. A exceção de incompetência do juízo poderá ser oposta, verbalmente ou por escrito, no prazo de defesa.

§ 1º Se, ouvido o Ministério Público, for aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos anteriores, o processo prosseguirá.

§ 2º Recusada a incompetência, o juiz continuará no feito, fazendo tomar por termo a declinatória, se formulada verbalmente.

Conceito de exceção

Trata-se de manifestação por meio da qual o acusado, ou mesmo a acusação, objetiva a extinção do processo sem julgamento de mérito, ou apenas a procrastinação do feito.

Manifesta-se na forma de exceção de suspeição; de incompetência; de ilegitimidade de parte; de litispendência; de coisa julgada (art. 95, CPP).

Cumprе ressaltar que o art. 112 do mesmo diploma legal, também traz mais duas possibilidades de exceção: o impedimento e a incompatibilidade.

Podem ser dilatórias, cujo objetivo é o de retardar a decisão de mérito para resolver alguma questão impeditiva do seu correto andamento, ou peremptórias, que visam extinguir a relação processual em razão de faltar alguma condição ou pressuposto do mesmo.

¹ Advogado, Assessor Jurídico. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Coordenador do Curso de Direito do IMESB, Instituto Municipal de Ensino Superior - Bebedouro/SP e Professor efetivo de Direito Penal, Direito Processual Penal, Legislação Penal Especial e Prática Penal no IMESB, Instituto Municipal de Ensino Superior - Bebedouro/SP. Lecionou Direito Penal, Legislação Penal Especial e Prática Penal no Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos UNIFEB (2016-2019). Coursou Escola Alemã de Ciências Criminais na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha (2018). Professor da Escola Superior de Direito de Ribeirão Preto/SP no Programa de Pós Graduação Lato sensu (2017-2019). Professor convidado da Especialização em ciências criminais do Curso Êxito de São José dos Campos/SP. Professor convidado do Curso de Pós Graduação, Lato Sensu em Direito e Processo Penal, Meu Curso, São Paulo/SP. No Centro de Educação Barretos lecionou (2008-2015) Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal. Professor convidado da Especialização em Direito Penal, Processo e Criminologia da ESA/SP - Ribeirão Preto/SP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos - UNIFEB. Autor de artigos e obras jurídicas. Parecerista e associado da ABRACRIM/SP, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, e membro associado do IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

As exceções, em regra devem ser apresentadas no prazo da resposta a acusação, e devem ser decididas antes do processo principal. Deve ser autuada em apartado, o que implica na impossibilidade de ser alegada juntamente com os demais fatos e argumentos do mérito da causa. Na verdade, a exceção possui mérito próprio e distinto daquele da causa de pedir que originou a demanda.

Exceção de incompetência

O poder jurisdicional somente pode ser exercido dentro dos limites da competência., previamente estabelecida em lei.

A exceção é cabível quanto não reconhecida de ofício pelo magistrado, é consequentemente deve ser arguida. Dessa forma, se o magistrado tomar conhecimento do feito que não seja de sua competência agindo sem a provação das partes, não será necessária a exceção. O juiz competente que receberá os autos, procedendo com a ratificação dos atos probatórios e anulação dos atos decisórios.

Em qualquer fase do processo o juiz pode se declarar incompetente remetendo então o processo para um juiz competente, no entanto, deverá intimar as partes que poderão interpor recurso contra o entendimento do magistrado, cujo recebimento será somente no efeito devolutivo.

Quando oferecida a denúncia ou queixa o juiz deverá no momento auferir a competência e se for o caso se julgar incompetente. Caso dê prosseguimento ao processo, a parte contrária poderá opor a exceção, tanto verbal como por escrito, dentro do prazo da defesa.

A incompetência será autuada em apartado, será dada vista para o Ministério Público e, após, os autos irão conclusos para o juiz. Se este acolher o processo será remetido para o juízo competente, se não acolher continuará atuando no processo, podendo então a parte interpor recurso.

Tratando-se de competência relativa (territorial), deve ser alegada no prazo da resposta (art. 396, CPP) sob pena de preclusão.

Já nos casos de competência absoluta (matéria, prerrogativa de função) a alegação e o reconhecimento de ofício podem ocorrer a qualquer tempo.

No caso da exceção de incompetência é o próprio juiz da causa que julga,

podendo reconhecer de ofício (art. 109, CPP), independente de provação. No caso de reconhecer de ofício as partes serão devidamente intimadas para, caso queiram, apresentar recurso. Em caso de reconhecimento, o outro juiz competente deve ratificar os atos processuais.

Os legitimados são as partes, sendo defesa, Ministério Público e o assistente de acusação.

O procedimento pode ser escrito ou verbal (art. 108 § 2º, CPP), e em caso de acolhimento da exceção cabe recurso em sentido estrito (art. 581, II e III, CPP), sem efeito suspensivo, o que implica na remessa dos autos ao juízo considerado competente. Já no caso de improcedência cabe o *habeas corpus* como fundamento para impugnação da ilegalidade.

Acerca dos efeitos da incompetência decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Conforme recente entendimento deste Tribunal Superior "Não se mostra consentânea com o direto processual moderno a anulação do processo desde o oferecimento da denúncia, porquanto os atos praticados pelo juízo incompetente, inclusive os decisórios, são ratificáveis no juízo competente" (HC n. 507.134/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 13/08/2019). A jurisprudência, hoje, é uníssona ao exigir a comprovação de efetivo prejuízo para a anulação de atos processuais, tanto nas hipóteses de incompetência relativa quanto nas de absoluta. Vejamos: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, o que não ocorreu na espécie" (HC n. 490.478/RJ, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 10/04/2019). Habeas corpus conhecido. Ordem parcialmente concedida para encaminhar os autos ao 1º Grau para regular processamento e julgamento, com a possibilidade de o d. Juízo a quo ratificar todos os atos até então praticados, inclusive, o de recebimento da denúncia". (HC nº 539.002, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, DJe 28.11.2019)

Art. 109. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.

O dispositivo permite que o juiz reconheça de ofício, a qualquer tempo, o motivo que gera a incompetência, conforme já exposto anteriormente, independente da alegação das partes.

A propósito do tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. JUÍZOS ESTADUAIS. COMPETÊNCIA RELATIVA. ARGÜIÇÃO POR MEIO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. ENUNCIADO DA SÚMULA 33 DO STJ. 1. A competência em razão do local é relativa, não podendo ser decretada de ofício. Enunciado 33 da Súmula do STJ. 2. Conflito negativo conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado”. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 37.149 – RN, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 27.04.2005)

Art. 110. Nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo.

§ 1º Se a parte houver de opor mais de uma dessas exceções, deverá fazê-lo numa só petição ou articulado.

§ 2º A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.

O dispositivo indica a existência das exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, cujo procedimento para o reconhecimento ou arguição será o mesmo adotado para a exceção de incompetência.

Litispendência ou coisa julgada

Na hipótese de haver causa idêntica em julgamento em outro foro, não poderá ser proposta outra ação contra a mesma pessoa e pelo mesmo fato. Se assim ocorrer configura a hipótese de litispendência, ou coisa julgada que poderão ser arguidas como uma exceção.

A exceção decorre do princípio do *ne bis in idem* que impossibilita que o mesmo fato possa ser objeto de mais de um processo ou imputação em curso (litispendência), ou que o mesmo fato possa ser objeto de imputação em processo novo, uma vez que o fato já foi julgado em outro processo por decisão irrecorrível (coisa julgada).

A coisa julgada poderá ser material ou forma. Será formal quando a decisão for terminativa de mérito, e material quando a decisão produz efeitos sobre a relação material.

Gustavo Badaró sobre o tema ensina:

“A exceção de coisa julgada somente cabe em relação à coisa julgada material. Coma coisa julgada material, o objeto do processo não poderá voltar a se discutido em outro processo envolvendo as mesmas partes sobre os mesmos fatos. É o que se denomina eficácia negativa da coisa julgada”. (BADARÓ, 2017, p. 337).

Pelo art. 110 do CPP podem ser extraídas as seguintes regras: a) a litispendência pode ser oposta pelo réu, como também reconhecida de ofício; b) o órgão do Ministério Público, enquanto fiscal da lei, também pode arguir a exceção; c) o juiz deverá ouvir a parte contrária; d) poderá ser arguida por escrito ou verbal, neste caso será reduzida a termo; e) o incidente será processado em autos apartados; f) há recurso contra a decisão do juiz que acolher a exceção. Toda previsão legal acerca de litispendência, aplica-se, igualmente à coisa julgada.

Fato principal a ser observado como causa da litispendência ou coisa julgada (art. 110, § 2º) deve delimitado pela descrição contida na inicial acusatório, como dia, local, e outras circunstância que individualizem o fato objeto da acusação, e dessa forma, permitam o controle por meio de exceção.

Os legitimados são o acusado, Ministério Público, e o juiz de ofício. O momento da arguição é do prazo da resposta.

O pedido deve ser instruído com certidão do trânsito em julgado, cópia da denúncia, queixa, sentença, acórdão, aptos a individualizar e identificar o fato como objeto do *bis in idem*.

O recurso em caso de acolhimento da exceção é o recurso em sentido estrito (art. 581, III, CPP0, e em caso de reconhecimento de ofício cabe Apelação (art. 593, II, CPP). De outro lado a decisão que reconhece a exceção pode ser impugnada pelo *habeas corpus*.

Exceção de ilegitimidade de parte

A ilegitimidade pode ser *ad causam* ou *ad processum*. A ilegitimidade *ad accusam* ocorre quando o autor da ação não é o titular do direito invocado. Ex: ação penal privada proposta pelo MP. A *ilegitimidade ad processum* ocorre quando falta capacidade postulatória ou falta de capacidade de estar em juízo. Ex: queixa crime exercida por querelante que não é advogado.

Guilherme Madeira ensina:

“Não há consenso na doutrina sob qual delas poderia ser alegada pela via da exceção. O problema decorre da ausência de clareza do código. A ilegitimidade pode se dar tanto em relação à ação (ilegitimidade *ad causam*, condição da ação) quanto em relação ao processo (ilegitimidade *ad procesum*, pressuposto processual)”. (DEZEM, 2020, p. 545).

O art. 568 do CPP informa que a ilegitimidade do representante da parte (*ad processum*) poderá ser sanada, mediante ratificação dos atos processuais. A hipótese em apreço se refere a falha na procuração, ou quando a procuração não atende os requisitos exigidos no art. 44 do CPP, e dessa forma, pode ser regularizada.

A ilegitimidade da parte ativa será do Ministério Público na ação pública, e do Querelante na ação privada, e o momento da arguição é o do prazo da defesa, ou de ofício pelo juiz

Se procedente a ilegitimidade cabe Recurso em sentido estrito do art. 581, CPP, se improcedente cabe o Habeas Corpus, e havendo reconhecimento de ofício cabe também o Recurso em sentido estrito do art. 581, CPP

Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.

As exceções devem ser autuadas em separado, o que implica na autuação distinta daquela com o fato principal da causa. Ainda pelo sistema do processo eletrônico é possível a separação da autuação. Após a arguição da exceção não ocorre, em regra, a suspensão do curso do processo principal.

Sobre o tema ensina Guilherme Nucci que “as exceções não fazem parte da imputação principal, não constituindo o mérito da causa, nem tão pouco questões procedimentais diretamente ligadas ao andamento do feito”. (NUCCI, 2013, p.315).

CAPÍTULO III – DAS INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS

Fábio Rocha Caliarí²

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

As hipóteses de impedimento e suspeição são tratadas no Código de Processo Penal, respectivamente nos artigos 252 e 254, e as incompatibilidades no artigo 253.

Em que pese a sistemática do estatuto processual se omitir em relação às incompatibilidades, é necessário compreender que esta, juntamente com o impedimento e suspeição tem por objetivo comum a imparcialidade do juiz.

Renato Marcão afirma que:

“Diante de tal omissão, são diversas as conclusões apresentadas na

² Advogado, Assessor Jurídico. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Coordenador do Curso de Direito do IMESB, Instituto Municipal de Ensino Superior - Bebedouro/SP e Professor efetivo de Direito Penal, Direito Processual Penal, Legislação Penal Especial e Prática Penal no IMESB, Instituto Municipal de Ensino Superior - Bebedouro/SP. Lecionou Direito Penal, Legislação Penal Especial e Prática Penal no Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos UNIFEB (2016-2019). Coursou Escola Alemã de Ciências Criminais na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha (2018). Professor da Escola Superior de Direito de Ribeirão Preto/SP no Programa de Pós Graduação Lato sensu (2017-2019). Professor convidado da Especialização em ciências criminais do Curso Êxito de São José dos Campos/SP. Professor convidado do Curso de Pós Graduação, Lato Sensu em Direito e Processo Penal, Meu Curso, São Paulo/SP. No Centro de Educação Barretos lecionou (2008-2015) Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal. Professor convidado da Especialização em Direito Penal, Processo e Criminologia da ESA/SP - Ribeirão Preto/SP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos - UNIFEB. Autor de artigos e obras jurídicas. Parecerista e associado da ABRACRIM/SP, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, e membro associado do IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

doutrina a respeito do que se possa considerar incompatibilidade par funcionar no processo, mas não se pode negar que, em relação a todas essas situações excepcionais tratadas – suspeição, impedimento incompatibilidade –, há um objetivo comum: a imparcialidade do juiz e demais atores do processo”. (MARCÃO, 2016, p. 366).

Dessa forma, havendo causa de impedimento, suspeição ou incompatibilidade deverão abster-se de atuar o juiz, o Ministério Público, perito, intérprete e funcionários da justiça. Caso não declarem a abstenção, segue o estabelecido para arguição da exceção.

CAPÍTULO IV – DO CONFLITO DE JURISDIÇÃO

Fábio Rocha Caliarí³

Art. 113. As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição.

Art. 114. Haverá conflito de jurisdição:

I - quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso;

II - quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.

Art. 115. O conflito poderá ser suscitado:

³ Advogado, Assessor Jurídico. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Coordenador do Curso de Direito do IMESB, Instituto Municipal de Ensino Superior - Bebedouro/SP e Professor efetivo de Direito Penal, Direito Processual Penal, Legislação Penal Especial e Prática Penal no IMESB, Instituto Municipal de Ensino Superior - Bebedouro/SP. Lecionou Direito Penal, Legislação Penal Especial e Prática Penal no Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos UNIFEB (2016-2019). Cursou Escola Alemã de Ciências Criminais na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha (2018). Professor da Escola Superior de Direito de Ribeirão Preto/SP no Programa de Pós Graduação Lato sensu (2017-2019). Professor convidado da Especialização em ciências criminais do Curso Êxito de São José dos Campos/SP. Professor convidado do Curso de Pós Graduação, Lato Sensu em Direito e Processo Penal, Meu Curso, São Paulo/SP. No Centro de Educação Barretos lecionou (2008-2015) Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal. Professor convidado da Especialização em Direito Penal, Processo e Criminologia da ESA/SP - Ribeirão Preto/SP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos - UNIFEB. Autor de artigos e obras jurídicas. Parecerista e associado da ABRACRIM/SP, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, e membro associado do IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

- I - pela parte interessada;
- II - pelos órgãos do Ministério Público junto a qualquer dos juízes em dissídio;
- III - por qualquer dos juízes ou tribunais em causa.

Art. 116. Os juízes e tribunais, sob a forma de representação, e a parte interessada, sob a de requerimento, darão parte escrita e circunstanciada do conflito, perante o tribunal competente, expondo os fundamentos e juntando os documentos comprobatórios.

§ 1º Quando negativo o conflito, os juízes e tribunais poderão suscitar-lo nos próprios autos do processo.

§ 2º Distribuído o feito, se o conflito for positivo, o relator poderá determinar imediatamente que se suspenda o andamento do processo.

§ 3º Expedida ou não a ordem de suspensão, o relator requisitará informações às autoridades em conflito, remetendo-lhes cópia do requerimento ou representação.

§ 4º As informações serão prestadas no prazo marcado pelo relator.

§ 5º Recebidas as informações, e depois de ouvido o procurador-geral, o conflito será decidido na primeira sessão, salvo se a instrução do feito depender de diligência.

§ 6º Proferida a decisão, as cópias necessárias serão remetidas, para a sua execução, às autoridades contra as quais tiver sido levantado o conflito ou que o houverem suscitado.

Art. 117. O Supremo Tribunal Federal, mediante advocatória, restabelecerá a sua jurisdição, sempre que exercida por qualquer dos juízes ou tribunais inferiores.

Do conflito de jurisdição.

O conflito de jurisdição, ou de competência, o que seria bem adequado, está disciplinado nos artigos 113 a 117 do CP. O conflito ocorre quando um ou mais juízes tomam ou deixam de tomar conhecimento do mesmo fato delituoso, no mesmo ou em mais processos.

A competência também pode ser determinada não somente pela arguição das exceções por meio do conflito de jurisdição.

O conflito de competência pode ser positivo ou negativo. Será positivo quando um ou mais juízes tomam conhecimento do mesmo fato delituoso, e negativo quando um ou mais juízes recusam tomar conhecimento do fato delituoso.

Haverá conflito de jurisdição quando se tratar de um fato criminoso, havendo conflito positivo ou negativo de juízes a respeito da competência ou quando se estabelecer a controvérsia sobre a unidade de juízo, junção ou separação de processos, fundadas nas regras de conexão de continência.

São legítimos para suscitar o conflito a parte interessada, os órgãos do Ministério Público e quaisquer dos juízes ou tribunais em causa. Quando suscitado por juízes ou

tribunal deve ser feito mediante representação e sob forma de requerimento quando pela parte interessada ou pelos *custos legis*.

A competência para decidir sobre o conflito de jurisdição é estabelecida na Constituição Federal, nas constituições dos estados, nas leis processuais e de organização judiciária e até nos regimentos internos dos tribunais.

Não é possível conflito de jurisdição entre o Supremo Tribunal Federal e outro tribunal, pois falta órgão que solucionaria. Prevalece, nesse caso, a competência do Pretório Excelso.

Súmulas aplicáveis:

STJ:

Súmula 22 - Não há conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-membro.

Súmula 59 - Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes.

Súmula 428 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juízo Federal e Juizado Especial Federal da mesma Seção Judiciária.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal, São Paulo; Revista dos Tribunais, 2020.

MARÇÃO, Renato. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo; Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Novo Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2020.

CAPÍTULO V – DA RESTITUIÇÃO DAS COISAS APREENDIDAS

Claudia Cristina Barrilari¹
(arts. 118 ao 132)

Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

O inquérito policial tem o escopo de reunir elementos informativos da materialidade do crime e da autoria para possibilitar medidas cautelares, como a prisão processual, e dar substrato mínimo para a ação penal. A atividade investigatória é realizada com o objetivo de reunir as provas do crime. Dentre os atos de investigação autorizados pelo Código de Processo Penal no seu art. 6º, a autoridade policial pode ouvir as testemunhas, o acusado, a vítima, realizar diligências, determinar a realização de perícia, apreender os objetos que tiverem relação com o fato, entre outras providências cabíveis para esclarecer o fato e suas circunstâncias.

Assim, instrumentos do crime e objetos materiais devem ser apreendidos em um auto próprio após seu encontro pela autoridade (auto de apreensão) ou por quem os tenha encontrado (auto de exibição). (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 519)

As coisas apreendidas pela autoridade policial nesse contexto podem ser de dois tipos: ou interessam ao processo e, nesse caso, só podem ser restituídas depois do trânsito em julgado; ou não interessam ao processo, devendo-se, nesse caso, observar-se o teor do art. 120 do CPP.

Art. 119. As coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

Há também que se observar que determinadas coisas, em regra, não podem ser objeto de restituição. A referência aos arts. 74 e 100 do Código Penal estão em consonância com a Parte Geral original do Código Penal, antes da reforma de 1984.

¹ Doutora em Direito Penal pela USP. Mestra em Direito Penal pela PUC/SP. Advogada e professora universitária.

De tal modo, deve-se, atualmente, ser compreendida como referência ao art. 91 do Código Penal. Segundo seu art. 91, bens específicos deverão ser perdidos em favor da União, ou seja, a respeito de tais bens não se admite o pedido de restituição, contudo a lei ressalva o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé. Não podem ser restituídos os instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; e o produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Deve-se lembrar ainda as disposições da Lei 11343/06 acerca da apreensão de bens de valor econômico apreendidos em decorrência do tráfico de drogas, em consonância com o teor do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal: todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Discutiu-se a exigência de que a apreensão e o confisco de bens exigisse a utilização constante e habitual do bem em tráfico de drogas, essa questão acabou sendo reconhecida pelo STF como sendo de repercussão geral, tema 647, com julgamento de mérito no seguinte sentido: “É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da CF.” STF, RE 638.491, Rel. min. Luiz Fux, j. 17-5-2017, Tema 647.

Em relação aos instrumentos do crime, para que não possam ser restituíveis, devem moldar-se às condições impostas pelo Código Penal para que, automaticamente, como efeito da sentença condenatória, passem ao domínio da União. Segundo os exemplos da doutrina, se um crime for praticado no campo, por um trabalhador rural que se utiliza da enxada para lesionar outrem, apesar de ser considerada instrumento do crime, o uso ou porte da enxada não configura fato ilícito, assim como o bisturi utilizado pelo médico para a prática do crime, ou a motocicleta que atropelou um transeunte, são todos objetos que podem ser restituídos porque não são bens cujo fabrico, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. (TOURINHO FILHO, 1994, p. 7).

Recente alteração do Código Penal introduziu o parágrafo 5º ao art. 91-A, determinando que os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

“3. A restituição das coisas apreendidas, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, está condicionada tanto à ausência de dúvida de que o requerente é seu legítimo proprietário, quanto à licitude de sua origem e à demonstração de que não foi usado como instrumento do crime, conforme as exigências postas nos arts. 120, 121 e 124 do Código de Processo Penal, c/c o art. 91, II, do Código Penal. 4. Não há ilegalidade na extensão do sequestro a bens de terceiros não envolvidos diretamente no ilícito penal, desde que devidamente fundamentada a decisão em indícios veementes de que tais bens foram adquiridos ou construídos com finanças produto de crime.” STJ, RMS 52442/CE, 5ª T., Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07/05/2019.

Quanto ao produto ou proveito do crime, em regra devem ser restituídos à vítima ou ao terceiro de boa-fé. Produto do crime é o bem adquirido diretamente com a conduta ilícita, o objeto furtado, a vantagem auferida.

Art. 120. A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.

§ 1º Se duvidoso esse direito, o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Em tal caso, só o juiz criminal poderá decidir o incidente.

§ 2º O incidente autuar-se-á também em apartado e só a autoridade judicial o resolverá, se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar.

§ 3º Sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público.

§ 4º Em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea.

§ 5º Tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade.

O bem apreendido que não interesse à investigação e cuja propriedade seja certa pode ser devolvido pela autoridade policial ao proprietário por termo nos próprios autos do inquérito policial.

“Em caso de não haver dúvida sobre a propriedade do bem, o interessado poderá requerer por simples petição ao delegado de polícia a devolução do bem apreendido. Somente será viável a restituição pela Autoridade Policial desde que satisfeitas as seguintes exigências: a) tratar-se de objeto restituível e não haver nenhum interesse na sua retenção; b) não haver dúvida quanto ao direito do reclamante; c) não haja sido feita a apreensão em poder de terceiro de boa-fé.” (TOURINHO FILHO, 1994, p. 12)

Havendo dúvida sobre o direito de quem alega ser o proprietário da coisa; indeferido o requerimento feito ao delegado de polícia; ou, ainda que não duvidoso o direito, mas a parte optou pelo requerimento em juízo, não à autoridade policial; o pedido deve ser feito à autoridade judicial, que decidirá depois de ouvido o Ministério Público. O requerimento será autuado em apenso aos autos do inquérito policial, configurando um incidente processual.

Se o juiz entender não haver dúvida quanto ao direito de quem o pede, deferirá o pedido, se entender duvidoso o direito, poderá determinar a produção de prova pelo requerente. Havendo dúvida, o pedido de restituição será processado em autos apartados, cabendo ao requerente, no prazo de 5 dias, demonstrar sua propriedade ou documentos que o autorizem a ter o objeto ou substância. (LOPES JR., 2018, p. 533) Depois de ouvido o Ministério Público, decidirá. Poderá a autoridade judicial convencer-se da legitimidade do direito do reclamante, deferindo a restituição.

Pode ocorrer que a autoridade judicial entenda tratar-se de questão de alta indagação, que não pode ser apreciado dentro dos estreitos limites de cognição do incidente de restituição. Nesse caso, determinará que o requerente entre com ação adequada no juízo cível, nos termos do art. 120, § 4º supra.

“Se se tratar de objeto apreendido em poder de terceiro de boa-fé, também somente o Juiz é quem pode apreciar a questão. Neste caso, conceder-se-á o prazo de 5 dias ao reclamante, a fim de produzir prova, e igual direito será reconhecido ao terceiro de boa-fé. Esgotados os prazos de um e do outro, disporão eles de 2 dias para arrazoar, isto é, para apresentar, já agora em face das provas produzidas, as razões em que se fundam. Esse prazo de 2 dias é comum, enquanto o de 5, concedido ao reclamante e ao terceiro de boa-fé para produção de provas, é sucessivo.” (TOURINHO FILHO, 1994, p. 13)

“1. A decisão judicial que resolve questão incidental de restituição de coisa apreendida tem natureza definitiva (decisão definitiva em sentido estrito ou terminativa de mérito), sujeitando-se, assim, ao reexame da matéria por meio de recurso de apelação, nos termos do artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal. 2. O mandado de

segurança não é sucedâneo de recurso, sendo imprópria a sua impetração contra decisão judicial passível de recurso previsto em lei, consoante o disposto na Súmula n.º 267 do STF. Precedentes.” STJ, RMS 27554, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28/06/2011.

A decisão de indeferimento do pedido de restituição de coisa apreendida é formalmente definitiva, sendo cabível, assim, o recurso de apelação, aplicando-se o art. 593, II, do Código de Processo Penal.

Tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, ou seja, aquelas mais sujeitas a danos, estragos ou adulteração, a primeira solução que o juiz deve adotar é entregá-las ao terceiro que a detinha, desde que verificada a idoneidade do terceiro e mediante a assinatura de termo de responsabilidade. A mesma providência pode ser tomada pela autoridade policial quando não houver dúvida sobre o direito do terceiro, aplicando-se o teor do art. 120, caput.

Se o juiz reputar inidôneo o terceiro ou esse não assumir a responsabilidade pela guarda e conservação do bem, o juiz poderá determinar a avaliação e venda do bem em leilão público, depositando-se o *quantum* apurado em juízo, para que, após a solução do incidente de restituição, o valor seja levantado por quem de direito.

Art. 121. No caso de apreensão de coisa adquirida com os proventos da infração, aplica-se o disposto no art. 133 e seu parágrafo.

Ver artigo 133 supra.

Art. 122. Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do disposto no art. 133 deste Código.
Parágrafo único. (Revogado).)

Na redação anterior desse dispositivo, o juiz poderia decretar, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, a alienação dos bens apreendidos não restituíveis. A recente reforma do artigo determina que seja aplicado o regime do art. 133 para a alienação dos bens cujo perdimento tenha sido decretado.

Art. 123. Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, se dentro no prazo de 90 dias, a contar da data em que transitar em julgado a sentença final, condenatória ou absolutória, os objetos apreendidos não forem reclamados ou não pertencerem ao réu, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes.

Quando não se tratar de bens que possam ser confiscados, ou seja, bens que foram apreendidos apenas com a função de fazer prova, deve-se aguardar 90 dias após o trânsito em julgado da sentença, condenatória ou absolutória, para que sejam devolvidos ao legítimo proprietário. Se não forem reclamados ou não se consiga comprovar-se a propriedade dos bens, serão vendidos em leilão e o saldo será depositado à disposição do juízo de ausentes.

Art. 124. Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Penal, serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação.

O Código determina a inutilização dos instrumentos do crime que forem confiscados, salvo quando houver interesse na sua conservação, hipótese em que serão recolhidos a museu criminal. Deve-se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para a inutilização.

Art. 124-A. Na hipótese de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver destinação dos bens a museus públicos.

A nova previsão do art. 124-A é específica para autorizar a destinação para museus públicos quando houver a decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada. Para tanto, é imprescindível que previamente tenha ocorrido a perda do bem para a União.

“Deve o juiz consultar os diversos museus nacionais e consultá-los sobre o interesse em receber a obra e, a partir daí, avaliando critérios como pertinência temática da obra em relação ao museu, condições de recebimento e cuidado com a obra, entre outros critérios, decidirá o juiz. Uma vez que a propriedade é da União, nada impede que ela dê destinação diversa da destinação dada pelo magistrado.” (DEZEM; SOUZA, 2020, p. 114)

CAPÍTULO VI – DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Claudia Cristina Barrilari¹

Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

O sequestro é medida cautelar real, ou seja, recai sobre os bens do acusado e tem por objetivo assegurar o direito patrimonial da vítima.

“Em virtude de sua natureza cautelar e em respeito ao princípio do estado de inocência do acusado, para que as medidas assecuratórias sejam determinadas pelo magistrado, deverão estar presentes os requisitos do *fumus boni juris* (representado pela verossimilhança da ilicitude dos bens no caso do sequestro e do dever de indenizar no caso da hipoteca legal e do arresto) e do *periculum in mora* (sempre representado pela possibilidade de alienação fraudulenta ou de deterioração dos bens).” (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 521)

Destaca-se a natureza instrumental e provisória da medida, na medida em que tem por finalidade prevenir um possível risco de perecimento de um direito futuro.

“Assim, por exemplo, a apreensão da res furtiva é provisória, e a restituição dela ao legítimo dono definitiva. O sequestro dos bens adquiridos com os proventos da infração é provisório, e a venda deles em leilão e consecutivos pagamentos e recolhimentos são definitivos. Por outro lado – e nisso reside a instrumentalidade – as providências cautelares não são um fim em si, mas um meio de assegurar a execução das definitivas.” (TORNAGHI, 1991, p. 207)

Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

¹ Doutora em Direito Penal pela USP. Mestra em Direito Penal pela PUC/SP. Advogada e professora universitária.

Como medida cautelar que é, o incidente deve ser instaurado a partir da demonstração de que há indícios veementes da procedência ilícita dos bens. O incidente pode ser instaurado tanto na fase investigativa quanto na fase processual, por representação do delegado de polícia, requerimento da vítima ou de terceiros ou, ainda, do Ministério Público. Diz o Código que a medida poderá ser ordenada de ofício. É de se destacar, nesse caso, a violação ao princípio dispositivo com a possibilidade de atuação do juiz de ofício nessa hipótese.

Art. 128. Realizado o seqüestro, o juiz ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis.

Art. 129. O seqüestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro.

“1. O propósito recursal é determinar se é possível o levantamento do sequestro antes do julgamento definitivo da ação penal na qual determinada a medida assecuratória incidente sobre o bem alegadamente pertencente à agravada. 2. A medida assecuratória de sequestro prevista no CPP está destinada a assegurar a satisfação do efeito da condenação consistente no perdimento dos produtos e proveitos do crime, previsto no art. 91, II, "b", do CP, podendo ser decretada desde que presentes indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, ainda que transferidos a terceiros. 3. Diferentemente do sequestro definido no CPP, a medida de sequestro do art. 4º do Decreto-Lei 3.240/41 também cumpre a função da hipoteca legal e do arresto previstos no CPP, qual seja, a de garantir a reparação do dano causado à Fazenda Pública, vítima do crime, podendo incidir até sobre os bens de origem lícita do acusado. 4. Em regra, o terceiro pode opor-se ao sequestro alegando que o bem nunca pertenceu ao acusado e que não pode configurar proveito de crime, o que se enquadra na hipótese do art. 129 do CPP e permite o levantamento imediato da medida assecuratória incidente sobre o bem equivocadamente conscrito, com o julgamento de procedência dos embargos de terceiro a qualquer tempo. 5. Na hipótese de o terceiro alegar que, apesar de o bem ter pertencido ao suspeito ou acusado e poder configurar proveito de crime, foi adquirido a título oneroso e de boa-fé, ou, quando se tratar do sequestro do art. 4º do Decreto-Lei 3.240/41, que o bem não foi adquirido do suspeito ou acusado dolosamente ou com culpa grave, os embargos somente poderão ter seu mérito apreciado após o trânsito em julgado da ação penal principal. 6. Agravado regimental provido.” (STJ, AgRg na Pet 9.938/DF, Corte Esp., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.10.2017, v.u.).

Art. 130. O seqüestro poderá ainda ser embargado:

I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;

II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.

“O terceiro, com os embargos procedentes que deve ter interposto (art. 130, II), preservará o bem a seu favor sem que seja levado a leilão. Em situações especiais aplica-se o dispositivo, ou seja, faz-se o leilão e parte se entrega ao terceiro de boa-fé ou ao lesado e parte se recolhe aos cofres da União, como por exemplo no caso de parte ideal ser do terceiro de boa-fé ou do lesado e fração ideal ser proveito da infração. O mesmo pode acontecer se o ofendido, concomitantemente ao sequestro, promoveu arresto ou especialização de hipoteca legal sobre o mesmo bem, caso em que o valor da indenização que lhe é devida terá preferência sobre o perdimento. É o que acontece no caso de a res furtiva ser irrecuperável e existir um outro bem, adquirido com a venda do produto do furto. Este outro bem pode ter sido sequestrado porque é proveito da infração, mas há que se resguardar o direito do ofendido. Este não tem direito ao próprio bem, mas tem direito ao valor em dinheiro correspondente a ele, no momento em que for leiloado. Observe-se, contudo, que o ofendido precisa usar de uma das outras duas medidas assecuratórias a seu favor. Inexiste incompatibilidade entre o sequestro (de interesse público) e o arresto ou a especialização da hipoteca legal (de interesse do ofendido). O art. 133 resolve a dupla incidência.” (GRECO FILHO, p. 151)

“1. A decisão judicial que determina o sequestro de bens do recorrente deve ser atacada por meio de recurso de apelação. Precedentes. 2. Ausência de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder que autorize a excepcional impetração de mandado de segurança. Aplicação da Súmula 267/STF. 2. A alegação de que os bens sequestrados teriam origem lícita, demanda dilação probatória, o que é incabível na via do mandado de segurança. 3. Em se tratando da suposta prática de delito que causa prejuízo à Fazenda Pública o sequestro pode recair sobre todos bens do denunciado. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento” (AgRg no RMS n. 41.541/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo - Desembargador convocado do TJ/PE, DJe de 28.09.2015. v.u).

Art. 131. O seqüestro será levantado:

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

II - se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 74, II, b, segunda parte, do Código Penal;

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

“Processo Penal. Sequestro de bens. Promoção da ação penal. Prazo. CPP, art. 131, I. - O sequestro de bens imóveis, ordenado em face da existência de indícios da sua proveniência ilícita, é medida

assecuratória da ação penal, que somente perde a eficácia se não for oferecida a denúncia no prazo de sessenta dias, **ex vi**, do art. 131, I, do Código de Processo Penal. Recurso Especial Conhecido” (STJ, RESP 130.366/DF, 6ª T., Rel., Min. Vicente Leal, j. 26.05.1998, v.u.).

“1. É firme a jurisprudência do STJ de que não cabe recurso especial contra acórdão do Tribunal de origem denegatório de mandado de segurança, configurando erro inescusável a interposição equivocada do recurso, quando cabível seria o recurso ordinário. SEQUESTRO DE BENS. LEVANTAMENTO. OFERECIMENTO. DENÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. 1. As peculiaridades do caso concreto, em especial a complexidade das investigações, justifica a extrapolação do prazo para oferecimento da denúncia, estabelecido no art. 131, inciso I, do Código de Processo Penal, sem que acarrete ofensa ao citado dispositivo legal ou desfazimento da constrição judicial. 2. Agravo regimental desprovido.” (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1749472 / SP. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/04/2019, v.u.).

Art. 132. Proceder-se-á ao seqüestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro.

Na hipótese do acusado adquirir bens móveis com os proventos ou produto do crime, havendo indícios suficientes da proveniência ilícita desses bens, autoriza o Código o sequestro desses bens móveis, aplicando-se as regras do sequestro de bens imóveis, com exceção do que não for compatível com à própria natureza do bem, ou seja, não haverá inscrição no Registro de Imóveis, conforme preconiza o art. 128 infra.

O sequestro de bens móveis será cabível quando não for o caso de busca e apreensão. Nas situações em que não for cabível a busca e apreensão, ainda que se saiba a proveniência ilícita do bem, por exemplo, é o que ocorre quando A furta uma joia e com o dinheiro da venda adquire um outro bem, um televisor, nesse caso, não se pode dizer que o televisor seja o produto do crime, coisa obtida por meio criminoso. Desse modo, na dicção do art. 132, não sendo possível a busca e apreensão, será cabível o sequestro do bem. Conclui-se assim que o art. 132 se refere às coisas adquiridas com o delito, mediante sucessivas especificações e às coisas adquiridas com o delito mediante alienação. (TOURINHO FILHO, 1994, p. 36)

“1. O sequestro é medida assecuratória cujo deferimento acarreta a indisponibilidade dos bens móveis ou imóveis adquiridos pelo agente como proveito da infração penal ou produto indireto (fructus sceleris). Em interpretação contrario sensu do art. 132 do CPP, no

caso de imóveis, igualmente possível o sequestro do produto direto da infração (*producta sceleris*), porquanto incabível apreensão (CPP, art. 240, § 1º, b), somente aplicável ao produto direto de bens móveis. A finalidade precípua do sequestro é garantir a reparação do dano causado pelo delito e a perda do produto ou proveito auferido pelo agente com a prática do crime, evitando-se, pois, benefício decorrente da própria torpeza. 2. Como cedo, o sequestro é apurado em processo incidente ao processo criminal principal, com objetos estanques. O investigado ou réu possui legitimidade para impugnar o sequestro, por meio de embargos, nos termos do art. 130, I, do CPP, que constitui instrumento processual defensivo dentro do procedimento incidental, corolário do contraditório. Considerando que os embargos não possuem natureza de recurso, mas de defesa, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a decisão acerca do sequestro de bens admite apelação. Precedentes. 3. O *thema decidendum* do processo incidente de sequestro é autônomo ao processo penal principal, pois tal decisão em nada influenciará na absolvição ou condenação do réu. Destarte, a decisão de sequestro será definitiva, porquanto encerra a relação processual, julgando-lhe o mérito, nos moldes do art. 593, II, do CPP, portanto, cabível apelação, pois ausente subsunção a uma das hipóteses de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581). 4. A apelação em tal hipótese não é dotada de efeito suspensivo, consoante art. 597 do CPP, o que, em tese, não obstaria a utilização do *mandamus* contra ilegalidade de decisão judicial, nos termos do art. 5º, II, da Lei 12.016/2009. Contudo, a despeito da literalidade legal, a súmula 267 do STF, ainda aplicada, veda indistintamente a impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de impugnação recursal, que, *in casu*, é a apelação. 5. O caso concreto revela verdadeira contumácia do réu, explicitada pela não apresentação de embargos (CPP, art. 130, I) e a interposição intempestiva de apelação, que culminou em sua inadmissibilidade e consequente trânsito em julgado da matéria, com a rejeição dos embargos declaratórios. Houve, pois, trânsito em julgado do processo incidente, porquanto somente a interposição de recurso em sentido estrito poderiam obstar a preclusão da decisão que inadmitiu a apelação, nos termos do inciso XV do art. 581 do CPP. Nesse diapasão, tendo transitado em julgado o processo incidente, incide a vedação do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009, o que torna inviável a impetração, que possuía o mesmo objeto da apelação intempestiva. 6. Do fato narrado não se evidencia o direito líquido e certo do recorrente a não ter os bens sequestrados, uma vez que a apreciação do argumento de que o bem objeto da medida cautelar assecuratória foi adquirido com recursos lícitos demandaria dilação probatória, que se revela inviável na via mandamental, cuja prova deve ser pré-constituída. Ademais, a Lei 12.694/2012 alargou o espectro de incidência das medidas cautelares assecuratórias, ao inserir os §§ 1º e 2º do art. 91 do CP. Desse modo, o sequestro pode abranger, igualmente, bens ou valores de origem lícita, equivalentes ao produto ou proveito da infração, se estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior. Por conseguinte, torna-se muito mais complexa a prova da impossibilidade do acautelamento do bem ou valor por sequestro, o que praticamente inviabiliza a utilização da via do mandado de segurança. 7. Quanto ao capítulo da legalidade do sequestro, observa-se a decadência do prazo para impetração do mandado de

segurança. Do sequestro do veículo, datado de 12.11.2014, o então impetrante teve ciência, por citação, em 27.11.2014, todavia, impetrou o mandado de segurança apenas em 03.08.2015, portanto, bem posterior aos 120 dias (Lei 12.016, art. 23). 8. O mandado de segurança substitutivo da apelação constitui via inadequada de impugnação da decisão de sequestro, motivo pelo qual não prosperam as pretensões recursais com fundamento de error in iudicando, quanto ao mérito da legalidade da medida assecuratória, e de error in procedendo, atinente ao não conhecimento do mandamus pelo Tribunal a quo. 9. Recurso desprovido.” (STJ, RMS 49.540/RS, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, j.12/09/2017. v.u).

REFERÊNCIAS

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo penal brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 16ª ed. 3 v. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPÍTULO VI – DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS (continuação)

Walter Francisco Sampaio Filho¹
(arts. 133 ao 144-A)

Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado.

§ 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

§ 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, exceto se houver previsão diversa em lei especial.

O dispositivo foi modificado pela Lei 13.964/2019, apelidada como Pacote Anticrime. Continua na linha do legislador penal contemporâneo em utilizar o Direito Penal como auxiliar do Processo Civil na tentativa de garantir o ressarcimento do dano.

É salutar que isso ocorra, principalmente considerando que a demora do procedimento criminal poderá levar à impossibilidade de ressarcimento do dano ocasionado pelo crime.

O artigo 91 do Código Penal já dispõe sobre os efeitos da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Seus parágrafos remetem ao processo penal ao tratar da perda de bens e das medidas assecuratórias.

Refere-se o dispositivo acerca da sentença condenatória definitiva do crime de ensejou a decretação do sequestro. À primeira vista tem-se a impressão de que o juiz não poderia, de ofício, tomar a iniciativa de determinar a avaliação e venda dos bens sequestrados em face do disposto no artigo 3º-A, deste código. Parece que essa conduta está de acordo com o princípio do impulso oficial, não podendo o juiz deixar que o processo fique parado. Nucci afirma que *é diligência a ser empreendida pelo juiz da condenação, aquele que decretou o sequestro, pois é a sequência lógica adotada pela processual penal*. (NUCCI, 2020, p. 321)

Na nossa modesta opinião, se o objetivo das medidas assecuratórias é garantir eventual reparação de dano, nos moldes dos artigos 63 a 68 deste código, melhor seria deixar tal providência ao juiz civil que julgará a ação civil *ex delicto*, este, mais afeito

¹ Advogado, delegado de polícia aposentado da Polícia Civil de São Paulo, professor de Direito Penal e Direito Processual Penal, especialista em Educação à Distância, Mestre em Direito Constitucional.

a essas situações. É papel do processo penal apenas garantir assecuratoriamente que o dano será reparado na forma estabelecida na lei civil.

Assim, transitada em julgado a sentença penal condenatória, deveria o juiz penal informar ao juiz civil que os bens se encontram à sua disposição para as medidas legais. Não podemos esquecer que o sentenciado, requerido na ação civil, poderá pagar a indenização devida, sem precisar que seus bens sejam leiloados.

De qualquer forma, o legislador aqui estabeleceu que o juiz deverá determinar a avaliação dos bens sequestrados, cuja perda tenha sido decretada, sua venda em leilão público, destinando-se o valor ao lesado, ao terceiro de boa-fé e ao Fundo Penitenciário Nacional, se não houve outra destinação prevista em lei especial. O exemplo é a Lei Antidrogas que destina os bens ou valores arrecadados à Funad – Fundo Nacional Antidrogas.

Interessante o § 1º quando faz ressalva ao direito de terceiro de boa-fé. Esse terceiro de boa-fé é o proprietário dos bens? Se for ele, os bens deveriam ter sido liberados a ele e não ido a leilão.

Art. 133-A. O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.

§ 1º O órgão de segurança pública participante das ações de investigação ou repressão da infração penal que ensejou a constrição do bem terá prioridade na sua utilização.

§ 2º Fora das hipóteses anteriores, demonstrado o interesse público, o juiz poderá autorizar o uso do bem pelos demais órgãos públicos.

§ 3º Se o bem a que se refere o caput deste artigo for veículo, embarcação ou aeronave, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão público beneficiário, o qual estará isento do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à disponibilização do bem para a sua utilização, que deverão ser cobrados de seu responsável.

§ 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória com a decretação de perdimento dos bens, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público beneficiário ao qual foi custodiado o bem.

A criminalidade sempre esteve alguns passos à frente dos órgãos de segurança pública. Isso em razão da falta de investimento em políticas de segurança pública

preventiva, como também de inteligência. No tocante a veículos, armamentos, acessórios, também as polícias estão em desvantagem, seja pela falta de interesse ou competência na gestão da segurança pública, seja pela burocracia que envolve os atos e contratos administrativos.

Antigamente a Lei Antidrogas já permitia o uso de bens apreendidos em decorrência do tráfico. O Estatuto do Desarmamento havia proibido o chamado depósito de armas pelos juízes aos policiais, mas com o advento da Lei 13.886/2019, essa possibilidade retornou, desde que depois de encaminhadas ao Comando do Exército, o que tornou dificultosa a destinação. Melhor teria sido se deixasse ao juiz esse envio.

Algumas decisões utilizavam por analogia a Lei Antidrogas para autorizar o uso de veículo, embarcações e aeronaves pela polícia. *In verbis*:

Observada, de um lado, a inexistência, no Código de Processo Penal, de norma condizente à utilização de bens apreendidos por órgãos públicos e verificada, de outro lado, a existência, no ordenamento jurídico, de norma neste sentido – art. 61 da Lei n. 11.343/2006 -, é possível o preenchimento da lacuna por meio da analogia, sobretudo se presente o interesse público em evitar a deterioração do bem. Ademais, a existência no projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8.045/2010), de seção específica a tratar do tema, sob o título “Da utilização dos bens por órgãos públicos”, demonstra a efetiva ocorrência de lacuna no Código atualmente em vigor, bem como a clara intenção de supri-la. (STJ. Resp. n. 1.420.960 – MG. 6ª Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. j. 24.02.2015. p. 02.03.2015)

Agora, bem fez o legislador ao autorizar o próprio juiz da ação penal dar essa destinação, com prioridade ao órgão que efetuou a constrição. Caso não haja interesse dos órgãos de segurança, poderá o juiz determinar o uso para outros órgãos públicos, o que também é salutar. Lembre-se que a regra deste código não aplica quando leis especiais dispuserem de forma diversa.

Outro ponto importante é a possibilidade de os órgãos registradores de veículos, embarcações e aeronaves poderem registrar os bens a fim de que possam os agentes utilizá-los sem problema. É evidente que não teriam problemas na fiscalização quando apresentassem o documento de depósito, todavia, criaria um problema muito sério aos agentes que utilizassem esses bens em atividades de infiltração ou quando estivessem em atividade dissimulada.

Concluída a ação penal definitivamente com o perdimento dos bens, estes deverão ter seus destinos, ressalvado o direito do ofendido ou de terceiro de boa-fé, que seria o leilão com destinação do valor ao Fundo Penitenciário Nacional ou, melhor ainda, destinado definitivamente ao órgão público ao qual foi o bem custodiado.

Aqui também a crítica quanto ao direito do terceiro de boa-fé que nos dá a impressão que o bem lhe pertence, mas permaneceu custodiado com o Estado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É inadmissível uma situação dessa.

Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

Hipoteca legal é a constrição judicial sobre bem imóvel pertencente ao acusado. Não é o imóvel adquirido com os proventos da infração porque este é passível de sequestro. A hipoteca legal se refere a outros bens do acusado.

Helio Tornaghi, bem lembrado por Renato Brasileiro de Lima, explica que *há um erro terminológico do código: não é requerida a hipoteca legal, afinal, se é legal, decorre da lei. O que é requerida é a especialização e a inscrição da hipoteca.* (LIMA, 2020, p. 575)

Na verdade, cremos que em razão da impossibilidade de o juiz agir de ofício, deve a hipoteca sobre imóveis do acusado – tantos quantos bastem à reparação do dano – ser requerida ao juiz para que este decrete a constrição e, depois do trânsito em julgado do é que se fará a especialização.

Trata-se de quaisquer bens do acusado e não indiciado, pois a decretação deve ocorrer na fase processual, entendendo esta como da ação penal. Na verdade, há um erro terminológico que não se sabe ao certo o que pretendeu o legislador: ou o termo *indiciado* está correto e a decretação poderá ser realizada em qualquer fase da *persecutio*; ou, o termo correto seria *acusado* e realmente a hipoteca somente poderia ser requerida na ação penal. Pelo princípio do *favor rei*, melhor interpretar que se refere ao acusado para ser requerida somente na ação penal. Esse tem sido o entendimento.

Essa hipoteca atinge também o bem de família, por disposição da própria Lei

8.009/90 em seu artigo 3º, inciso VI: *por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.*

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. SEQUESTRO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE. DECRETO-LEI Nº 3.230/31. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PENHORABILIDADE DOS BENS DE FAMÍLIA. ART. 3º, VI, DA LEI 8.009/90.

1.O artigo 2º do Decreto-lei 3.420/41 prevê a legitimidade do Ministério Público para postular o sequestro de bens.

2.O decreto-lei se encontra em vigor, sendo aplicável ao caso concreto, em face do princípio da especialidade.

3.Os artigos 3º e 4º do texto legal possibilitam que o sequestro recaia sobre quaisquer dos bens, independentemente de sua origem lícita ou ilícita.

4.Inexiste prazo peremptório para a especialização da hipoteca legal no corpo da norma aplicável à espécie.

5.O bem de família pode se objeto de penhora para garantir execução de sentença penal condenatória, nos termos do artigo 3º, inciso VI, da Lei nº 8.009/90. (STJ. Resp. 1.854.980-PR. Decisão monocrática. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. j. 20.02.2020.)

Os pressupostos para a decretação da medida constritiva são: certeza da infração e indícios suficientes da autoria. Certeza da infração somente se tem quando da condenação definitiva ou, ao menos, mesmo sendo a decisão absolutória, o juiz reconheça a existência do crime, embora existam elementos outros para a absolvição. Portanto, melhor se o legislador utilizasse a mesma regra da prisão preventiva – prova da existência do crime. Os indícios da autoria, ou seja, as provas já coligidas convergem, de forma ainda não conclusiva, de que o autor do fato foi o acusado. Esses pressupostos são o mínimo necessário para a decretação da medida.

Art. 135. Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis.

§ 1º A petição será instruída com as provas ou indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio.

§ 2º O arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis designados far-se-ão por perito nomeado pelo juiz, onde não houver avaliador judicial, sendo-lhe facultada a consulta dos autos do processo respectivo.

§ 3º O juiz, ouvidas as partes no prazo de dois dias, que correrá em cartório, poderá corrigir o arbitramento do valor da responsabilidade, se lhe parecer excessivo ou deficiente.

§ 4º O juiz autorizará somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade.

§ 5º O valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória.

§ 6º Se o réu oferecer caução suficiente, em dinheiro ou em títulos de dívida pública, pelo valor de sua cotação em Bolsa, o juiz poderá deixar de mandar proceder à inscrição da hipoteca legal.

O legislador trouxe para o processo penal atos próprios do juiz civil em ação executiva, o que é lamentável. Contudo, o entendimento é que não haverá prejuízo para o acusado. Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

A avaliação dos bens imóveis e sua determinação para especialização de hipoteca legal são sim possíveis antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme lição do art. 134 do CPP, pois não acarreta prejuízo algum às partes, pois não se procedeu a leilão ou qualquer alienação dos respectivos bens, mas somente a sua avaliação e disponibilização, mediante inscrição em hipoteca, ao Poder Judiciário, para futuro ressarcimento, como já ressaltado, dos prejuízos causados à Fazenda Pública. (TRF5. Apelação Criminal n. 10190 PE. 1ª Turma. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. j. 22.08.2013.)

Especializar a hipoteca é individualizar os bens, apresentando o valor da reparação do dano pretendida e o valor dos bens. Deverá a parte interessada requerer a especialização da hipoteca, indicando o valor da reparação do dano, especificando o imóvel ou imóveis que deverão continuar hipotecados, estimando o valor de cada um, que deverá ser compatível com o valor da reparação. O juiz nomeará perito para avaliação dos bens. Quanto ao arbitramento pelo juiz, em face do contraditório e da ampla defesa, deverá o juiz considerar o valor mínimo arbitrado na sentença condenatória definitiva, sob pena de afronta ao devido processo legal.

A legitimidade para requerer a especialização é do ofendido, seu representante legal, herdeiros e, tem-se entendido, que o Ministério Público também tem legitimidade quando se tratar de ofendido pobre. Com o devido respeito, cremos que o Ministério Público não tem mais essa legitimidade em razão da criação das Defensorias Públicas que representam os que têm direito à assistência judiciária

gratuita. Mesmo assim, o entendimento é que o Ministério Público tem legitimidade.

O pedido deverá ser instruído com as provas ou indicação das provas em relação à responsabilidade civil, com a relação dos imóveis que o responsável possui e com os documentos comprobatórios do domínio.

A petição deverá ser minimamente apta a ensejar o início da especialização. O § 1º fala em *responsável*, quando deveria falar em sentenciado, pois não é de se admitir a possibilidade de hipotecar imóvel de responsável legal nos termos da legislação civil, como é o caso do patrão em relação ao empregado. Portanto, o responsável, numa interpretação sistemática com o artigo 134, é o condenado definitivamente.

O juiz determinará que as partes se manifestem no prazo de 2 (dois) dias. Outro problema que afronta o contraditório e a ampla defesa. Esse prazo é comum, corre em cartório, quando na verdade deveria ser sucessivo, respeitando os princípios do contraditório e ampla defesa. (LIMA, 2017, p. 428)

Depois de se manifestarem, o juiz decidirá acerca do valor arbitrado, podendo modificá-lo, autorizando a inscrição da hipoteca somente nos imóveis necessários à garantia da responsabilidade. É o respeito ao princípio da menor onerosidade. Deverão ser hipotecados somente os imóveis cujo valor seja próximo do valor da reparação do dano.

É possível que o sentenciado ofereça caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, pelo valor da cotação em Bolsa, suficiente para pagamento do prejuízo, substituindo os bens hipotecados. O § 6º informa que o juiz *poderá* deixar de mandar proceder à inscrição da hipoteca.

Não pensamos dessa forma, vez que o artigo 835 do CPC, ao tratar da preferência de ordem da penhora, traz em seus incisos I e II, *dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira* (I) e *títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado*.

Dessa forma, a não inscrição da penhora, nos casos em que o sentenciado ofereça caução em dinheiro ou título da dívida pública, é direito subjetivo, não podendo o juiz negar.

As normas aplicáveis, subsidiariamente, são do Código de Processo Civil, admitindo-se, inclusive, na via criminal os embargos de terceiro.

Art. 136. O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal.

Trata-se de medida preparatória da hipoteca legal, e será revogada se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal. Ou seja, o arresto deve ocorrer na pendência de inquérito policial, sendo convertido em hipoteca legal quando de sua inscrição, que ocorre somente na ação penal. Significa dizer que o inquérito deverá ser concluído dentro desse prazo, sob pena de revogação da medida.

Agiu corretamente o legislador, pois não se pode admitir a constrição eterna de bens do investigado ou até do acusado. Há necessidade de prazo a fim de que as medidas assecuratórias não se tornem eternas. Até porque o ofendido poderá procurar a esfera civil para ter seu direito à reparação reconhecido.

Aliás, entendemos que o papel do processo penal é apenas de garantir as medidas assecuratórias. Outras medidas de efetivação dos direitos à reparação do dano sofrido devem ser de competência do juízo civil.

Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.

§ 1º Se esses bens forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do § 5º do art. 120.

§ 2º Das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família.

O dispositivo traz os requisitos para a decretação do arresto: *quando o indiciado ou acusado não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente* ao pagamento da responsabilidade civil pelo crime.

Não possuindo bens imóveis, poderão ser arrestados tantos bens móveis quantos possíveis para a reparação do dano, desde que suscetíveis de penhora. O artigo 832 do CPC dispõe: *não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis*.

Mas a questão da impenhorabilidade não é tão simples assim. O Superior

Tribunal de Justiça já expos o seguinte entendimento:

1. Em suma, o acórdão da origem considerou que os o rol dos bens impenhoráveis previsto na legislação pátria não poderia ser tratado de modo absoluto. Desse modo, malgrado o bem não esteja expressamente elencado no art. 649 do CPC, é indispensável à existência digna do executado, ou seja, o interesse meramente patrimonial do credor colide com um interesse mais relevante, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

2. O rol das impenhorabilidades do ordenamento pátrio objetiva preservar o mínimo patrimonial necessário à existência digna do executado, impondo ao processo executório certos limites. Assim, a depender das peculiaridades do caso, as regras de impenhorabilidade podem ser ampliadas, de modo a adequar a tutela aos direitos fundamentais, como por exemplo: o direito à moradia, à saúde ou à dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, da aplicação do princípio da adequação e da necessidade sob o enfoque da proporcionalidade. (STJ, REsp. 1.436.739 – PR. 2ª Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. j. 27.03.2014.)

Portanto, o juiz deverá verificar se o bem será passível de arresto.

Dos bens inalienáveis, de forma exemplificativa, há os doados com cláusula de inalienabilidade e o usufruto.

Quanto aos impenhoráveis, sem adentrar nas questões que envolvem a impenhorabilidade relativa, que possibilitará o indiciado/acusado a opor-se ao arresto, o artigo 833 apresenta o seguinte rol: os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; o seguro de vida; os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; a quantia

depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra; os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

No tocante ao bem de família, esposamos o mesmo pensamento de que não são insuscetíveis de penhora por dicção da própria Lei 8.009/90, em seu artigo 3º, inciso VI, ou seja, podem ser arrestados se não existirem outros bens.

O Informativo 681 do Superior Tribunal de Justiça igualmente entende dessa forma:

A Lei n. 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da família e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna. No entanto, mesmo esse importantíssimo instituto possui limites de aplicações. A depender das circunstâncias, a própria Lei n. 8.009/1990 prevê exceções à regra da impenhorabilidade. Assim, o art. 3º, VI, da mencionada lei dispõe que não é possível opor a impenhorabilidade quando o bem em questão for adquirido como produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória. Nessas hipóteses, no cotejo entre os bens jurídicos envolvidos, o legislador preferiu defender o ofendido por conduta criminosa ao autor da ofensa, conforme nota a doutrina: "essas exceções significam que a Lei do Bem de Família teve a intenção de balancear valores, privilegiando o valor moradia, mas ressaltando que o bem de família será penhorável em benefício dos credores por alimentos, ou por verbas devidas aos trabalhadores da própria residência, ou por garantia real constituída pelo devedor residente no imóvel etc." Sobre efeitos da condenação penal sobre o âmbito cível, é fato que a sentença penal condenatória produz também efeitos extrapenais, tanto genéricos quanto específicos. Os efeitos genéricos decorrem automaticamente da sentença, sem necessidade de abordagem direta pelo juiz. Entre esses efeitos genéricos, há a obrigação de reparar o dano causado, tal como previsto no art. 91, I, do Código Penal. Por se tratar de regra que excepciona a impenhorabilidade do bem de família e decorrer automaticamente de sentença penal condenatória, a jurisprudência do STJ já se posicionou sobre a impossibilidade de interpretação extensiva de outros incisos contidos no art. 3º da Lei n. 8.009/1990. Por fim, anota-se ser inegável que, para a incidência da exceção prevista no art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990, faz-se necessária a presença de sentença penal condenatória transitada em julgado, por não ser possível a interpretação extensiva. (REsp 1.823.159-SP, Rel.

Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 13/10/2020, DJe 19/10/2020)

Outra questão interessante é quanto ao arresto ou hipoteca legal de bens em nome de pessoas jurídicas que não são sujeitos passivos na ação penal. A esse respeito decidiu o Tribunal Federal Regional da 4ª Região:

Não obstante, a jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo que a utilização de pessoa jurídica para a consecução da prática criminosa autoriza que os bens desta sejam atingidos. Ainda que boa parte dos julgados versem sobre hipóteses de empresas com caráter eminentemente familiar, em que há confusão entre os patrimônios desta e do acusado, entendo que isto não impede que o mesmo se reconheça no caso corrente (STJ, RMS 13.675/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ em 23/05/2005; RMS 23.189/PR, Relatora Desembargadora Convocada do TJ/MG Jane Silva, Sexta Turma, DJ 02/03/2009; TRF4, ACR nº 2009.70.00.000889-2, Relator: Victor Luiz dos Santos Laus, Oitava Turma, D.E. 09/09/2010).

No processo penal, a regra é que a pena e a responsabilidade pela reparação do dano são pessoais, de modo que a multa, a prestação pecuniária e a obrigação de ressarcimento são impostas ao acusado.

Todavia, tratando-se de criminalidade complexa, praticada por pessoas físicas, mas por intermédio de pessoa jurídica e/ou em favor desta, viável o direcionamento acautelatório contra o patrimônio do beneficiário.

Ademais, ainda que inviável a responsabilização penal da pessoa jurídica, isto não equivale dizer que esta não possa sofrer a constrição de seus bens ou ativos de origem lícita - que não correspondem ao produto ou proveito do crime - em virtude de medidas assecuratórias em processo penal, uma vez que estas têm também como objetivo assegurar a recomposição patrimonial dos danos causados pelo crime, tendo natureza eminentemente civil. (TRF4. Apel. Crim. 5046488-95.62018+4.04.7000/PR. 8ª Turma. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. 03.06.2020.)

Realmente, se a pessoa jurídica é utilizada para fins de praticar crimes, o fato de não poder ela própria responder criminalmente, arcará com seu patrimônio a garantir a reparação do dano causado por seus administradores em seu benefício.

Art. 138. O processo de especialização da hipoteca e do arresto correrão em auto apartado.

O Título VI a que faz parte os institutos das medidas assecuratórias reais já se referem às questões e processos incidentes, ou seja, o sequestro, a hipoteca legal e o arresto deverão, sempre, ser autuados em apartado. Essa forma é muito importante porque evita tumulto processual, com peças sendo juntadas e misturadas com discussões sobre fatos diversos.

Estando em autos apartados, tudo que se referir àquela matéria será para lá juntado e se manterá uma organização lógica.

Art. 139. O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil.

O Código de Processo Civil em sua Seção III dispõe sobre o depositário e o administrador – arts. 159 a 161.

Por esse *codex a guarda e a conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo*. Ambos receberão remuneração a ser fixada pelo juiz que considerará a situação dos bens, o tempo de dedicação e as dificuldades de execução. Eles são responsáveis pelos prejuízos que causarem às partes, por dolo ou culpa, perdendo a remuneração, tendo direito apenas ao que despendeu durante o encargo. O depositário infiel responderá também civil, criminal e processualmente pelos prejuízos causados e por ato atentatório à dignidade da justiça.

São pessoas de confiança do juiz, nomeadas para tanto e compromissadas com o desempenho do encargo.

Art. 140. As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido.

O valor auferido com os bens arrestados deverão ser utilizados para a reparação do dano ao ofendido e, sobrando, valores, para o pagamento das despesas processuais e multa.

O dispositivo foi muito bem pensado, vez que o valor das despesas processuais

e das penas pecuniárias, em favor do Poder Público, poderia levar à interpretação que a Fazenda Pública – Estadual ou Federal -, teria preferência sobre o direito à reparação do dano do ofendido. Ficou claro que a preferência é do ofendido para ressarcimento de seu prejuízo.

Art. 141. O arresto será levantado ou cancelada a hipoteca, se, por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade.

Levantamento é o mesmo que cancelamento e, não teria sentido se manter as constringências de arresto ou hipoteca legal, tendo sido o acusado absolvido definitivamente. É evidente que a absolvição nem sempre impede a busca da reparação do dano, pois a sentença absolutória fará coisa julgada no juízo cível nos casos previstos nos artigos 65 e 66 deste código, já estudados.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

1. As medidas assecuratórias, de natureza instrumental – cuja efetivação demanda, como no caso do sequestro, prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria – têm por fim assegurar os efeitos civis de uma decisão judicial, pois o que garante os efeitos penais é a própria prisão, isto é, são cautelares reais, pois recaem sobre bens, como a hipoteca legal, arresto e seqüestro. 2. O juízo singular, soberano no conhecimento de fatos e provas, ao entender pela absolvição, com base no art. 386, parágrafo único, II, do CPP, pode encerrar a constringência sobre os bens do então denunciado. 3. "O levantamento do seqüestro e o cancelamento da hipoteca impõem-se como efeitos acessórios da não-incriminação, seja pela absolvição ou pela extinção da punibilidade" (REsp 733.455/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, DJ 7/11/05). (STJ. REsp. 1.241.961 – PR. 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. j. 27.11.2012. p. 03.12.2012)

O objetivo das medidas assecuratórias é garantir a reparação do dano no juízo civil, exigindo para tanto, certeza do crime e indícios de autoria. Faltando estes pela absolvição, desaparece um dos requisitos, não se sustentando mais a medida.

Quanto à extinção da punibilidade, não se terá mais a certeza do crime em razão da impossibilidade de o Estado iniciar a *persecutio criminis*.

Art. 142. Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer.

Novamente manifestamos nossa contrariedade a esse dispositivo que dá ao Ministério Público legitimidade para requerer a hipoteca legal e o arresto definidas nos artigos 134 e 137 sempre que houver interesse da Fazenda Pública. Entendemos que a legitimidade do Ministério Público não tem sentido, vez que a Fazenda Pública, em todas suas esferas – Federal, Estadual e Municipal – possuem quadro de procuradores que atuam na defesa de seus interesses. Dessa forma, desnecessária a legitimidade concedida, podendo os membros do Ministério Público cuidarem de assuntos maiores ligados à área de suas atribuições.

Também não concordamos com a legitimidade quando o ofendido pobre requerer, vez que é atribuição das Defensorias Públicas a defesa dos interesses das pessoas que têm direito à assistência judiciária gratuita.

Portanto, legitimidade totalmente descabida do ponto de vista constitucional.

Art. 143. Passando em julgado a sentença condenatória, serão os autos de hipoteca ou arresto remetidos ao juiz do cível (art. 63).

A sentença penal condenatória definitiva é título executivo a ser executado no juízo cível. Evidentemente todas as medidas cautelares decretadas incidentalmente na ação penal deverão ser encaminhadas ao juízo cível no qual tramita a ação civil.

É por essa razão que defendemos ser de competência do juízo penal apenas a decretação da medida, submetida a um prazo tal para que a ação civil seja proposta, sob pena de cancelamento.

Imagine a decretação de todas as medidas assecuratórias e depois o ofendido não tem interesse na reparação do dano? Foi um tempo desperdiçado, sem resultado prático algum.

Por isso, caminharia melhor o legislador se tivesse mantido as medidas assecuratórias, com prazo para o início da ação civil, sob pena de cancelamento, e todas as ações decorrentes das medidas ficariam a cargo do juízo cível. Nesse juízo haveria o respeito ao contraditório e ampla defesa, e o interesse, inclusive da venda antecipada por meio de leilão, ficaria na faculdade do juiz cível competente.

Art. 144. Os interessados ou, nos casos do art. 142, o Ministério Público poderão requerer no juízo cível, contra o responsável civil, as medidas previstas nos arts. 134, 136 e 137.

Dispositivo totalmente desnecessário, vez que a legitimidade se encontra prevista na seara civil, com exceção aqui, ao Ministério Público que, conforme já dito anteriormente, não deveria tê-la, em razão das existências das Procuradorias que defendem os interesses dos entes federativos.

O artigo 932 do Código Civil elenca os responsáveis pelo ato ilícito juntamente com o causador e o código de processo civil trata da tutela provisória que objetivam também medidas assecuratórias reais.

Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 1º O leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico.

§ 2º Os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial.

§ 3º O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado.

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

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

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

É comum a apreensão de bens que possam se deteriorar ou depreciar em razão da dificuldade para sua manutenção. É o caso de embarcações, aeronaves, veículos que, parados, se deterioram e depreciam. Nessas situações o juiz determinará a sua alienação antecipada, preferencialmente por meio eletrônico.

Importante frisar o problema que isso poderá ocasionar, pois ainda não há decisão definitiva acerca da culpa do acusado e a venda pode ocasionar prejuízos ao acusado, caso seja absolvido.

É importante, por isso, no dizer de Nucci que a demonstração dos requisitos seja inequívoca (NUCCI, 2020, p. 331), ou seja, sem dúvidas deve estar provada a possibilidade de deterioração, depreciação ou quando houve dificuldade para sua manutenção. Inclusive devem ser apresentados os motivos pelos quais o bem não pode ficar com o acusado, em depósito.

Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PROCESSO PENAL. ALIENAÇÃO JUDICIAL ANTECIPADA REQUERIDA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. BENS ARRESTADOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MEDIDA RECOMENDADA.

1. Hipótese em que o Órgão Ministerial requereu a alienação antecipada de móveis arrestados, indeferida pelo Juízo *a quo*, sob o fundamento de que a medida era desnecessária, mormente por tratar de bens não sujeitos à rápida depreciação, além de estarem vinculados a duas ações penais de tramitação mais acelerada, eis que relacionadas a réus presos.

2. A alienação antecipada de bens apreendidos é medida prevista no art. 144-A do CPP desde 2012, como meio de preservação do seu valor real, especialmente aqueles sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou ainda, quando houver dificuldade para a sua manutenção. A regra é plenamente aplicável aos veículos automotores que, como é sabido, são costumeiramente recolhidos aos pátios e depósitos estatais, sem a devida manutenção, bem como a outros bens de natureza móvel.

3. Em vista do atual cenário de superlotação dos locais de armazenamento de bens, de que normalmente dispõem os órgãos de persecução penal, notadamente a polícia judiciária, a medida de alienação antecipada passou a objeto de exortação pelo Conselho Nacional de Justiça, que, através da Recomendação nº 30/2010 aconselha aos Juízes de competência criminal que procedam à venda judicial dos móveis sujeitos à pena de perdimento.

4. No caso concreto, a medida não apenas é recomendada, porquanto se está a tratar de bens sujeitos a alto grau de depreciação, como também constitui o desfecho natural a ser adotado, já que a decisão que amparou o decreto da constrição transitou em julgado, sequer havendo a possibilidade de que os móveis em questão sejam restituídos aos respectivos proprietários.

5. Recurso provido para determinar a alienação dos bens.

A deterioração ocorre quando o bem, sob a guarda do Estado, estiver perdendo suas qualidades em razão de ruínas, ferrugens, estragos, próprios do tempo sem uso;

depreciação quando seu valor diminui com o passar do tempo, o que é próprio de todos os bens; e, dificuldade para sua manutenção, ou seja, a manutenção daquele bem nas condições em foi encontrado são difíceis de executar, seja pela falta de local próprio para ser acondicionado, seja pela falta de recursos financeiros, seja falta de recursos humanos para seu cuidado.

Em regra, não se admite que o valor da venda em leilão seja inferior ao valor da avaliação. Evidentemente que se essa avaliação já tiver ocorrido há algum tempo, deverá ser refeita. Caso não haja interessado, em 10 (dez) dias deverá ser renovado o leilão, oportunidade que o valor não poderá ser inferior a 80% da avaliação.

Tendo sido vendidos os bens no leilão, o valor será depositado em conta judicial até o trânsito em julgado da ação penal, convertendo-se em favor dos entes federativos ou, em caso de absolvição, restituindo-se ao sentenciado. Tratando-se de moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, será determinada a conversão em moeda nacional e depositado em conta judicial.

Vejam que interessante, o legislador não se referiu ao ofendido. Em relação a este, deverá o valor ser disponibilizado ao Juízo no qual tramita a ação civil *ex delicto*.

Os veículos, embarcações ou aeronaves que forem adquiridas pelo leilão serão registradas nos órgãos competentes em nome do arrematante, por ordem judicial, não incidindo sobre esses bens nenhum encargo ou tributo anterior, restando ao Poder Público buscar as medidas adequadas em face do proprietário anterior.

Quanto aos títulos da dívida pública, ações de sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa, levar-se-á em consideração a cotação oficial do dia, provada por documento do órgão oficial.

REFERÊNCIAS

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MOUGENOT, **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAPÍTULO VII – DO INCIDENTE DE FALSIDADE

Isadora de Cássia Fornari Chueire¹
(arts. 145 ao 154)

Art. 145. Arguida, por escrito, a falsidade de documento constante dos autos, o juiz observará o seguinte processo;

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

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

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

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

O capítulo VII deste código estabelece as regras para o procedimento que objetiva a apuração da autenticidade de um documento, seja ele físico ou produzido de **forma digital, como cada vez é mais recorrente no nosso dia-a-dia**. A forma de processamento do incidente deverá ser obrigatoriamente **escrita** e, nas oportunidades em que o documento seja eletrônico, o incidente será processado no formato digital. (art. 11, caput, e §.2.º da Lei 11.419/2006).

A modalidade deste procedimento é nomeada como incidente, pois é utilizada para “questões secundárias que surgem ao longo do processo principal, interferindo neste de tal forma que devem ser solucionados pelo juiz antes da decisão da causa principal” (LIMA, 2020, p. 1198). Portanto, a regra é de que o incidente ocorra de forma **apartada** dos autos, conforme deixa claro o inciso I do art. 145 do CPP.

Importante mencionar, conforme posicionamento pacífico do STJ, que o códex de processo penal brasileiro, não confere automaticamente o sobrestamento do processo principal até a decisão do incidente de falsidade, salvo hipótese, na qual haja evidente imprescindibilidade do documento. Nesse sentido:

“1.O Código de Processo Penal, quanto ao incidente de falsidade documental, não impõe a necessidade de sobrestamento do processo principal até a sua resolução. 2. O incidente de falsidade documental atende à efetividade do processo penal na busca pela verdade dos fatos, e o sobrestamento do feito principal deve considerar a imprescindibilidade do documento para tal finalidade” (BRASIL, 2016, p. 1)

¹ Advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós Graduada pela FGV Law em Direito Empresarial e especializando em Direito Digital pela EBRADI.

O juiz, após apartado os autos, deverá seguir os prazos estabelecidos nos incisos do art. 145 do CPP, que serão contados da intimação das partes.

Quando aplicado o tríduo para apresentação de provas do inciso II, o Juiz além de conceder o prazo de 3(três) dias de forma sucessiva as partes, também deve determinar a ordem das mesmas, a fim de impedir nulidades no processo conforme já fora discutido nos tribunais superiores (BRASIL, 2014).

Ainda sobre os prazos do procedimento, o STJ entendeu no informativo nº 615 que: apesar de não existir determinação legal de prazo para o requerimento da falsidade documental, não há nulidade na decisão que indeferir pedido de instauração do incidente para prova juntada há mais de dez anos nos autos do processo principal, contra a qual a defesa apenas se insurge contra após a sentença penal condenatória. À vista disso, a pretensão está preclusa diante da inércia da parte, pelo prazo consideravelmente longo, pois conforme Cavalcante (2017) seria prejudicial aos princípios da segurança jurídica, razoabilidade, lealdade e boa fé processual.

Expressas as partes, as diligências do incidente dependerão da conclusão do juiz, que pode dispensá-las, caso não as considere necessárias. Ou ainda, requisitar aquelas que achar conveniente, conforme se depreende da leitura do inciso III e do entendimento do STJ na acepção de que “pode o magistrado, na condição de destinatário final das provas e com base no princípio do livre convencimento motivado, **de forma fundamentada**, as providencias que considere protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, não estando obrigado a realizar outras provas quando já se encontra suficientemente instruído diante dos elementos probatórios existentes.”(BRASIL, 2016, p.2 – grifo nosso).

Incumbe, portanto, ao magistrado o acolhimento de provas em caso de dúvidas sobre os argumentos manifestados no incidente. “O importante é formar no espírito do julgador a convicção de que lida com uma prova autêntica ou falsa, razão pela qual tal persuasão íntima não se alcança unicamente com argumentos das partes” (NUCCI, 2020, p. 573).

Entende a doutrina que o incidente de falsidade em si, é um procedimento dispensável, podendo a falsidade ser questionada nos autos principais caso o *falsum* seja demonstrado de forma simplificada, pois “Assim, uma falsificação material

evidente nem mesmo comportaria o incidente cabendo ao magistrado reconhecê-la desde logo”.(NUCCI, 2020, p.)

Cessada a arguição do documento questionado, reconhecida ou não a falsidade, cabe o recurso em sentido estrito (art. 581, XVII do CPP), sem efeito suspensivo (art. 584, CPP). Atenção, o inciso IV fala que após a sentença irrecorrível, determina-se o desentranhamento do documento dos autos, em caso de procedência do incidente e, não, em irrecorribilidade da sentença pelo reconhecimento da falsidade. Isto, pois, “na verdade o dispositivo condiciona o desentranhamento do documento à preclusão da decisão judicial” (LIMA, 2020, p. 1809). Portanto, não restam dúvidas quanto a recorribilidade da sentença que julgue o incidente.

Ao final, reconhecida a falsidade do documento, a partir da sentença irrecorrível deve o juiz seguir o disposto no art. 15 da Lei de Introdução ao CPP, que determina de forma específica que na hipótese do “no caso do art. 145, IV do CPP, o documento reconhecido como falso será antes de desentranhando dos autos, rubricado pelo juiz e escrivão em cada uma de suas folhas”.

Art. 146. A arguição de falsidade, feita por procurador, exige poderes especiais.

Qualquer das partes do processo principal podem requerer a instauração do incidente de falsidade, porém aquele que subscreve a petição deve ter poderes expressos para este fim.

Entende o STJ (1998), em caso de negativa deste requisito, deve ser concedido prazo para que o mesmo seja resolvido, uma vez que, o objeto do incidente é a busca da verdade real de prova produzida em processo principal e não o instrumento que legitimou o processo.

‘O ART. 146 DO CPP EXIGE PODER ESPECIAL PARA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE FALSIDADE. O PROCESSO PENAL VISA A PROJETAR A VERDADE REAL. E FINALIDADE DE NATUREZA MATERIAL. O PROCEDIMENTO, APESAR DE DISCIPLINADOR DE CONDUTAS, NÃO PODE IMPEDIR QUE O FIM SEJA

ALCANÇADO. CONCLUSÃO OPOSTA LEVARA A CONTRASTAR A TELEOLOGIA DO PROCESSO. ASSIM, NA FALTA DO RESPECTIVO PODER NA PROCURAÇÃO, CUMPRE ABRIR-SE OPORTUNIDADE PARA O DEFENSOR AGIR.” (BRASIL, 1998, p. 1).

Art. 147. O juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade.

A relevância da questão levantada no procedimento de falsidade é enorme, pois busca-se a produção legítima das provas, pautando-se sempre na busca da verdade real, princípio norteador do processo penal brasileiro. Nucci explica o porquê:

“A importância desse procedimento é nítida, pois visa à garantia da formação legítima das provas produzidas no processo penal, onde prevalece o princípio da verdade real, impedindo, pois, que esta seja obnubilada pela falsidade trazida por uma das partes.” (NUCCI, 2020, p.569)

Dessa forma, o juiz pode de ofício, seguindo o procedimento previsto art. 145 do CPP, com base no seu livre convencimento, instaurar o incidente de falsidade. Assim como, também pode o juiz indeferir prontamente a instauração do incidente, uma vez que, o art. 400, §.2¹⁰ (lei 11.719/08), lhe assegura o indeferimento de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. O legislador reforça ainda esse entendimento no artigo nº 251 CPP.

Art. 148. Qualquer que seja a decisão, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil.

A redação deste artigo deixa claro que o incidente de falsidade existe simplesmente para requerer a apreciação de um documento que pode implicar no processo principal e não sobre os fatos que são discutidos nesse, portanto não deverá fazer coisa julgada sobre outro processo, seja ela penal ou civil.

Isto, pois, o julgamento do *falsum* é feito de forma apartada e se dá por *incidenter tantum*, ou seja, sua eficácia é restrita. Por isso, a cognição exercida no incidente é sumária (LIMA, 2020).

CAPÍTULO VIII – DA INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO

Isadora de Cássia Fornari Chueire²

149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal;

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente;

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Trata-se de incidente instaurado em razão da presença de dúvidas quanto a integridade mental do acusado e, como esclarecido, no capítulo anterior, o incidente discute questões que interferem tanto no processo principal que devem ser solucionadas de forma apartada.

Nucci (2020) destaca que o código penal adota o sistema biopsicológico para a aplicação da imputabilidade (art.26 do CP), logo a importância de se verificar a higidez da condição psicológica do agente se dá, não só para constatar sua existência, mas também sua presença a época do fato.

Conforme entendimento pacífico nos tribunais esse **procedimento é facultativo**, sendo assim pode o julgador agir pela discricionariedade motivada. E, mais, “Se as instâncias de origem, a partir da análise do conjunto fático probatório concluíram pela ausência de dúvida acerca da capacidade do réu de entender o caráter ilícito da conduta, não há que se falar em necessidade de instauração de incidente de insanidade mental. De mais a mais, tal premissa somente poderia ser desconstituída mediante revolvimento de prova, o que não é viável em sede de writ” (BRASIL, 2018, p.2). Tal posicionamento ganha força com o art. 3º-C, § 1º do CPP, que diz as “questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.”

E, da decisão que rejeita o incidente cabe *habeas corpus* e a que determina

² Advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós Graduada pela FGV Law em Direito Empresarial e especializando em Direito Digital pela EBRADI.

a sua instauração é irrecurável, sendo possível apenas um mandado de segurança. (ALVES, 2018)

O que impera neste incidente é a presença probatória de dúvida razoável quanto a inimputabilidade do acusado, que como explana Nucci (2009, p. 578) é a “demonstrativa de efetivo comprometimento da capacidade de entender o ilícito ou determinar-se conforme esse entendimento.”

A jurisprudência entende que a dúvida não pode ser confundida com suspeita, nem com alcunhas dadas em razão do histórico do acusado, deve haver o diagnóstico profissional para dar concretude ao fato, o TJRS decidiu que “não basta a mera suspeita, em razão da gravidade do fato, ou mesmo de apelidos atribuídos ao acusado. Impõe-se a existência de indícios concretos de provável distúrbio mental limitador da capacidade pena” (BRASIL, 2017, p.1).

Vultoso apontar, que a dúvida do caput do art. 149 do CPP não estará presente pelo simples uso de medicamentos, tratamento psicológico ou depressão diagnosticada, é vasta a jurisprudência declinando o incidente por esses motivos. Destaca-se;

"Nos termos do art. 149 do CPP, admissibilidade do exame é condicionada a existência de prova ou indício razoável de dúvida quanto à sanidade mental do acusado. Porém, nada disso foi demonstrado nos autos. Ora, as informações trazidas aos autos pela defesa dão conta de que o réu teria depressão. Mas isso, por si só, está muito longe de caracterizar qualquer problema de sanidade, especialmente no dia dos fatos." (BRASIL, 2020)

Para uma parte da doutrina, a presença de dúvida capaz de indicar uma desconfiança quanto a sanidade do agente, para fundamentar o incidente são: interações prévias, o acusado ter sido interditado no campo civil, ou inimputabilidade, constatada por exame no passado feito também pela via incidental. (BADARÓ, 2015).

O professor Nucci (2020) assinala que o réu reincidente ou com antecedentes não é suficiente por si só. E o STJ (2006), que o laudo produzido em processo de interdição civil, não isenta o acusado na esfera penal, devendo a dúvida ser resolvida com o incidente de sanidade mental. (BRASIL, 2006)

E, além de ser necessário a construção de argumentos e provas concretas, o requerente deve estar atento com o tempo transcorrido, pois como apontou o TJSP (2020): é acertada decisão de primeiro grau - com base no livre convencimento do juiz- que dispensa a avaliação da sanidade mental, cujo lapso temporal é grande entre

a instauração do inquérito e do pedido para avaliação por laudo pericial. No caso, a defesa apenas requereu em sede de alegações finais, após três anos do fato. Portanto, foi afastado o cerceamento de defesa, em razão do tempo transcorrido, interferir na avaliação se o agente era ou não inimputável a época do fato. haja vista a conceito de incidente ser resolvido antes do processo principal.

A doutrina igualmente aponta a importância do tempo, pois, a dúvida que é capaz de autorizar o incidente, “a depender do momento em que surgiu a doença mental -ao tempo do fato delituoso ou durante a tramitação do inquérito ou do processo, terá consequências distintas”. (LIMA, 2020, p.141)

Já em relação a legitimidade do incidente, pode ser feito *ex officio* pelo magistrado ou a requerimento pelo Defensor Público, Ministério Público, curador, ascendente descendente, irmão ou cônjuge do acusado (art. 149, caput do CPP). Ou, ainda, por representação da autoridade policial, na fase do inquérito policial (art.149, §1 do CPP), perceba que aqui a autoridade policial apenas solicita, e não determina. Isto, pois, apesar dos poderes previstos no art. 6º, VII do CPP, para determinar perícias o incidente de sanidade é de competência do juiz de garantias do artigo 3º-B, XIII, do CPP. E, o STF já decidiu no sentido de que o tribunal superior, não possui legitimidade de ofício para o incidente, uma vez que isso configuraria *reformatio in pejus* (CAVALCANTE, 2018).

Após instaurado o procedimento, o juiz deverá nomear um curador ao acusado. Caso já iniciada a ação penal o processo deve ser suspenso (art. 149, § 2, do CPP), o que não implica na suspensão da prescrição, Nucci (2020) ressalta que o exame deve ser feito com brevidade, caso o prazo prescricional esteja próximo.

Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

§ 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

§ 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

O exame é imprescindível para a solução do incidente e deverá seguir as regras do art. 159 do CPP e seguintes. A jurisprudência entende que os prazos, bem como o local onde o acusado estiver preso, serão pautados pelo princípio da razoabilidade.

Considerando a pandemia do COVID-19, ganha força o entendimento de que não há excesso de prazo na prisão, que depende de perícia realizada em incidente de sanidade mental, caso haja outros fundamentos para a prisão, apesar da celeridade comum ao incidente e do prazo do parágrafo primeiro. Isso, pois “Os prazos processuais previstos na legislação pátria devem ser computados de maneira global e o reconhecimento do excesso deve-se pautar sempre pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), considerando cada caso e suas particularidades.” (BRASIL, 2020, p. 1)

Portanto, infelizmente, apesar da gravidade da pandemia refletir em atraso aos processos, a recomendação n. 62 do CNJ não deve ser aplicada a todos os casos, mesmo quando há dúvidas quanto a higidez mental do acusado. Isto, pois esse entendimento parece ser o fluxo seguido nas cortes superiores do país, e, é corroborada com a súmula 64 do STJ: “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Porém, há um precedente no TJ-AL (2020), no sentido que diante das particularidades do caso, aplicando-se o princípio da razoabilidade, determinou-se a necessidade de reapreciação de *recambiamento* do agente para centro psiquiátrico, uma vez que o incidente de insanidade estava paralisado pela pandemia.

Ressalta-se, também outro precedente, em período pré-covid, no qual o STJ (2016) entende que a demora de quase dois anos para a realização do exame no incidente de sanidade mental, evidência constrangimento ilegal na manutenção da custódia, devendo ser aplicadas medidas cautelares diversas da prisão. Novamente aqui a aplicação do princípio da razoabilidade a favor da defesa.

Por fim, cumpre salientar, que o STF no informativo 838, determinou que o acusado não é obrigado a realizar o exame, caro não queira. O fundamento para recusa se encontra no princípio da ampla defesa em especial na vedação a autoincriminação. Cavalcante (2018) ainda lembra, que o STF veda a condução coercitiva para a produção de provas. Portanto, é possível que a defesa apresente um habeas corpus a fim de impedir que o acusado seja submetido ao exame de sanidade.

Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

Não há controvérsias quanto a possibilidade que o próprio advogado seja o curador do acusado, salvo demonstração de prejuízo. Inclusive não há nulidade no incidente no qual seja assegurado ao acusado defesa técnica, em especial quanto a apresentação de quesitos aos peritos pela defesa. (BRASIL, 2014),

“Esta Corte de Justiça tem entendimento firme no sentido de que, tanto para a nulidade relativa, quanto para a absoluta, a inobservância procedimental não gera a anulação no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio *pas de nullité sans grief*, positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal. (STJ, 2018, p.1)

Por fim, enfatiza-se que cabe ao curador a aceitação do perdão do art. 53 CPP.

Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149;
§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.
§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

Trata este artigo sobre a crise de instância, que é suspensão temporária do processo, sem que seja extinto (NUCCI, 2020).

Para o STJ (2020), em caso de doença superveniente ao processo (art.152, caput, do CPP) essa suspensão não possui limite temporal, devendo prevalecer até que as condições mentais do réu se restabeleçam. Isto, pois, não há isenção de pena.

Porém alerta o professor Brasileiro de Lima (2020) quanto aos riscos dessa ausência de limite. E, defende que como durante essa suspensão o juiz pode ordenar a internação do acusado, essa internação não pode ser compulsória e o limite temporal deve ser estabelecido, a fim de não impor ao acusado uma pena perpétua vedada em nossa constituição.

Ressalta que, a internação do §1, apenas pode ser “decretada mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos termos do art. 319, VII do CPP” (LIMA, 2020, p. 1303), ou seja, a jurisprudência aponta a legitimidade do juízo do incidente, bem como a necessidade da conclusão do mesmo:

“1. Para aplicação da medida cautelar alternativa da internação provisória, prevista no art. 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, é necessária a comprovação da inimputabilidade ou semi imputabilidade do acusado. 2. Não havendo conclusão do incidente de insanidade mental instaurado, não pode esta Corte, a partir da análise dos laudos psicológicos e psiquiátricos juntados, sobrepor-se à Corte de origem e concluir sobre a imputabilidade ou não do recorrente. 3. Além disso, tal conclusão necessitaria de providências incompatíveis com a estreita via do habeas corpus ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório. 4. Recurso ordinário não conhecido”. (BRASIL, 2016, p.1)

Considerando que apenas por essa via é possível a internação do § 1, adota-se - em relação a medida provisória - o entendimento tanto o STF (2005) quanto o STJ (2014), que se manifestaram, assumindo o seguinte: o primeiro que há prescrição e o segundo que há extinção de punibilidade, devendo prevalecer como referência de prazo a pena máxima prevista para o delito do caso.

Art. 153. O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal.

Consonante já explicado no capítulo do incidente de falsidade, em razão da natureza do procedimento ser incidente, os autos deverão ser apartados a fim de que a conclusão acerca das questões aqui apontadas não atrapalhe o curso do processo principal.

Art. 154. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682.

O artigo 682, do CPP, dita as regras quanto a insanidade mental que sobrevier no curso da execução da pena. Que como o professor Nucci ensina, se resume em dois caminhos: aplicação do artigo 41 do CP para doença transitória ou aplicação do artigo 183 da Lei 7210/94, em caso de doença de caráter duradouro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo Penal Parte Geral – sinopses para concursos*, 8ª ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador. Ed. JusPodivm, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL, **Código de Processo Penal**, decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941;

BRASIL, **Código Penal**, decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940;

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**, recomendação nº 62, disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3364> , acessado no dia 10/12/2020;

BRASIL, **Lei de Introdução ao Código de Processo Penal**, decreto-lei nº 3931, 11 de dezembro de 1941;

BRASIL, **Código de Processo Penal**, decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941;

BRASIL, Lei nº 8.210/94, julho de 1994;

BRASIL, Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006;

BRASIL, Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2018;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 576.793/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, nov.2014;

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça AgRg nos EDcl no AREsp: 878026 PR 2016/0077488-7, Sexta Turma, Ago. 2016;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n 104.781 PE 2008.0086444-0, Sexta turma, Jun. 2016;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas-Corpus 239.039 – RO, 5.ª T., rel. Ribeiro Dantas, out.2016;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 49.767/PA, 5ª Turma, abr. 2006.)

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 401.942/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 05/04/2018;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, informativo nº 615;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em sentido estrito 70059093344 RS, Quarta Câmara Criminal, mai. 2014;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.182 - RJ (2016/0005252-8), Rio de Janeiro, maio 2016;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 127.315 - RS (2020/0118636-0), sexta turma, Rio Grande do Sul, set. 2020;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus n 39.920/RJ, Quinta Turma, fev. 2014;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso em Habeas Corpus n 86.888- SP, Primeira Turma, dez. 2005;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas-Corpus 61.228 – GO, 5.^a T., rel. Reynaldo Soares da Fonseca, set. 2016;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL Nº 1882601 - PR (2020/0163404-3), ago.2020;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP: 148227 PR 1997/0064958-0, Sexta Turma, jun. 1998);

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Súmula nº 64, disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>, acessado em 10/12/2020;

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas. Habeas-Corpus nº805089-42.2020.80.2.0000, Alagoas, set.2020;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em sentido Estrito: 700738445323, Terceira Câmara Criminal, jul. 2017;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 0018630-88.2016.8.26.0602, segunda câmara de direito criminal, out.2020;

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. VADE MECUM DE JURISPRUDÊNCIA – Dizer o direito, 4º Ed. Ver. Atual. E ampl – Salvador, Ed. JusPodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de processo penal: volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 8º ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador. Ed. JusPodivm, 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes Cavalcante, Informativos Comentado, disponível em https://www.dizerodireito.com.br/2018/01/informativo-comentado-615-stj.html#google_vignette , acessado no dia 10/12/2020;

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Informativos Esquematizado, disponível em https://www.dizerodireito.com.br/2016/10/informativo-esquematizado-838-stf_5.html , acessado no dia 10/12/2020;

LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de processo penal: volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 8º ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador. Ed. JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo penal Comentado/ Guilherme de Souza Nucci. – 19º. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado/ Guilherme de Souza Nucci. – 19º. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TÍTULO VII – DA PROVA

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Rafaela Iansen Miranda Silva¹
(arts. 155 ao 157)

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

O conteúdo do Título VII, “Da Prova”, Capítulo I, “Disposições Gerais”, foi profundamente alterado pela Lei nº. 11.690, de 2008, que provocou uma grande reforma no Código de Processo Penal brasileiro, de 1941. Os artigos 155 a 157, do Código de Processo Penal, que compõem essa parte, tratam de teoria geral da prova. Acerca desse tema, é importante destacar alguns pontos, gerais e introdutórios, que possuem grande relevância prática na atuação criminal.

O objeto da prova representa o que deve ser levado ao conhecimento do magistrado, para que ele forme a sua convicção. Considerando as premissas de que o juiz deve conhecer o direito, bem como que os fatos notórios, incontrovertidos ou irrelevantes não exigem prova, resta que o objeto da prova são os fatos relevantes (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 389).

Os elementos de prova são todos os fatos ou circunstâncias que sirvam de base para a convicção do julgador (TOURINHO FILHO, 2010, p. 555). Conforme a Súmula Vinculante nº. 14, o advogado, no interesse do representado, tem direito de acesso amplo aos elementos de prova documentados em procedimento investigatório e que digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A prova emprestada proporciona o aproveitamento da atividade probatória,

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2013). Especializada em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (2015)

por meio do transporte da produção de provas de um processo para o outro. Embora não haja disciplina para a sua utilização no Código de Processo Penal, é possível a aplicação do artigo 372, do Código de Processo Civil, que permite a utilização de provas produzidas em outro processo (TALAMINI, 1998, p. 93). De acordo com a jurisprudência, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa, não existe óbice para a utilização da prova emprestada, ainda que não exista identidade de partes quanto ao processo em que foi produzida (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 1.104.676, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 11 de dezembro de 2018).

O convencimento da autoridade julgadora também pode ser influenciado pelo sistema de apreciação da prova utilizado no caso concreto. Os sistemas mais importantes são: sistema da livre convicção, sistema tarifado e sistema da certeza moral do juiz. O sistema da livre convicção é amplamente utilizado e traz liberdade na valoração das provas, desde que haja fundamentação. O sistema tarifado é utilizado excepcionalmente, sobretudo nos casos de crimes materiais que deixam vestígios, conforme o artigo 158, do Código de Processo Penal, e prevê valores determinados para cada prova, definidos pelo Poder Legislativo. O sistema da certeza moral do juiz é utilizado nos procedimentos do Júri e permite a avaliação livre das provas, sem necessidade de fundamentação das conclusões (CAPEZ; COLNAGO, 2015, p. 180).

Findas as questões iniciais, especificamente sobre o artigo 155, do Código de Processo Penal, este trata, basicamente, de dois assuntos: elementos informativos e provas.

Os elementos informativos são diferentes das provas. Nesse sentido, os elementos informativos têm a finalidade de subsidiar a decretação de medidas cautelares e auxiliar a formação da convicção do titular da ação penal. Por serem produzidos na fase investigatória, esses elementos não são colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. De outro lado, as provas têm a finalidade de auxiliar na formação do convencimento do magistrado. Diferentemente dos elementos informativos, as provas são colhidas na fase judicial, exigindo a observância do contraditório e da ampla defesa (LIMA, 2013, p. 556).

O magistrado pode utilizar, para o seu convencimento, as provas ou os elementos informativos confirmados em juízo. A ressalva quanto ao emprego dos elementos informativos existe em razão de seu valor ser relativo. Vale dizer, isoladamente, esses

elementos não podem embasar uma condenação, entretanto é possível o seu aproveitamento, se estiverem de acordo com as provas (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Extraordinário nº. 425.734, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 04 de outubro de 2005).

Na prática, portanto, os elementos informativos colhidos em sede policial devem ser confirmados em juízo, mesmo nos casos em que houver confissão. Essa prova, aliás, quando colhida na fase extrajudicial, deve ser vista com reservas, pois, além de ser realizada sem amparo nos direitos individuais, destina-se ao titular da ação penal, não ao julgador (NUCCI, 2015, p. 185).

Excepcionalmente, porém, a natureza das provas pode exigir a sua colheita ao longo da fase investigatória, por meio de contraditório diferido ou postergado. Esse é o caso das provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, também mencionadas no *caput*, do artigo 155, do Código de Processo Penal.

A título de esclarecimento, as provas cautelares são aquelas que apresentam risco de desaparecimento do seu objeto, em razão do transcurso do tempo, a exemplo da interceptação telefônica (Lei nº. 9.296/96). De outro lado, as provas não repetíveis são aquelas que, após realizadas, não podem ser produzidas novamente, a exemplo dos crimes de lesão corporal (artigo 129, do Código Penal) e de estupro (artigo 213, do Código Penal). As provas antecipadas, por sua vez, são aquelas urgentes ou relevantes, que devem ser produzidas em juízo, mas em momento distinto do previsto em lei (LIMA, 2015, p. 573).

Finalmente, quanto ao artigo 155, parágrafo único, este destaca que, se tratando de estado das pessoas, devem ser observadas as restrições da lei civil. Isso significa que, nesses casos, a prova deve ser produzida em âmbito civil, prevalecendo sobre a prova criminal. Como exemplo é possível citar o artigo 62, do Código de Processo Penal, que exige certidão de óbito para declarar a extinção da punibilidade pela morte do agente.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

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

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

O artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal, trata de ônus da prova.

Conceitualmente, ônus da prova é o interesse, que recai sobre a parte que alega o fato, de produzir provas ao magistrado, com o fim de que ele se convença da sua argumentação (NUCCI, 2017, p. 410).

Existem ônus perfeitos e imperfeitos. Ônus perfeito se trata de uma faculdade que, se não exercida, necessariamente acarreta desvantagens ou priva de vantagens, enquanto ônus imperfeito é uma faculdade que pode gerar desvantagens ou privar de vantagens, caso a parte dele não se desincumba (BADARÓ, 2012, p. 292).

Não há consenso sobre o que deve ser provado por cada parte. Há corrente doutrinária no sentido de que a acusação tem o ônus de provar a existência do fato típico, a autoria ou a participação e a relação de causalidade, ao passo que a defesa tem o ônus de provar eventuais fatos modificativos, impeditivos ou extintivos (CAPEZ, 2012, p. 396). Existe também corrente doutrinária no sentido de que, em razão do princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, o ônus da prova seria exclusivo da acusação, que deve provar tipicidade, ilicitude e culpabilidade (LOPES JR, 2020, p. 593).

O ônus da prova não é absoluto, podendo ser atenuado pelos poderes instrutórios do juiz, que pode determinar a produção de algumas provas, e pela regra da comunhão de provas, que permite que a prova produzida por uma parte possa ser valorada em favor da outra parte (BADARÓ, 2012, p. 293).

Na prática, também é importante associar tais entendimentos com o grau de convencimento a ser produzido no magistrado. Nesse sentido, enquanto a acusação deve produzir juízo de certeza, a defesa precisa provocar no julgador apenas fundada dúvida, conforme demonstra o artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Essa premissa tem como fundamento o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência (MIRABETE, 2001, p. 42).

Ainda em razão do princípio da presunção de inocência, ressalta-se que em processo penal é inadmissível a inversão do ônus da prova (NUCCI, 2017, p. 411).

Acerca dos incisos, a reforma de 2008 acrescentou dois ao artigo 156, do Código de Processo Penal. O inciso I trata da produção antecipada de provas e o inciso II trata das diligências. Apenas o inciso I foi uma novidade.

Sobre produção antecipada de provas, elaborando o exposto no artigo anterior, cuida-se de um procedimento incidente, determinado pelo juiz, antes de iniciada a ação penal, com base em critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, nos casos em que entender indispensável a produção de provas urgentes e relevantes (NUCCI, 2017, p. 414).

O procedimento da produção antecipada de provas tem previsão nos artigos 381 a 383, do Código de Processo Civil. No âmbito do direito processual penal, há dois casos de previsão expressa de sua utilização, nos artigos 225 e 366, do Código de Processo Penal.

Concretamente, a produção antecipada de provas durante a fase policial só deve ser utilizada em casos excepcionais (LOPES JR., 2020, p. 662).

Além disso, de acordo com Súmula nº. 455, do Superior Tribunal de Justiça, a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366, do Código de Processo Penal, deve ser concretamente fundamentada, não podendo ser usado como justificativa apenas o mero decurso do tempo.

Existe, ainda, corrente doutrinária no sentido de que o inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, seria inconstitucional, pois permitiria a atuação do juiz durante a investigação, como inquisidor, o que violaria o sistema acusatório (LOPES JR., 2020, p. 59). A título de esclarecimento, o sistema inquisitivo é aquele que concentra poderes no órgão jurisdicional, que acumula funções de investigação, defesa e julgamento. De outro lado, o sistema acusatório, utilizado no Brasil, separa essas funções, com o objetivo de resguardar a imparcialidade do juiz (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 40).

Por fim, no tocante ao artigo 156, II, do Código de Processo Penal, cabe mencionar que se trata de exceção à cláusula geral do ônus da prova. Da mesma forma que o inciso antecedente, o inciso II deve ser utilizado de maneira comedida, restringindo-se a uma área de atuação delimitada pelo magistrado, para que não haja violação ao sistema acusatório (CAPEZ; CONALGO, 2015, p. 183).

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º (VETADO)

§5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

O artigo 157, do Código de Processo Penal, trata das provas ilícitas.

As provas ilícitas, conceitualmente, são aquelas obtidas por meio ilícito, em violação a regras de direito material. Essas provas podem surgir em sede policial ou em juízo e, de acordo com a previsão do *caput*, do artigo 157, do Código de Processo Penal, devem ser desentranhadas do processo (BADARÓ, 2012, p. 284).

Há, porém, outro conceito a ser destacado, que é o das provas ilegítimas, cujo maior exemplo é o desrespeito ao artigo 479, do Código de Processo Penal. Diferentemente das provas ilícitas, as provas ilegítimas se caracterizam pela violação de regras processuais, são obtidas apenas dentro dos processos judiciais e podem ser solucionadas por meio da teoria das nulidades (CAPEZ, 2012, p. 83).

Diante da existência desses dois conceitos, há dúvida na doutrina se o termo “provas ilícitas”, trazido no *caput*, do artigo 157, do Código de Processo Penal, abrangeria também as provas ilegítimas. Nesse sentido, parte da doutrina entende que a disposição legal se refere apenas à violação de normas de direito material (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 127), enquanto outra parte defende que o artigo abrange os dois conceitos (LOPES JR., 2020, p. 630).

As provas ilícitas podem ser contrárias à norma constitucional ou à lei. Há previsão constitucional, no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas. Em processo penal, a previsão legal do tema só ocorreu com a reforma de 2008, que esclareceu que as provas contrárias à lei penal ou processual penal também devem ser inadmitidas (NUCCI, 2017, p. 417).

A título de observação, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, a doutrina discute como proceder diante de conflitos entre garantias constitucionais do

indivíduo e o interesse da sociedade. É possível defender que certos direitos, como o direito à liberdade, devem prevalecer sobre a proibição de provas ilícitas. Assim, seria cabível admitir uma prova ilícita que, por exemplo, seja a única capaz de provar a inocência do réu. Em contraposição, fala-se em princípio da proporcionalidade “pro societate”, que defende a admissibilidade das provas ilícitas nos casos em que restar demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal (CAPEZ, 2015, p. 185).

Quanto ao procedimento utilizado para determinar a ilicitude da prova, o Código de Processo Penal não o prevê. É possível defender que a prova ilícita deve ser avaliada dentro de um incidente de ilicitude de prova, que, apesar de não possuir procedimento legal específico, utiliza, por analogia, os dispositivos do incidente de falsidade documental, previsto no artigo 145, do Código de Processo Penal. A ideia é discutir a questão em apenso, dentro do qual, ao final, se a prova for julgada ilícita, será desentranhada, caso contrário retornará aos autos principais. De outro lado, caso se entenda que o incidente de ilicitude inexistente, sendo a via do incidente de falsidade documental inadequada, a ilicitude da prova pode ser discutida no curso da ação penal (NUCCI, 2015, p. 55).

No tocante aos recursos, o recurso cabível para discutir a decisão interlocutória que determina o desentranhamento de provas é o Recurso em Sentido Estrito, previsto no artigo 581, XIII, do Código de Processo Penal. Caso o reconhecimento ocorra em sentença, o recurso cabível é a apelação (LIMA, 2015, p. 627). Também não há óbice legal à utilização de remédios constitucionais, mandado de segurança ou “habeas corpus”, contra as decisões referentes à ilicitude de provas, desde que presentes os requisitos de impetração.

Ainda dentro do tema das provas ilícitas, o artigo 157, §1º e §2º, do Código de Processo Penal, também resultado da reforma de 2008, trata das provas ilícitas por derivação. Por meio dessas previsões, o Código de Processo Penal incorporou a teoria da prova ilícita por derivação ou frutos da árvore envenenada (“fruit of the poisonous tree”), que teve sua maior repercussão nos Estados Unidos, no caso “Silverthorne Lumber Co. versus United States”, de 1920. Segundo essa teoria a prova ilícita não pode dar bons frutos, de modo que, se a fonte for considerada ilícita, todas as provas decorrentes dela também o serão (TOURINHO FILHO, 2010, p. 563).

Assim como ocorre na prova ilícita, a prova ilícita por derivação também deve ser desentranhada. Essa regra, contudo, possui limitações. A primeira, teoria da tinta diluída ou da mancha purgada (“attenuation of the taint”), prevê que um ato posterior totalmente independente pode afastar a ilicitude do ato original. As justificativas seriam o tempo decorrido entre a ilegalidade e a aquisição das provas, a existência de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória ou a flagrância da ilegalidade inicial. A segunda, teoria da fonte independente (“independent source”), prevê que as provas podem ser admitidas nos casos em que tiverem fontes independentes e autônomas, consistentes naquelas que produzem a mesma prova, mas de maneira lícita. A terceira, descoberta inevitável (“inevitable discovery”), traz que a prova não será ilícita se a sua descoberta se mostrar inevitável, com base em dados concretos (BADARÓ, 2012, p. 290).

Existe, ainda, outra limitação, consistente na teoria do encontro fortuito ou casual de provas, aplicada nos casos em que o cumprimento de diligências referentes a um delito casualmente levarem a autoridade responsável a encontrar provas pertinentes a outra infração penal, sem relação com a investigação originária. Quanto à validade da prova inesperadamente obtida, em tais casos, esta fica condicionada à forma com que a diligência foi realizada. Assim, se a diligência for cumprida devidamente, a prova será válida (OLIVEIRA, 2011, p. 368).

Quanto à nomenclatura, também é possível utilizar o termo “serendipidade” (Superior Tribunal de Justiça, “Habeas Corpus” nº. 282.096, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgamento em 24 de abril de 2014) ou “crime achado” (Supremo Tribunal Federal, “Habeas Corpus” nº. 129.678, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13 de junho de 2017).

Acerca da aplicação do encontro fortuito de provas nos escritórios de advocacia, ressalta-se que, de acordo com a Lei nº. 8.906/94, em razão do dever de sigilo inerente à profissão, fica excluída essa possibilidade quanto aos documentos de clientes, não pertencentes ao próprio advogado investigado.

No tocante ao artigo 157, §3º, do Código de Processo Penal, conforme mencionado anteriormente, a inadmissibilidade das provas ilícitas ocorre por meio de seu desentranhamento dos autos, após o qual, em regra, faz-se a inutilização da prova considerada inadmissível. A previsão desse artigo não significa, no entanto, que essa prova deva ser obrigatoriamente destruída. Nesse contexto, a destruição não deve

ocorrer nos casos em que a prova pertencer lícitamente a outra pessoa, consistir em corpo de delito apto a provar a ilicitude de quem a obteve ou for a única forma de se evitar uma condenação injusta (LIMA, 2015, p. 627).

Em conclusão, sobre o artigo 157, §4º e §5º, do Código de Processo Penal, vale destacar que o Congresso Nacional, a princípio, entendia que o magistrado que teve contato com a prova ilícita não deveria julgar o caso concreto. A ideia era que o juiz que viesse a proferir sentença não estivesse influenciado por informações contidas na prova ilícita. Essa proposta não foi aceita pelo Presidente da República, que, na época, vetou o artigo 157, §4º, que continha essa visão. Posteriormente, com o chamado “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/19), o artigo 157, do Código de Processo Penal, sofreu nova alteração, passando a adotar aquela mesma ideia inicial no §5º. Desde janeiro de 2020, contudo, esse dispositivo se encontra com a eficácia suspensa, em razão de Decisões Monocráticas do Ministro Luiz Fux nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 6298, 6299, 6300 e 6305.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº. 8.906/94. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: Diário Oficial da União, 05 de julho de 1994.

_____. Decreto-lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1940.

_____. Decreto-lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941.

_____. Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: Diário Oficial da União, 25 de julho de 1996.

_____. Lei nº. 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: Diário Oficial da União, 10 de junho de 2008.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: Diário Oficial da União, 24 de dezembro de 2019.

BADARÓ. Processo Penal. Elsevier, 2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. Código de Processo Penal comentado. Saraiva, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarence. As nulidades no processo penal. Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Jus Podivm, 2015.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. Saraiva, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Lumen Juris, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Habeas Corpus” nº. 129.678. Disponível em: Diário de Justiça Eletrônico, 18 de agosto de 2017.

_____. Recurso Extraordinário nº. 425.734. Disponível em: Diário de Justiça Eletrônico, 28 de outubro de 2005.

_____. Súmula Vinculante nº. 14. Disponível em: Diário de Justiça Eletrônico, 09 de fevereiro de 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 1.104.676. Disponível em: Diário de Justiça Eletrônico, 01 de fevereiro de 2019.

_____. “Habeas Corpus” nº. 282.096. Disponível em: Diário de Justiça Eletrônico, 06 de maio de 2014.

_____. Súmula 455. Disponível em: Diário de Justiça Eletrônico, 08 de setembro de 2010.

TALAMINI, Eduardo. Prova Emprestada no Processo Civil e Penal. Revista de Processo, 1998. Páginas 92 a 114.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Jus Podivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. Saraiva, 2010.

CAPÍTULO II – DO EXAME DE CORPO DE DELITO, DA CADEIA DE CUSTÓDIA E DAS PERÍCIAS EM GERAL

Pedro Guilherme Borato¹
Renan Posella Mandarin²
(arts. 158 ao 170)

I- Aporte Teórico

O Inquérito detém por finalidade o fornecimento de elementos para se decidir entre o processo ou o não processo, assim como para servir como base para as medidas endoprocementais que se façam necessárias no seu curso (Lopes Júnior, 2020, p. 260)

O dispositivo em análise apenas deixa evidente a possibilidade de novos atos de investigação por parte da autoridade policial de um inquérito que tenha sido devidamente arquivado por ausência de elementos suficientes para o exercício da ação penal pelo Ministério Público (ausência de elementos da Justa Causa). Apenas será possível novas pesquisas investigativas no surgimento de notícia de inéditos elementos probantes desconhecidos anteriormente.

Como informa Machado, apenas será possível essa retomada investigativa quando o motivo do anterior arquivamento do inquérito policial for a ausência de justa causa processual penal em sentido estrito, ou seja, insuficiência de informações ou de elementos probantes sobre a materialidade do crime e/ou indícios de autoria. Não existe possibilidade de fundamentação de novas pesquisas para reconhecimento de elementos que desnaturam a composição analítica do injusto penal, como hipóteses de atipicidade da conduta, exclusão da ilicitude ou da culpabilidade ou, ainda, de causas que afastam a própria sanção criminal como, por exemplo, as de extinção da punibilidade (Machado, 2020).

Importante apontar que, em decorrência da Lei n. 13.964/2019, revogou-se

¹ Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Salamanca (USal) (ES). Professor de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Orientador vinculado ao Programa de Pós Graduação Internacional em Direito Penal Econômico da Universidade de Coimbra (PT) em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP).

² Doutorando em Ciências Jurídicas pela UENP - Jacarezinho/PR. Mestre em Direito pela UNESP - Franca/SP. Advogado. Coordenador Regional da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP

tacitamente a porção do dispositivo em apreço que se refere à “autoridade judiciária”, de maneira que se deve ter que o arquivamento do inquérito se dá pelo representante ministerial.

Nessa linha segue Machado ponderando que vale destacar que o Poder Judiciário não possui, em regra, competência para reanalisar essa deliberação ministerial de arquivamento. Isso ocorre porque toda e qualquer decisão envolvendo a fase de investigação preliminar compete ao juiz de garantias (art. 3º-B, *caput*, do CPP). Acontece que, com a atual estrutura acusatória do diploma legal (art. 3º-A do CPP), tal magistrado não detém qualquer poder instrutório no âmbito criminal, sendo-lhe “vedadas a iniciativa na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Por isso, também, deve-se considerar revogado tacitamente o art. 5º, inciso II, primeira parte, do CPP (poder judicial de requisição do inquérito policial). Nesse contexto, o controle da legalidade investigativa deve ser apenas de caráter negativo, a limitar o exercício indevido da persecução penal, e nunca a promovê-la, ainda que mediante provocação de terceiros, inclusive da vítima. Assim, está impedido de reanalisar o mérito do ato administrativo de arquivamento do inquérito policial por mera discordância quanto à avaliação ministerial da justa causa processual criminal (MACHADO, 2020).

II- Jurisprudência

Acerca do desarquivamento do inquérito em órbita ao art. 18 do CPP a observação de duas súmulas do Supremo Tribunal Federal surge como fundamentais:

Súmula 473-STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Nesse caso, em observância à súmula supracitada, o juiz de garantia poderia intervir no âmbito para o reconhecimento, em caso de absoluta excepcionalidade, de invalidade do procedimento ministerial de arquivamento por nulidade do ato administrativo. Cabe, também, determinar que seja proferido outro ato em sua substituição com a observância dos mandamentos legais.

Súmula 524-STF: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

Essa súmula confere ao juiz de garantia a possibilidade de rejeição da denúncia com base em inquérito desarquivado de maneira ordeira, porém com a ausência de novos elementos probantes de materialidade e/ou autoria.

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o HC 94.869-DF de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski analisa a questão acerca do desarquivamento em relação com causas extintivas de punibilidade:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESARQUIVAMENTO E REABERTURA DE INQUÉRITO POLICIAL. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE MARCO INTERRUPTIVO DESDE A DATA DOS FATOS QUE ENSEJARAM A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. I – Os fatos que deram causa à instauração do inquérito policial, cuja finalidade é apurar a prática do crime de tráfico de influência (art. 332 do CP), ocorreram em 10/1/2000, data em que foi firmado o contrato 007/00 entre a EMBRASC e a CEDAE. II – Considerando-se que a pena máxima imposta para o crime previsto no art. 332 do Código Penal é de 5 anos, a prescrição, nos termos do art. 109, III, do CP, verifica-se em 12 anos. III – Saliente-se, ainda, que o paciente completou 70 anos em 11/10/2011, o que determina a redução do prazo à metade. IV – A Secretaria da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro informou que os autos do inquérito em questão foram remetidos ao Ministério Público para diligência, em 4/7/2012, de onde não retornaram ainda. V – Não tendo ocorrido nenhum marco interruptivo do curso do prazo prescricional desde a data dos fatos, deve-se declarar a extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva estatal (art. 107, IV, do CP).

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência DJe nº 039 Divulgação 24/02/2014
Publicação 25/02/2014 Republicação DJe nº 068 Divulgação 04/04/2014 Publicação
07/04/2014 Ementário nº 2725 – 1

A decisão se mostra alinhada aos ditames de limitação do poder de punir do Estado, reconhecendo a causa extintiva de punibilidade através da prescrição. Além de não evidenciar o surgimento de novas provas que ensejariam a reabertura do inquérito, em desconformidade com a Súmula 524-STF, o Tribunal declara a extinção da punibilidade do agente frente às especificações da contagem de prazo prescricional do caso em apreço e promove o trancamento do inquérito policial.

Com relação à necessidade de surgimento de notícia de novos elementos probantes para reabertura do inquérito e não “mera mudança de opinião ou reavaliação da situação”, interesse surge na análise de Segundo Agravo Regimental na Reclamação 20.132-SP na Segunda Turma do STF de relatoria do Ministro Teori Zavascki:

Segundo Agravo Regimental na Reclamação. Processo Penal. Constitucional. 2. Arquivamento de inquérito pelo STF. Superveniente perda do foro originário perante a Corte. Reclamação com fundamento nos efeitos da decisão de arquivamento. Caso que se enquadra na hipótese de cabimento da reclamação no STF na forma do art. 102, I, “ I”, da CF – competência para julgar reclamação para garantia da autoridade das decisões do STF. 3. Propositura de duas reclamações – no STF e TJSP – tendo em vista a mesma investigação. Paradigmas diversos. Não há prejudicialidade entre as reclamações. 4. Art. 18 do CPP. **Arquivamento de inquérito policial. “Novas pesquisas”. Possibilidade de reabertura das investigações, se de outras provas houver notícia. *Contrario sensu*, a reabertura não pode decorrer da simples mudança de opinião ou reavaliação da situação. É indispensável que haja novas provas ou, ao menos, novas linhas de investigação em perspectiva.** 5. **Impossibilidade de reabrir inquérito para aprofundar linhas de investigação que já estavam disponíveis para exploração anterior. O arquivamento da investigação, ainda que não faça coisa julgada, é ato sério que só pode ser revisto por motivos igualmente sérios e surgidos posteriormente.** 6. Reabertura das investigações que decorreu do puro e simples inconformismo com o arquivamento requerido pelo Procurador-Geral da República, sem que uma linha de investigação nova tenha surgido após o arquivamento. 7. Empate nas votações. Matéria criminal. Adoção do entendimento mais favorável à defesa. Precedente. 8. Dado provimento ao agravo regimental, para julgar procedente a reclamação e determinar o trancamento do Procedimento de Investigação Criminal 94.0003.0003465/2015-2, do MPSP.
Rcl 20132 AgR-Segundo/SP

Como se nota, o Supremo Tribunal Federal mantém seu entendimento direcionado à necessidade de comprovação do surgimento de reais elementos de prova de materialidade ou autoria. A simples tentativa de desenvolvimento de linhas investigativas presentes antes do arquivamento, ou de elementos probatórios que lá já estavam, não comportam o desarquivamento.

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

I - violência doméstica e familiar contra mulher;

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

I - Aporte Teórico

O dispositivo em análise detém como principal função estabelecer o exame de corpo de delito como elemento fundamental para provar a existência de um fato potencialmente delituoso. Existem crimes que deixam e crimes que não deixam vestígio empiricamente verificável. Para os que são apreensíveis de modo empírico, o exame de corpo de delito, direto ou indireto, é indispensável. Mesmo com a confissão do acusado o exame de corpo de delito é obrigatório. Sua ausência é causa de nulidade do processo (art. 564, inciso II, alínea b do CPP).

Aury Lopes Júnior coloca que é importante não confundir o exame de corpo de delito com as perícias em geral. O exame de corpo de delito é a perícia feita sobre os elementos que constituem a própria materialidade do crime, por isso que sua ausência está conexa com a falta da prova da existência do delito, o que acarreta nulidade absoluta do processo. As perícias em geral são realizadas sobre outros elementos probatórios tendo relação apenas com o convencimento do magistrado acerca do crime. Ou seja, a ausência de perícia no local onde ocorreu o delito, ou em uma arma hipoteticamente utilizada, não afetam a existência do crime. O exame de corpo de delito está conectado não apenas à materialidade do fato, mas também a possíveis causas de aumento de pena, ou qualificadoras conforme o caso. Dessa maneira, sem que se dê a respectiva perícia no lugar do crime para comprovação da qualificadora, não poderá o réu ser condenado por essa figura típica, mas apenas pelo tipo simples (Lopes Júnior, 2020, p. 686).

Interessante nesse dispositivo é a inserção da priorização de realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. Tal política criminal se orienta na tutela e resguardo de vítimas específicas observadas como em zona de necessidade de maior atenção por parte do Estado. Os estudos de Vitimologia se mostram presentes nessa alteração legislativa realizada por intermédio da Lei n. 13.721/2018. A Vitimologia, como área de estudo da Criminologia, passa por um momento de franca expansão e seus estudos demonstram que cabe ao Estado se organizar para priorizar a resolução de conflitos criminais que envolvam certas vítimas específicas que se encontram em área de maior vulnerabilidade dentro do

corpo social. Essa política criminal demonstra compreender que medidas positivas de prevenção auxiliam na materialização dos mandamentos de equidade.

II – Jurisprudência

Interessante observar o julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 371211-MS na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que somente é possível a substituição da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo por outros meios de prova quando o delito não deixa vestígios, estes tenham desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. 2. A Corte de origem registrou que a impossibilidade de o laudo pericial atestar o rompimento de obstáculo decorreu da inexistência dos vestígios materiais, já que a manutenção do local a ser periciado nas condições em que se encontrava após a realização do crime de furto, ou seja, sem o telhado e uma das portas, e, ainda, por se tratar de estabelecimento comercial, impediria a própria continuidade das atividades e causaria insegurança no local. **Assim, tendo as instâncias ordinárias apresentado justificativas para a não realização da perícia, é válido o exame indireto para atestar o rompimento do obstáculo, como feito.** 3. Agravo regimental não provido.

Como se observa, frente à impossibilidade de realização do exame por particularidades do local, admitida foi a sua versão indireta, atestando o rompimento do obstáculo para se estabelecer o furto qualificado.

Na linha da prova indireta da materialidade, o Agravo Regimental em Recurso Especial dirigido à 5ª Turma do STJ, novamente, teve decisão de aceitar a comprovação da materialidade do delito através de meio indireto:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. ART. 293, § 1º, III, B, DO CÓDIGO PENAL - CP. FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS. 1) PRODUTO INDUSTRIALIZADO. BEBIDA ALCOÓLICA. AUSÊNCIA DE SELO. EXAME PERICIAL PARA CONSTATAR O CONTEÚDO DOS VASILHAMES. DESNECESSIDADE. 2) ARTIGO DE LEI FEDERAL NÃO

APONTADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. 3) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O bem tutelado pelo delito do art. 293, § 1º, III, b, do Código Penal - CP é a fé pública e a materialidade do delito se configura quando, no exercício de atividade comercial ou industrial, se pratica condutas descritas no tipo penal em produto sem selo oficial obrigatório. 1.1. **Em regra, é indispensável o exame de corpo de delito quando a infração deixa vestígios, exceto quando não for possível o referido exame, conforme dispõem os artigos 158 e 167, ambos do Código de Processo Penal - CPP. Contudo, há precedentes pela desnecessidade do exame de corpo de delito quando outras provas demonstrarem de forma inequívoca a materialidade.** 1.2 In casu, irrelevante a realização de exame pericial sobre o conteúdo das garrafas de bebida apreendidas sem selo oficial durante o transporte, porque os mais de 5.000 vasilhames foram industrializados (enchidos, tampados e rotulados) e denominados como diversos tipos de bebida alcoólica, motivo pelo qual ao fornecedor competia ter-lhes aplicado o selo oficial obrigatório, nos termos da legislação tributária. 2. A falta de apontamento do dispositivo legal violado configura deficiência da fundamentação, conforme Súmula 284/STF. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1679498 SC 2017/0055242-2, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 21/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2018)

Já na linha de efetivação da política criminal adotada pela alteração no ano de 2018, visando um resguardo prioritário de grupos vulneráveis se observa no julgamento do Habeas Corpus n. 414.857-RJ na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À TENTATIVA DE HOMICÍDIO. VESTÍGIOS. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. VIOLAÇÃO AO ART. 158, DO CPP. ILEGALIDADE. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de considerar indispensável a prova técnica nas infrações que deixam vestígios, admitindo, apenas em caráter excepcional, que a ausência do exame pericial seja supletivamente suprido pela prova testemunhal, nas hipóteses em que não for possível a realização da perícia ou os traços indicativos do fato a ser constatado pelo exame tiverem desaparecido. Precedentes. 3. Na situação em análise, não há qualquer notícia a respeito da impossibilidade de realização de perícia no local do evento, nem mesmo laudos ou

fichas médicas que atestem o atendimento da vítima, a fim de comprovar as lesões oriundas da agressão sofrida, revelando-se, portanto, insuficientes as provas coletadas em razão da indispensabilidade do laudo técnico. **4. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para declarar nulo o processo instaurado contra o paciente, em virtude da ausência do exame de corpo delito considerado imprescindível para comprovação da materialidade delitiva.**

Verifica-se no julgado supracitado que, devido a ausência do exame de corpo de delito, o processo foi declarado nulo já que fica comprometida a comprovação da materialidade do delito.

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Introdução.

A Cadeia de Custódia se consubstancia em uma das alterações normativas mais importantes trazidas pela Lei nº 13.964 de 2019. A estrutura dogmática processual penal brasileira passa por um momento de completa revisão com alterações substanciais em seu interior. Essas alterações oscilam entre mandamentos de maior caráter de eficiência e mandamentos de concepções de aprofundamento garantista. A Cadeia de Custódia surge, portanto, como uma dessas mudanças estruturais de potencial garantidor. A política criminal contemporânea que se nota nas atualizações busca equilibrar essa oscilação no intuito de erigir maior racionalidade para o funcionamento da prevenção criminal e, conseqüentemente, segurança e eficiência no seu quinhão procedimental.

Dessa maneira, a Cadeia de Custódia, ao organizar todo um procedimento para a gestão dos vestígios que serão no futuro objeto de produção da prova dentro do processo penal, aparece como instrumento garantidor assegurando a elaboração probatória dentro de limites normativamente estabelecidos. Atua dentro de um panorama empírico-ontológico através da comunicação de “todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu conhecimento até o descarte”, como estabelece o art. 158-A.

Essa gestão normativamente estabelecida do vestígio é elemento de grande importância para a produção probatória de cunho mais idôneo possível. Orbitam ao

redor desse tema uma série de questões como o livre convencimento do juiz, o valor das provas, a participação das partes do processo penal na produção da prova, o papel do perito, entre tantas outras.

I- Aporte Teórico

Como aponta Aury Lopes Junior, a recepção da teoria da cadeia de custódia da prova e sua inserção no Código de Processo Penal foi uma importante inovação trazida pela Lei n. 13.964/2019. Essa inovação se estrutura como uma grande evolução para a qualidade epistêmica e credibilidade da prova. Assim, foram inseridos no CPP os artigos 158-A, B, C, D, E e F, todos em plena vigência. A preservação das fontes de prova é fundamental, principalmente quando se trata de elementos probatórios de produção exterior ao processo penal, como é o caso do recolhimento de DNA, interceptação telefônica etc. Surge, dessa forma, como verdadeira condição de validade da prova (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 650-651).

Na mesma linha segue Janaina Matida que aponta que na busca por tutelar o potencial epistêmico do processo penal, a Lei disciplina uma série de providências que concretizam o desenvolvimento técnico-jurídico da cadeia de custódia. No art. 158-B há a pormenorização de diversas etapas de rastreamento do vestígio como reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, condicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C estabelece o perito oficial como sujeito que detém a preferência na coleta do vestígio, bem como para o local para onde deve ser encaminhado (central de custódia); no parágrafo 2º desse dispositivo existe a proibição de interferência na cena do crime antes que o perito libere o local estabelecendo, inclusive, que se configura o delito de fraude processual para essa conduta. No art. 158-D se tem a organização do acondicionamento dos vestígios, com necessidade de lacre e numeração individualizada de maneira a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio (MATIDA, 2020).

Interessante observar que tanto no art 158-D §4º como no art. 158-E §3º existe a exigência de individualização de todo aquele que em algum momento manipule ou tenha acesso ao vestígio. Essa preocupação normativa busca lançar maior tutela sobre o vestígio no intuito de preservá-lo de qualquer gestão indevida. De maneira que caso haja alguma alteração que resulte na contaminação do elemento dificultando a sua

reprodução no processo, já como prova, a responsabilização daquele que produziu essa dificuldade fica facilitada. Com isso a prova fica cada vez mais próxima de ser reproduzida no processo penal da maneira que se deu como vestígio no local dos fatos delituosos.

Entretanto, críticas também são feitas à estruturação dogmática da Cadeia de Custódia. É importante notar que a lei não se pronuncia quanto ao efeito da não preservação da cadeia de custódia. Mesmo com o detalhamento normativo de vários aspectos importantes, não existe qualquer determinação legal quanto ao momento processual apropriado para o exame de regularidade ou irregularidade da cadeia de custódia. Não há também qualquer menção quanto às consequências que se devem atribuir aos elementos probatórios cuja custódia tenha passado por rupturas. Sobre o tema, a dogmática jurídico-penal divide-se entre os que entendem que a ruptura da cadeia de custódia deve implicar em sua inafastável exclusão e os que afirmam que caberá ao magistrado analisar casuisticamente. Assim procederá o juiz a valoração e a decisão sobre o peso a ser concedido para o elemento probatório que teve a custódia realizada de maneira irregular (MATIDA, 2020).

O que se apresenta, portanto, com a Cadeia de Custódia estruturada na legislação surge como um verdadeiro protocolo de custódia. Esse cuidado todo apresentando nas normas em apreço é necessário, justificado e importam em impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar, ou isentar, alguém de responsabilidade com o objetivo de se obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir, na medida do possível, uma decisão injusta. Seu fundamento se estende na linha de não se limitar a buscar a boa ou má-fé dos agentes estatais que manuseiam a prova, mas sim de maneira objetiva definir um procedimento que garanta e acredite a prova com independência da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. O debate acerca da subjetividade deve abrir espaço para critérios objetivos, comprovados empiricamente, que não dependam da prova de má-fé ou da lisura do agente estatal (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 655-656).

Geraldo Prado assinala que as ordens jurídico-processuais que se alinham constitucionalmente ao modelo acusatório de processo regulamentam o procedimento probatório. Dessa forma, asseguram a produção do elemento probante e as condições para demonstração de que estes elementos estão preservados para exame futuro,

valoração ou perícia. Os princípios da “mesmidade” e da “desconfiança” são de grande importância para garantir o juízo mediante a redução dos riscos de erro judiciário, o que consiste no fundamento lógico e epistemológico da cadeia de custódia das provas (PRADO, 2019, p. 97).

Com a Cadeia de Custódia o processo penal ganha nova força de caráter garantista na gestão da prova, balanceando as flexibilizações de feição efficientista que se operou em outras áreas. Esse equilíbrio é fundamental na atualização do processo penal às necessidades contemporâneas na prevenção da criminalidade. Apesar de algumas críticas pontuais e acertadas, o que se encontra é um processo penal que vem absorvendo alterações político-criminais interessantes e que busca, cada vez mais, estar alinhado às perspectivas doutrinárias que requer atualizações com o objetivo de ter um diploma legal correspondente à uma sociedade complexa que passa por um processo de aceleração cada vez mais pujante em muitas áreas. O avanço da tecnologia, a flexibilização do tempo e do espaço, os novos delitos (muitos de caráter econômico), irritam o sistema jurídico a oferecer respostas para a regulação de uma sociedade cada vez mais multifacetada.

II – Jurisprudência

Acerca da gestão da prova, alvo da alteração normativa de inclusão da Cadeia de Custódia, interessante a observação da decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC 160.662-RJ onde é aceita a tese de que a conservação das provas é de responsabilidade do Estado e sua perda (ou má gestão) impede o exercício da ampla defesa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96.

LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido 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", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal. II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal. III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, 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 hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna. IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica. V. Hipótese em que os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", dirigida ao Grupo CASA & VÍDEO, que resultou na denúncia de 14 envolvidos, como incurso nos crimes dos arts. 288 e 334 do Código Penal e art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/98, em que se apura a ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, pela sociedade empresária. VI. Se as pretensões deduzidas neste writ, com relação a um dos pacientes, não foram formuladas perante o Tribunal de origem, no acórdão ora impugnado, inviável seu conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público. VIII. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de "ser legal, ex vi do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº

9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012). IX. A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa - cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático - encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as pessoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96). **X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.** XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF. XIV. Decorre da garantia

da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário. XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário. XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.

(STJ - HC: 160662 RJ 2010/0015360-8, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 18/02/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2014)

Como se observa, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores já se posiciona no sentido da exclusão absoluta da prova e de suas provas derivadas quando é encontrada a gestão defeituosa dos vestígios e dos elementos que servirão para a produção das provas no processo penal. Isso demonstra como a Cadeia de Custódia surge como item importante para estabelecer a gestão correta dos vestígios no intuito de traçar o limite legal do que é permitido e do que é visto como ilícito no interior dessa questão.

Em outra situação a jurisprudência se alinha à concepção de impossibilidade de nulidade absoluta do processo unicamente pela quebra da Cadeia de Custódia, como se verifica na decisão da 5ª Turma do STJ proferida em autos de Recurso de Habeas Corpus nº 59.414-SP em julgado do ano de 2017:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE DENUNCIADO POR CRIMES DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO ATIVA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO, DESCAMINHO, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE LACRE EM TODO O MATERIAL APREENDIDO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESUNÇÃO DE VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. QUESTÃO QUE ENVOLVE APROFUNDADO EXAME DE PROVAS. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS A EMBASAR A DENÚNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. É assente na jurisprudência desta Corte e do STF que a demonstração do prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. Art. 263 do CPP. (RHC 110.623/DF, 2ª. T., Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ 26/3/2012 e o AgRg no AREsp. 699.468/PR, 6ª T., Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 24/5/2017 e HC 275.203/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, 5ª T., DJe 15/3/2017). 2. **Não há**

falar em nulidade se a busca e apreensão obedeceu fielmente ao disposto no art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal. A ausência de lacre em todos os documentos e bens - que ocorreu em razão da grande quantidade de material apreendido - não torna automaticamente ilegítima a prova obtida a partir da medida, a ensejar a nulidade da ação penal, mormente quando afirmado pelo MM. Juiz e pelo Tribunal a quo que a prova coletada na referida busca e apreensão foi uma das utilizadas para embasar a denúncia, mas não foi a única. 3. Compete a defesa infirmar a presunção de validade e legitimidade dos atos praticados por agentes públicos, demonstrando de forma concreta o descumprimento das formalidades legais e essenciais, e especificamente no caso concreto, que o material apreendido e eventualmente não lacrado foi corrompido ou adulterado, de forma a causar prejuízo a defesa e modificar o conteúdo da prova colhida. 4. Não alegado ou apontado real prejuízo, nem sequer afirmada a nulidade da decisão que determinou a busca e apreensão ou o descumprimento dos ditames do art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal, bem assim que os documentos ou bens apreendidos foram efetivamente corrompidos, limitando-se a defesa a inferir/deduzir que a ausência de lacre em todo o material colhido era suficiente para transformar a prova em ilegítima e a nulidade em absoluta. 5. É inviável, no âmbito do habeas corpus, a apreciação de questões que demandam o revolvimento aprofundado de material fático-probatório. 6. Recurso Ordinário desprovido. (STJ - RHC: 59414 SP 2015/0100647-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/06/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2017)

Observa-se aqui que a pretensão de nulidade do processo devido à ausência de lacre não foi aceita pelo Tribunal Superior porque não se comprovou prejuízo disto decorrente para a defesa. Também a decisão se lastreia no fato de que as provas com ausência de lacre não foram as únicas a embasar a decisão condenatória anterior. Coadunando a decisão com a jurisprudência já estabelecida tanto no STJ quanto no STF.

Válido ressaltar que as decisões supracitadas são de Tribunais Superiores em período anterior ao ingresso da estrutura da Cadeia de Custódia atual promovida pela Lei n. 13.964/2019. Dessa forma, cumpre esperar para se observar se essa importante mudança na dinâmica processual penal brasileira surtirá algum efeito nas decisões desses Tribunais, já que como aponta a doutrina, alguns elementos constam ainda indefinidos e a política criminal adotada por essa nova dogmática indica uma maior tutela na gestão da prova no processo penal.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

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

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

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

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

Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.

Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos.

I- Aporte Teórico

No interior da questão da prova pericial, segundo Aury Lopes Júnior, operou-se uma metamorfose a partir da adoção do Sistema Acusatório, o perito muda de identidade e se transforma em órgão útil para as partes antes que ao juiz. Claro que isso não retira o potencial probatório da perícia, relativo como o de todos os meios de prova, mas ele deve atender o interesse das partes antes que o do juiz (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 675).

A perícia serve de instrumento para informação das partes acerca de elementos que estão para além do campo do conhecimento comum. Tal se evidencia, por exemplo, na necessidade do perito ser portador de diploma superior. Isso significa que o perito deve deter um conhecimento específico sobre um campo do saber que foge da compreensão geral e, dessa maneira, elucida questões de ordem técnica para uma melhor compreensão dos elementos do processo.

Segundo Antônio Alberto Machado, O CPP trata de maneira detalhada da prova pericial em vários dispositivos, definindo regras para as diferentes formas de perícia, especificamente para a identificação de cadáveres, para a constatação de lesões corporais, para o exame de local, para o exame do rompimento ou destruição de obstáculo à subtração da coisa, para as perícias de laboratórios, para o reconhecimento de escritos e para o exame do local do incêndio. Prescreve, ainda, regras para a avaliação das coisas destruídas com o crime. As perícias que não constituem o exame de corpo de delito, no entanto, apenas serão deferidas se foram necessárias ao esclarecimento da verdade (art. 184 do CPP). Essas autorizadas serão realizadas obedecendo ao disposto no art. 159 do CPP, através de um perito oficial, com a intervenção das partes e do ofendido, podendo estes indicar assistente técnico. As perícias de maior complexidade, que exigem conhecimentos em mais de uma área do saber técnico e científico, poderão ser levadas a efeito por mais de um perito oficial como disposto no art. 159, §7º, do CPP (MACHADO, 2010, p. 471).

Com o advento da Lei n. 11.690/2008, passou-se a admitir, no processo penal, a figura do assistente técnico, até então desconhecida. Ainda que o §3º do art. 159 do CPP mencione que o ofendido possa formular quesitos e indicar assistente técnico, não se vislumbra a sua ocorrência de modo processual. Para que a vítima atue no processo é necessário que esteja devidamente habilitada como assistente da acusação, postulando em juízo por intermédio de seu advogado. Do contrário, não detém capacidade postulatória e não haverá meios de, no processo, requerer nada. Com a possibilidade de indicação de um assistente técnico, o material probatório que foi utilizado na perícia será disponibilizado, mediante requerimento das partes, para que o assistente examine e desenvolva seu parecer. Esse material deve ser disponibilizado no órgão oficial e na presença do perito oficial (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 680-681). Esse cuidado é essencial para a conservação dos vestígios evitando sua destruição, manipulação

indevida, uso inadequado, entre outras possibilidades. Com a nomeação do perito, cabe a ele estabelecer o local em que o assistente técnico terá acesso ao material periciado.

Objeto contemporâneo de debate no campo processual penal brasileiro é o da coleta de material genético como instrumento de identificação criminal previsto na Lei n. 12.654/2012. O diploma estabelece a extração compulsória desse material e o tema é alvo do Recurso Extraordinário (RE) 973837-STF que questiona a constitucionalidade da coleta compulsória de DNA dos condenados por crimes violentos ou hediondos com o objetivo de manter banco de dados estatal com material genético. O tema divide a doutrina e o assunto é alvo de debates tanto nacionais quanto internacionais. Orbitam ao redor da temática uma série de elementos como, por exemplo, o respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere* que estabelece o direito de não se produzir provas contra si mesmo. Nosso entendimento é o de que há de ser declarada a inconstitucionalidade da norma. Os princípios liberais de um Estado Democrático de Direito Material restariam maculados de maneira grave caso exista a permissão de, por parte do Estado, se proceder de maneira compulsória e contrária a vontade do cidadão a coleta de seu material genético para armazenamento de qualquer finalidade.

Os mandamentos de eficiência que hoje atuam na política criminal que fomenta as alterações dentro do processo penal nacional são bem-vindos e atualizam uma série de elementos, flexibilizando algumas garantias que não mais correspondiam às necessidades atuais. No entanto, essa flexibilização deve encontrar limites como é o caso do princípio supracitado. Um equilíbrio há de ser buscado para que o processo penal detenha maior eficiência, mas sem se proceder uma completa reinterpretação de elementos basilares de nossa estrutura garantista. Em outras palavras, se existe a necessidade de se adequar a estrutura garantista para a sociedade complexa do Séc. XXI, essa deve ser realizada de modo ponderado e apenas onde realmente exista essa necessidade, com o intuito de se evitar uma completa descaracterização do modelo acusatório e do respeito ao valor da dignidade humana em nome de uma Defesa Social.

II – Jurisprudência.

A análise da Súmula 361-STF é necessária:

Súmula 361-STF: “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão

Como estabelecido normativamente, no caso de falta de perito oficial, o deve ser realizado por duas pessoas idôneas e com respeito aos demais requisitos. A súmula não se aplica a peritos oficiais, como demonstra o julgado do Habeas Corpus 115.530-PR da 1ª Turma do STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DE USO E POSSE DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290). ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL MILITAR (LEI N. 8.457/92). IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE GARANTIAS PRÓPRIAS E IDÔNEAS À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. SIMETRIA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CRIMINOSO. COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO POR LAUDO PERICIAL SUBSCRITO POR UM ÚNICO PERITO. VALIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 361 DO STF. PERITO OFICIAL. PRECEDENTES. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528). ORDEM CONCEDIDA. 1. A Lei nº 8.457/92, ao organizar a Justiça Militar da União criando os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição da República ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porquanto assegura a seus respectivos membros garantias funcionais idôneas à imparcialidade do ofício judicante, ainda que distintas daquelas atribuídas à magistratura civil. 2. **O Enunciado nº 361 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal não é aplicável aos peritos oficiais, de sorte que, na espécie, exsurge válido o laudo pericial assinado por um só perito da Polícia Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 95595, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010. HC 72921, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 21/11/1995).** 3. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, sendo certo que tal prática, benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput).

Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011). 4. In casu, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército (5ª CJM) rejeitou, 27/02/2012, o requerimento da defesa quanto à realização do interrogatório do paciente ao final da sessão de julgamento, negando aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, o que contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem de habeas corpus concedida para anular os atos processuais praticados após o indeferimento do pleito defensivo e permitir o interrogatório do paciente antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense.

Jurisprudência de interesse na questão da perícia é a estabelecida na 5ª Turma do STJ por ocasião de Agravo Regimental no Habeas Corpus 477884-SP:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. APREENSÃO DE APARELHO CELULAR E CHIP NA UNIDADE PRISIONAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA NOS OBJETOS ENCONTRADOS. DESNECESSIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A pretendida absolvição da falta grave (apreensão de aparelho celular e "chip", inseridos na unidade prisional pela visitante do preso), em razão da atipicidade da conduta do paciente e da ausência de perícia nos objetos encontrados são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional. Precedentes. 2. **"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que é prescindível a perícia do aparelho celular apreendido para a configuração da falta disciplinar de natureza grave"** (HC 466.108/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 03/12/2018). 3. Agravo regimental desprovido

Observa-se que na fase de execução da pena a perícia é prescindível para que se configure falta disciplinar de natureza grave. Isso demonstra o que a doutrina já expõe no sentido de que a perícia, apesar de meio probante importante, pode ter sua atuação flexibilizada a depender do caso que se apresenta.

Ainda no interior do interessante tema sobre a perícia no processo penal, mostra-se desnecessária a realização de perícia para a identificação de voz captadas em interceptações telefônicas, salvo quando houver dúvida plausível que justifique a medida. Verifica-se a posição da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1136157/GO:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA LEI N. 9.296/1996. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. PRECEDENTE. NECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI N. 9.296/1996. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE DEFERIMENTO DO MEIO PROBATÓRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 5º DA LEI N. 9.296/1996. INDICAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTE. REEXAME DE PROVAS. FUNDAMENTO NÃO INFIRMADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ARTS. 5º, XLVI, E 93, IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUAESTIO AFETA AO STF. FUNDAMENTO NÃO INFIRMADO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE LIMITES LEGAIS MÁXIMOS E MÍNIMOS. QUANTIDADE DE DROGAS. CULPABILIDADE. COMETIMENTO DE CRIME DURANTE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE NÃO INERENTE AO TIPO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PRECEDENTE. NEGATIVAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DIFERENTES ANOTAÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. Agravo regimental improvido

Art. 161. O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora.

Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

Art. 163. Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, da qual se lavrará auto circunstanciado.

Parágrafo único. O administrador de cemitério público ou particular indicará o lugar da sepultura, sob pena de desobediência. No caso de recusa ou de falta de quem indique

a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em lugar não destinado a inumações, a autoridade procederá às pesquisas necessárias, o que tudo constará do auto.

Art. 164. Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime.

Art. 165. Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.

Art. 166. Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

Parágrafo único. Em qualquer caso, serão arrecadados e autenticados todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver.

Os supracitados dispositivos detêm papel de estabelecer limites normativos orientando a realização de alguns procedimentos periciais com o intuito de padronizar certos trâmites.

Com o objetivo de salvaguardar a futura produção de provas no interior do processo penal, o CPP deixa evidente que o exame de corpo de delito ser feito em qualquer dia e a qualquer hora, inclusive feriados, sábados e domingos, antes que desapareçam os vestígios. O estabelecido no art. 162 do CPP de se esperar seis horas para a realização da autópsia visa compreender a possibilidade de morte aparente, evitando o início do procedimento em corpo vivo.

A exumação, elemento tratado no art. 163 do CPP, consiste na retirada do cadáver de sua sepultura para realização de exames complementares quando necessidade de esclarecimento sobre algo relacionado ao caso criminal. São analisados diversos itens, como DNA ou arcada dentária, com o objetivo de elucidar algo, muitas vezes com relação à identidade do cadáver. O art. 164 do CPP visa a preservação dos vestígios com o intuito de se ter maior reprodução em juízo dos dados empiricamente verificados, colaborando com o detalhamento real do ocorrido.

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 1º No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1o, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

§ 3º A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos.

Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

No caso de desaparecimento dos vestígios, o que impossibilita o exame de corpo de delito direto, a prova testemunhal poderá lhe suprir a falta desde que convincente, de maneira a comprovar a materialidade do crime. Caso os vestígios tenham desaparecido por atuação equivocada da autoridade policial, a prova testemunhal não poderá lhe suprir a falta. No caso da necessidade de exame complementar, visando suprir deficiências do primeiro exame em lesões corporais, a prova testemunhal também poderá lhe preencher.

O art. 169 do CPP se orienta no resguardo dos vestígios. Esse resguardo ampliou-se com a inserção da Cadeia de Custódia da Prova. Esse instituto foi mais bem analisado em sua estrutura normativa nas considerações acerca do art. 158-A e seguintes. O art. 170 do CPP também resta complementado pela Cadeia de Custódia, estabelecendo a guarda do material que foi alvo da perícia. Detalhamento interessante é o de que no caso de substância entorpecente deve ser mantido amostras e que, no silêncio da legislação acerca do prazo para manutenção desse material, entendemos que há de ser conservado até a extinção da punibilidade do agente.

REFERÊNCIAS

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Ainda sobre o arquivamento do inquérito policial na lei “anticrime”. In: **Conjur**, 5 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/academia-policia-ainda-arquivamento-inquerito-policial-lei-anticrime>. Acesso em 04/02/2020.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo. Ano 28. Nº 331 – JUN/2020.

Disponível em: https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441#_edn5 Acesso em 01/02/2020.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

CAPÍTULO II – DO EXAME DE CORPO DE DELITO, DA CADEIA DE CUSTÓDIA E DAS PERÍCIAS EM GERAL

André Nino da Silva¹
(arts. 171 ao 184)

Art. 171 Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

A destruição, o rompimento de obstáculo e a escalada são elementos que qualificam o crime de furto e por conseguinte, funcionam como vetor de aumento de pena. É sabido que para que haja o reconhecimento da qualificadora do crime, deve haver a demonstração da ocorrência desta qualificadora através de exame de corpo de delito (art. 158 do CPP), já que deixam vestígios.

Sobejam nos nossos Tribunais decisões em que se demonstra a necessidade da comprovação da ocorrência da qualificadora (TJMG – Apel. nº 1.0701.18.010903-8/001 – Comarca de Uberaba; decisão em 29/05/2020)

Há que se considerar ainda que os peritos deverão descrever os vestígios que encontraram no local de interesse processual, bem como apontar, se possível, quais foram os instrumentos e os meios que presumem ter sido praticado o fato.

Cabe destacar que houve importante alteração no Código de Processo penal com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime), o qual teve como mote o “aperfeiçoamento” da legislação penal e processual penal. Dentre as alterações ocorridas no Código de Processo Penal, destacamos o artigo 158 – C, § 1º do CPP, o qual determina que o Órgão oficial de perícia de natureza criminal é o responsável para detalhar a maneira como foram tratados os vestígios, tudo a fim de demonstrar a

¹ Graduado pela Universidade Anhanguera (2006)

Pós-Graduado pela Escola Superior da Advocacia – ESA - Direito Penal, Processual Penal e Criminologia; Pós-graduado pelo IPOG – Instituto de Pós-graduação - Curso: Perícia Criminal & amp; Ciências Forenses. Presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas OAB/SP 116ª Subseção Jabaquara/Saúde (2013/2015 – 2016/2018 – 2019/2021). Ex Coordenador do Núcleo de Direitos e Prerrogativas e Ética e Disciplina da CJA Seccional OAB/SP (2016/2017). Palestrante da Comissão OAB vai à escola da OAB/SP 116ª Subseção Jabaquara/Saúde. Conselheiro da 1ª Turma do Conselho de Prerrogativas OAB/SP (2019/2021).

idoneidade dos vestígios, desde a sua coleta, até o seu descarte (art. 158 – B do CPP), a fim de se comprovar a Cadeia de Custódia da prova.

Art. 172 Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime.

Parágrafo único. Se impossível a avaliação direta, os peritos procederão à avaliação por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.

Temos que o exame de corpo de delito, estabelecido como essencial nos casos dos crimes que deixam vestígios (art. 158 do CPP) não pode ser confundido com o laudo avaliativo das coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto de crime (art. 172 do CPP).

No caso do laudo de avaliação de coisas poderá ser realizado indiretamente, se impossível a avaliação direta. Há que se destacar ainda que o laudo de avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produtos de crime não é tido como obrigatórios, sendo necessários somente quando houver força de influir na condenação (crime de bagatela); para a reparação do dano (art. 387, inc. IV do CPP); ou para efeito de recrudescimento da pena (art. 163, § único, inc. IV do CP).

Mesmo não sendo obrigatória a avaliação das coisas, já que esta pode ser substituída pela prova testemunhal (HC nº HC 187399 / RJ, 6ª Turma, Rel. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 25/06/2013), temos que é importante a sua realização, principalmente se aplicável para esclarecimento das circunstâncias relativas a crimes contra o patrimônio, já que a pequena monta pode ser utilizada como vetor de redução da pena ou aplicação somente de multa (art. 170 do CP); (art. 171, § 1º o CP); (art. 175, § 2º do CP); (art. 180, § 5º do CP).

O TJSP já decidiu que na falta de auto de avaliação poderá aplicar-se o privilégio constante no art. 155, § 2º do CP, quando o valor do bem, por dedução, é de pequena monta (Emb. Infr. nº 0040915-17.2012/50000).

Art. 173 No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

Entendemos que a necessidade de realização do exame de constatação da causa e os danos causados por incêndios estão umbilicalmente ligados à finalidade de demonstração da maneira como ocorreu o incêndio, a fim de se demonstrar se o incêndio se deu por acidente, culpa ou dolo, e daí aferir-se a culpabilidade, bem como se houve crime (art. 250 do CP), bem como a sua extensão danosa, ou ainda como fator de qualificação de crime de homicídio (art. 121, § 2º, inc. III do CP).

Temos que o laudo deve seguir *ipsis literis* o que descreve o enunciado do presente artigo, ou seja, deve descrever a causa e o lugar que houver começado o incêndio, o perigo gerado à vida ou o patrimônio alheio, a extensão do dano bem como o valor patrimonial perdido em decorrência dos danos (TJSP – Apelação nº 0001098-39.2012.8.26.0280).

Art. 174 No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

No caso do exame grafotécnico, à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si) o investigado/suspeito/indiciado não será obrigado a fornecer o padrão gráfico para comparação com o padrão contestado, e, portanto, sua negativa também não poderá ser considerada como delito de desobediência (Art. 5º, inc. II da CF/88).

Entretanto, a autoridade poderá requisitar documentos já existirem em arquivos e/ou estabelecimentos públicos que reconhecidamente tenham sido lançados de próprio punho pelo(a) investigado/suspeito/indiciado, sem que isso seja considerada prova ilícita.

Nesse caso é necessário trazer à lume a “fonte independente de prova”, segundo

a qual baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal. Fonte da prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada (PACELLI; 2011, p. 364).

Art. 175 Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

Quis o legislador dar maior preponderância à demonstração probatória quanto a eficácia dos instrumentos utilizados para a prática de determinados delitos, assim, resta necessário que haja exame pericial dos instrumentos utilizados na prática de alguns delitos.

O artigo 6º do CPP já prevê que a autoridade policial, ao tomar conhecimento da prática de uma infração penal deverá (...) II apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais.

Na lição de TOCHETTO (1999, p. 333) é aconselhável a realização do exame de eficiência da arma de fogo.

Entendemos que essa necessidade somente pode ser imposta nos casos em que para a ocorrência do crime haja a necessidade do efetivo funcionamento da arma de fogo (ex. homicídio praticado por disparos de arma de fogo). Entretanto, nos casos onde o efetivo funcionamento da arma de fogo seja necessário para o cometimento do crime, cremos ser desnecessário o exame pericial para se atestar o funcionamento da mesma (ex. porte ou posse legal de arma – art. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/03) (Habeas Corpus nº 103.359/RS, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, v.u., j. 17.04.2012)

Art. 176 A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

O artigo em comento está em pleno alinhamento com o que dispõe o artigo 7º, inciso XXI, alínea ‘a’ da Lei nº 8.906/94 (EAOB).

Em que pese não vigir o contraditório durante a fase do inquérito policial, o nosso posicionamento é no sentido de que as partes poderão sim apresentar razões,

provas e quesitos durante esta fase, cristalizando o contraditório diferido.

O advogado tem importante papel nessa fase que antecede os atos processuais propriamente ditos, sendo revestida de verdadeira garantia fundamental em defesa dos interesses do cidadão (art. 5º, LXIII da CF/88).

As provas documentais podem ser juntadas durante a investigação, por iniciativa do investigado ou do advogado, antes do oferecimento da denúncia (cf. 14 do CPP e artigo 7º, XXI da Lei 8.906/94, alterada pela Lei 13.245/16). Assim, a autoridade judicial, se entender que os elementos probatórios angariados na fase pré-processual são aptos para fundamentar uma decisão absolutória, poderá fazê-lo segundo o princípio do *favor rei*, por turno do momento em que for analisar a denúncia ofertada pelo representante do Ministério Público, ou quando da análise da queixa-crime, pois é nessa fase que o juiz analisa as condições de procedibilidade da ação.

Neste cotejo, entendemos que o magistrado poderá rejeitar a denúncia ou queixa, por falta de composição dos elementos de procedibilidade da ação, ou se verificar que as provas pré-constituídas pela defesa são suficientes para absolver o acusado, o absolverá antecipadamente, nos moldes em que explicita a Teoria da Causa Madura, segundo o que dispõe o artigo 332 do CPC c.c art. 3º e 395 e seus incisos do CPP, e em razão do princípio do *favor rei*, no momento do recebimento da denúncia ou queixa, lembrando que o juiz está proibido de condenar com base somente nas provas produzidas durante a instrução processual, mas o contrário não se aplica.

Há que se aclarar que as provas produzidas durante a fase investigativa, muito embora não sejam produzidas sob o crivo do contraditório, a sua deficiência poderá acarretar em nulidade processual por ilicitude das provas produzidas na fase pré-processual (Precedentes citados do STF: HC 69.912-RS, DJ 26/11/1993; RE 201.819-RS, DJ 27/10/2006; do STJ: HC 100.879-RJ, DJe 8/9/2008, e HC 107.285-RJ, DJe 7/2/2011. HC 149.250-SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), julgado em 7/6/2011. 5ª Turma. Informativo 476.)

Art. 177 No exame por precatória, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juiz deprecante.

Parágrafo único. Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória.

Quanto houver a necessidade de realização de exames em Comarca diversa, ficará à cargo do juízo deprecado, a nomeação dos peritos. No caso, as partes deverão serem intimadas da expedição da carta precatória para, querendo, apresentarem quesitos, os quais deverão serem transcritos na precatória.

Há a possibilidade ainda de as partes comporem acordo para que a nomeação dos peritos seja feita pelo juízo deprecante, porém, as partes, por força do que dispõe o artigo 276 do CPP, não poderão intervir na nomeação do perito.

Art. 178 No caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelos peritos.

O artigo 158 do CPP estabelece que quando o crime deixar vestígios, haverá a obrigatoriedade de realização de exame de corpo de delito. Referido exame deverá ser requisitado pela autoridade, que fará breve pedido endereçado ao diretor do Instituto responsável por realizar a perícia. Após a realização da perícia, o laudo deverá ser juntado ao processo.

O exame pericial deverá ser realizado por perito oficial, portador de diploma de curso superior, não podendo suprir diploma por curso técnico ou equiparado.

Art. 179 No caso do § 1º do art. 159, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade.

Parágrafo único. No caso do art. 160, parágrafo único, o laudo, que poderá ser datilografado, será subscrito e rubricado em suas folhas por todos os peritos.

Quando não houver a figura do perito oficial, o exame poderá ser realizado por duas pessoas idôneas, que detenham conhecimentos técnicos na área específica. Há a determinação ainda que essas duas pessoas sejam portadoras de diploma em curso superior.

Com o advento das tecnologias e a digitalização dos processos e dos laudos, tais documentos poderão ser assinados digitalmente por todos os peritos.

Art. 180 Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.

Aury Lopes Jr. alerta que “Além da possibilidade de nomear assistente técnico, que elaborará um parecer sobre a perícia oficial realizada, nada impede que a parte interessada recorra a “peritos particulares” (ou seja, profissionais que possuam conhecimento técnico naquela área, mas que não sejam peritos oficiais ou nomeados pelo juiz) para fazer uma contraprova pericial. Assim, os “peritos particulares” poderão emitir pareceres técnicos que serão juntados ao processo (como prova documental), para serem avaliados pelo juiz. Com isso, havendo contradição entre a perícia oficial e a contraperícia particular, poderá o juiz determinar a realização de uma nova perícia (com outros profissionais) que dê conta das contradições apontadas, ou, ainda, aplicar o princípio do in dubio pro reo naquela matéria controvertida.” (Direito Processual Penal; 16ª Ed.; 2019; p. 526).

É faculdade da autoridade judicial mandar realizar novo exame, por outros peritos quando houver divergência do terceiro perito no caso em que se de divergência entre os dois primeiros peritos. A faculdade se dá por força do que dispõe o artigo 182 do CPP, já que o juiz não fica adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, ou optar por um deles.

Art. 181 No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

O magistrado, quando entender que houve alguma inobservância de formalidade, e, nos casos de omissões, obscuridades ou contradições, poderá mandar perito ou peritos suprir a formalidade ou complementar ou esclarecer o laudo. Se acaso houver relevantes falhas, ao ponto de comprometer o processo ou tornar o laudo imprestável, a autoridade judiciária poderá determinar que seja realizado outro exame por outros peritos (TRF- 4 – HC nº 5038618-76.2020.4.04.0000).

Art. 182 O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

É certo, pelo sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o juiz não está adstrito ao laudo para se convencer, entretanto, rejeitando o laudo, deverá, motivadamente, justificar a sua recusa, total ou parcial.

Fato é que há as chamadas provas tarifadas, essas, por sua vez, não dão o condão de sua rejeição, como no caso do exame de corpo de delito e laudo toxicológico.

Leciona Guilherme de Souza Nucci que “*livre convicção*: é o método mais flexível, concentrando-se a força maior de avaliação na figura do juiz.” (NUCCI, 2015, p. 23)

Entretanto, o Código de Processo Penal, a nosso ver, adota um sistema híbrido quanto a valoração da prova, devendo o magistrado fundamentar as suas decisões (art. 93, inc. IX da CF/88), mesmo quando rejeita o laudo.

Há ainda as provas legais, as quais, segundo NUCCI, “... é o método mais limitado, ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando que o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar.” (NUCCI, 2015, p. 23)

À nós, parece-nos mais acertada a lição de Guilherme de Souza Nucci, o qual esclarece que “*persuasão racional*: é o método misto, parcialmente vinculado, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, que encontra, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX), significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com o seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.” (NUCCI, 2015, p. 23)

Desta maneira, o juiz poderá rejeitar o laudo, no todo ou em parte, porém, deverá, necessariamente, fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade (art. 564, V do CPP).

Art. 183 Nos crimes em que não couber ação pública, observar-se-á o disposto no art. 19.

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

Melhor detalhamento vide comentários ao artigo 19.

Art. 184 Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

O artigo 184 do CPP reforça a necessidade do exame de corpo de delito, ao dispor que, “salvo em caso de exame de corpo de delito”, o juiz ou a autoridade policial poderá negar a perícia requerida pelas partes. (STJ: “(...) O juízo valorativo acerca da necessidade ou não da produção da prova pertence ao magistrado, conforme disposição contida no artigo 184 do Código de Processo Penal. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido (AgInt no RHC 62.463 – RJ, 6.^a T., rel. Antonio Saldanha Palheiro, 09.03.2017, v.u.)

Na lição de Eugênio Pacelli, “Regra geral em processo penal é que cabe ao juiz indeferir as provas manifestamente impertinentes ou que sejam mera repetição de outras já realizadas, nos precisos termos do disposto no art. 400, § 1º do CPP.” (Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência; 2018p. 412)

Fato é que o juiz deverá verificar a necessidade ou não da realização da perícia requerida pelas, e, após, se entender que impertinentes ou protelatórias, poderá indeferi-las, sem que com isso se configure o cerceamento de defesa. (TRF-5: “Nos termos do art. 184 do CPP, não há cerceamento de defesa a ser reconhecido quando há o indeferimento de perícia judicial, que não se mostra necessária ao esclarecimento da verdade. 5. Apelação criminal a que se nega provimento” (Ap. Crim. 15366 – AL, 1.^a T., rel. Élio Wanderley de Siqueira Filho, 11.01.2018, v.u.)).

CAPÍTULO III – DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

André Luiz Valim Vieira²
(arts. 185 ao 200)

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

² Advogado. Graduado em Direito pela UNIP – Universidade Paulista. Pós-graduado em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal pela UNIRP – Centro Universitário de Rio Preto. Especialista em direito penal, execução penal e processo penal

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.

§ 10º Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

O interrogatório é um dos atos processuais que confere ao acusado, sobretudo a oportunidade de se manifestar, na presença de um juiz, sobre todos os fatos a ele imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação. É, em verdade, o momento que se atende o contraditório e a ampla defesa, corolário do devido processo legal. Perceba-se que, embora, em alguns procedimentos, ainda persista a previsão de sua efetivação nos termos iniciais do processo (por exemplo, no procedimento relativo aos crimes de drogas, conforme art. 57 da Lei 11.343/2006), STF e STJ firmaram entendimento no sentido de que a efetivação do interrogatório nos termos dos arts. 400 e 411 do CPP, vale dizer, como último ato da instrução, deve ser aplicada a todos os procedimentos criminais, inclusive aqueles que, previstos em leis especiais, contemplem sua realização antes da produção da prova testemunhal (AVENA, 2020, p. 1093). Isso se aplica igualmente ao processo penal de competência originária dos tribunais superiores (STF, AP nº. 528) quanto ao processo penal militar (STF, HC nº. 127.900). O interrogatório na moderna concepção processual ressignifica o acusado como sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa (PACELLI, 2017, p. 199). Para Nestor Távora “o interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa” (TÁVORA, 2017, p. 676). O interrogatório somente poderá se realizar em havendo a presença de defensor, constituído ou nomeado, não se admitindo sua realização sob pena de nulidade absoluta sem a defesa técnica. Embora o interrogatório seja nulo se não houver a presença do defensor não tem o mesmo desiderato se realizado sem a presença do Ministério Público. Logo, é possível a realização de interrogatório judicial sem a presença do órgão acusador caso

tenha havido a correta intimação e comunicação ao titular da ação penal. O interrogatório constitui ainda ato processual bifásico: onde ocorrem os questionamentos sobre primeiramente sobre a pessoa do acusado; e, em seguida, sobre os fatos a ele imputados.

Independente da forma como se realizará o interrogatório – se presencial ou virtual – o direito de o acusado ter entrevista reservada com o seu dever é um dos postulados de legalidade e do devido processo legal. “É o momento em que se assegura orientação técnica efetiva ao interrogado, para que ele tenha conhecimento da finalidade do ato, como se comportar, qual o papel dos presentes, quais as suas alternativas” (TÁVORA, 2017, p. 682).

Súmulas / Jurisprudência: STJ, 6ª Turma, RHC 17.679/DF, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 20/11/2006; STF, 1ª Turma, RE 459.518/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 018 31/01/2008;

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas
Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O direito ao silêncio e de permanecer calado no interrogatório constitui direito fundamental do acusado que deve, conjuntamente com a defesa, averiguar sua prática ou convencionalidade. Obrigatoriamente, deve-se possibilitar ao réu o seu exercício mediante comunicação expressa da autoridade interrogante desse direito. O direito ao silêncio garantia fundamental conhecida como “aviso de Miranda” ou “*Miranda Wright*” precedente este nascido em julgamento da Suprema Corte Norte-Americana (BIFFE JR, 2017, p. 25) em que se firmou o entendimento de que o acusado deve ser informado dos seus direitos entre eles o de permanecer em silêncio: tanto na fase investigativa como na fase judicial. O direito ao silêncio, portanto, envolve um conjunto de possibilidades e direitos do acusado que pode permanecer em silêncio não respondendo as perguntas que lhe são formuladas – não podendo este silêncio ser interpretado em seu desfavor – bem como a responder parte ou apenas algumas das questões formuladas no interrogatório. Cabe ressaltar que que acusa ainda tem o direito de responder escolher responder somente as perguntas formuladas pelo seu defensor.

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

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

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

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

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

IV - as provas já apuradas;

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

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

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

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

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Antes das alterações impostas pela Lei n. 10.792/2003, era possível a realização do interrogatório sem a presença de defensor, e não havia qualquer possibilidade jurídica de intervenção das partes que legitimasse a formulação de perguntas ou qualquer questionamento (MARCÃO, 2015, p. 358). O interrogatório enquanto meio de defesa não possui limite temporal ou quantitativo de questionamentos. Após ter havido o interrogatório com a realização de perguntas pelo julgador, pela acusação e pela defesa deverá haver a indagação sobre a existência de fatos a ser esclarecidos. O critério referencial para a realização de perguntas é se o questionamento é pertinente e relevante. A pertinência consiste na adequação entre a pergunta e o objeto processual quanto à apuração dos fatos. A relevância condiz com o grau de importância e interesse do questionamento como elemento probatório significativo. A definição quanto à pertinência e relevância representa poder discricionário do magistrado, devendo coibir perguntas tendentes a constranger o réu, provoca-lo a confessar ou forem inadequadas ao caso (NUCCI, 2013, p. 450).

Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.

No exercício de seu direito de defesa no interrogatório o réu pode negar a acusação ao qual lhe é imputada, na totalidade ou apenas partes ou fragmentos dela, não importando em reconhecimento ou confissão do restante. Sem prejuízo da defesa técnica realizada pelo defensor o acusado no interrogatório tem a possibilidade de prestar esclarecimentos e indicar a realização de provas, pois, “o acusado poderá prestar os esclarecimentos que entender cabíveis, e inclusive indicar provas, o que constitui nítida e virtuosa possibilidade de manifestação da autodefesa” (MARCÃO, 2017, p. 360).

Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

Em havendo a confissão por parte do réu ou acusado quanto à autoria da infração penal ao qual é imputado haverá o questionamento sobre os motivos e circunstâncias do fato ou dos fatos. A legislação prevê ainda a possibilidade de o réu realizar a confissão delatatória imputando a autoria do fato outras pessoas e quanto contribuíram para a ocorrência.

Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente

Quando houver uma pluralidade de réus o interrogatório deverá ser realizado separadamente um dos demais. A lógica do sistema processual é evitar que a narrativa de um determinado acusado não tenha influência no interrogatório dos demais de modo a poder realizar qualquer influência, ameaça ou modificação dos fatos por mera indução para agregar o depoimento de um dos corréus ao dos demais. O interrogatório em separado pode ser realizada na mesma audiência e dia ou em outro momento desde que a medida se mostre necessária e seja devidamente fundamentada.

Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;
II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;
III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

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

Art. 193. Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete.

Art. 194. Se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador.

Artigo revogado pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003

Art. 195. Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo.

O réu ou acusado quando interrogado responderá as perguntas que lhe são realizadas de forma verbal reduzidas a termo. Após o interrogatório, contudo, deverá o interrogado – juntamente com a sua defesa – proceder à leitura do interrogatório transcrito, propondo eventuais correções ou alterações e, ao final, assinando o termo. Caso o acusado interrogado não puder, por causa permanente ou transitória, assinar ou se recusar à realização da assinatura o fato deverá ser consignado no termo de audiência.

Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

A realização do interrogatório não determina a preclusão do ato processual podendo ser novamente realizado por iniciativa do julgador ou mediante pedido fundamentado de qualquer das partes do processo. A realização de um novo interrogatório pressupõe, entretanto, o não encerramento da fase processual e a possibilidade de nova arguição do acusado igualmente sob o crivo do contraditório e ampla defesa. “É certo que a lei diz que o juiz poderá proceder a novo interrogatório,

o que indica simples faculdade, mas é evidente que, se justificada a postulação, trata-se de um poder-dever, inclusive em homenagem ao princípio da verdade real” (MARCÃO, 2015, p. 363).

CAPÍTULO IV – DA CONFISSÃO

André Luiz Valim Vieira³

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe, compatibilidade ou concordância.

A confissão quando o processo penal se orientava por critérios inquisitivos e ditatoriais era considerada a “rainha das provas”. Buscava-se a confissão por parte do réu como elemento mais importante do processo. Muitas vezes para esse intento eram utilizadas ameaças, violência ou coações psicológicas assemelhadas à realização de tortura. Na moderna sistemática processual penal, em que o processo deve ser orientado pelos respeitos aos direitos e garantias constitucionais bem como àqueles direitos e prerrogativas previstos em tratados e convenções internacionais a confissão deve ser aferida como um dos muitos elementos de prova. A confissão é entendida como a “aceitação por parte do acusado da imputação da infração penal, perante a autoridade judiciária ou policial (LIMA, 2020, p. 759). Pode ela ser realizada judicialmente ou extrajudicialmente; simples ou qualificada; ser confirmatória ou delatória a outrem. O simples fato de ser realizada pelo réu, por si só, mostra-se insuficiente à condenação e sua veracidade, validade e eficácia deve ser balizada por outros elementos probatórios e por critérios lógico-cognitivos do julgador. A confissão deve ser sempre expressa. Não se admite confissão tácita. Nem mesmo o silêncio pode ser interpretado ou considerado como confissão. A confissão, como elemento probatório, representa um direito do acusado. É, por assim dizer, “mais um elemento

³ Advogado. Graduado em Direito pela UNIP – Universidade Paulista. Pós-graduado em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal pela UNIRP – Centro Universitário de Rio Preto. Especialista em direito penal, execução penal e processo penal

na axiologia probatória” (LOPES JR, 2020, p. 725) de todo o conjunto do processo penal Assim, em havendo confissão esta deve ser confrontada e balanceada com os demais elementos probatórios inclusive quanto à sua integridade, espontaneidade, compatibilidade e concordância. A confissão é considerada ainda como um ato processual personalíssimo: somente o réu ou acusado pode fazê-lo; retratável, em que se pode retificar ou pedir sua desconsideração, retratando-se; e, divisível, em que o acusado ou réu apenas confessa parte dos fatos ou acusações ou manifesta-se de forma a concordar com determinadas afirmações ou cominações, discordando de outras.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

O silêncio do réu ou acusado mais do que um direito consiste, pois, em uma garantia fundamental inerente à existência humana. Está previsto de modo expreso no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, integrando o rol de direitos e garantias fundamentais. O silêncio consiste, assim, em uma escolha livre e consciente do acusado cujo exercício e utilização não podem ser utilizados como critérios negativos ou representar confissão. Ainda quanto à confissão a maioria da doutrina considera o direito ao silêncio como semelhante ao princípio da não-autoincriminação. Este último encontra previsto no art. 8º, 2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos e expressa a garantia do acusado de não depor contra si mesmo e nem se declarar culpado. Para muitos é, portanto, o moderno entendimento do termo em latim: “*nemo tenetur se detegere*”. Há de se destacar que embora em plena vigência este artigo 198 do Código de Processo Penal sua última parte, contudo, não se encontra recepcionada pela nova ordem constitucional. O processo penal democrático com respeito aos direitos fundamentais erigidos pela Constituição Federal de 1988 é incompatível com a ordem legal de que o silêncio do acusado poderia constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Como se mostra, a parte *in fine* do referido dispositivo não foi recepcionada estando, pois, como inexistente no ordenamento jurídico que preza pelo devido processo legal.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

A confissão representa um direito do réu e pode ser expressada em qualquer momento processual, embora seja no interrogatório o lustro temporal e processual de que dispõe a parte para produzir as provas e demais elementos que servirão às teses e argumentos de defesa do acusado. A confissão por ser ato personalíssimo pode então ser feita no interrogatório, porém, mostra-se cabível em qualquer fase processual. Se realizada em outro ato processual que não o interrogatório, obrigatoriamente, para ter validade deverá ser realizada de modo expreso por temo nos autos do processo penal. Desse dispositivo se extrai a obrigatoriedade de não poder ser considerado judicialmente como confissão a mera admissão de culpa ou de realização de qualquer fato criminoso quando não realizado perante autoridade competente ou mediante termo nos autos.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

A confissão em sendo realizada, seja ela simples ou qualificada, parcial ou total é sempre e a todo momento processual retratável. Logo, é possível que haja a retratação do seu emitente devendo, pois, ser desconsiderada como elemento probatório em havendo a retratação. Prevê ainda a legislação processual que a confissão é divisível podendo o acusado ou réu confessar apenas parte ou parcialmente os fatos que lhe são imputados conforme seu desejo pessoal e a conveniência da defesa criminal. A confissão em sendo realizada prevê ao acusado ou réu o benefício desta como circunstância atenuante (art. 65, III, “d” do Código Penal). O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que o réu ou acusado têm direito à atenuante quando a confissão é utilizada como elemento de convicção do fato delituoso pelo julgador.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Método, 2020.

BIFFE JR, João; LEITÃO JR, Joaquim. **Concursos Públicos: Terminologias e Teorias Inusitadas**. São Paulo: Método, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 08 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal Comentado**. Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador, Juspodivm, 2017.

CAPÍTULO V – DO OFENDIDO

Paulo Murilo Gomes Galvão¹
(arts. 201 A 211)

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

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

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

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

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

No Processo Penal, o ofendido é a própria vítima, o sujeito que sofre com a violação da norma. Ele, ofendido ou vítima, não se confundem com a testemunha.

Consoante magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho (1997), a testemunha “é um terceiro desinteressado que comparece em juízo para externar suas percepções sensoriais; aquele (ofendido) é o sujeito passivo da infração, terceiro interessado”.

Como veremos, ofendido (vítima) e o réu não prestam compromisso e nem estão obrigados a falar a verdade. Aliás, o compromisso está jungido a tema ligado a parte da testemunha. Assim, não cometem eles crime de falso testemunho (art. 342 do CP). Todavia, pode o ofendido (vítima) responder por crime de denunciação caluniosa (art.

¹ professor titular de Direito Penal, autor de livro. É graduado em Direito pela FMU – SP, pós graduado pela Universidade de Franca (Especialidade em Direito Penal e Processo Penal). Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto e Advogado.

339 do CP) quando der causa a alguma investigação policial ou judicial contra alguém que o sabe inocente.

A vítima ou ofendido será questionado sobre as circunstâncias do processo, quem seja ou presuma ser o autor da infração. Na prática, as estratégias probatórias ficam por conta dos profissionais de acusação e defesa.

O ofendido pode deixar de comparecer em juízo para ser ouvido? Se houver motivos justificados para isso, sim. Do contrário, poderá ainda ser conduzido coercitivamente à presença da autoridade.

O art. 201, § 2º dispõe sobre a ciência a vítima dos atos processuais, principalmente os relativos ao ingresso e saída do acusado a prisão, inclusive se assim o preferir por meio eletrônico.

Afirma a lei que antes do início da audiência, será reservado espaço separado para o ofendido.

Havendo necessidade, poderá o juiz encaminhar a vítima a atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. Parte da doutrina afirma que em homenagem ao princípio do estado de inocência, tais despesas não podem ser suportadas pelo acusado antes do trânsito em julgado.

Por fim, poderá o magistrado tomar qualquer providência no sentido de proteger a intimidade e a vida privada do ofendido. Assim, pode e deve determinar o segredo de justiça dos autos, tudo no sentido de evitar a exposição da vítima aos meios de comunicação.

CAPÍTULO VI – DAS TESTEMUNHAS

Paulo Murilo Gomes Galvão²

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

² professor titular de Direito Penal, autor de livro. É graduado em Direito pela FMU – SP, pós graduado pela Universidade de Franca (Especialidade em Direito Penal e Processo Penal). Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto e Advogado.

A origem etimológica da palavra testemunha deriva do latim *testari*, mostrar, confirmar algo.

Partindo do pressuposto de que qualquer pessoa pode presenciar uma cena delituosa, já que esta não tem dia nem hora para acontecer, a lei permite que qualquer pessoa pode ser testemunha, razão pela qual não há nenhuma restrição quanto a capacidade de depor.

Porém, vamos ver posteriormente que essa regra, aliás, como qualquer outra, não é tão absoluta assim. Analisaremos tais exceções nos arts. 206 e 207, do CPP.

A prova testemunhal já foi classificada por Malatesta como a “prostituta das provas” quer pela imperfeição inerente ao relato humano, quer pela falsidade tão fácil de verificar ou tão difícil de provar.

Seja como for, qual o valor da prova testemunhal? A verdade é que nenhuma prova possui caráter probatório absoluto. Tal fato, assim como todas as demais provas, devem ser valoradas caso a caso. Muitos motivos podem levar uma testemunha a mentir, deturpar ou distorcer o seu depoimento.

Questão polêmica tem sido o valor probatório dos agentes policiais que participaram dos fatos. Embora não estejam impedidos de depor, deve sim o magistrado tomá-lo com a devida reserva, tendo em vista a tendência natural, psicológica de defender e legitimar as diligências de seu ato. Sobre o assunto já dizia o eminente desembargador Camargo Aranha: “por mais idôneo que seja o policial, por mais honesto e correto, se participou da diligência, servindo de testemunha, no fundo está procurando legitimar a sua própria conduta, o que juridicamente não é admissível. A legitimidade de tais depoimentos surge, pois, com a corroboração por testemunhas estranhas aos quadros da polícia” (ACrim 135.747, oque significa isso ? /Camargo Aranha, *Da prova*, p. 128)

A doutrina costuma classificar a testemunha da seguinte forma: a) direta; b) indireta; c) própria; d) imprópria; e) numerária; f) informante; g) referida; h) antecedentes.

Testemunha *direta* é aquela que depõe sobre o que viu e presenciou (chamada de testemunha de *visu*). Por sua vez, *testemunha indireta* não assistiu ao crime, mas ouviu dizer. *Própria* é a que detém conhecimento sobre fatos do processo (objeto do

litígio). *Imprópria*, é a testemunha estranha aos fatos do delito, tendo participado para atestar a regularidade de um ato (ex: formalidade de um flagrante). *Numerárias* são as arroladas dentro do limite previsto em lei; as que prestam o compromisso de dizer e falar a verdade. *Informantes* não prestam tal compromisso. *Referidas* são as mencionadas por indicação no depoimento de outra. Por fim, testemunha de antecedente são aquelas alheia aos fatos, as quais são chamadas em juízo para confirmar ou atestar a boa índole do acusado.

Características da prova testemunhal: a) oralidade; b) objetividade; c) retrospectividade; d) judicialidade; e) individualidade. Veremos com fôlego tais hipóteses no art. 204.

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Regularmente intimada a testemunha, nasce para ela a obrigação de depor. Poderia se recusar a fazê-lo? Depende. Aliás, já dissemos que em Direito tudo depende. As pessoas elencadas no art. 207 (em razão de função, ministério, ofício ou profissão) poderão se recusar a prestar o depoimento. Fora de tais hipóteses, como, por exemplo, por motivos religiosos ou convicção filosófica, a obrigatoriedade se impõe.

Nesta fase, distingue-se alguns momentos: Inicialmente se indagará sobre questões pessoais do depoente. Na prática, o escrevente em posse dos documentos da testemunha já colhe os dados de que necessita. Em seguida, será ela arguida sobre vínculos de parentesco ou se tem alguma relação com as partes. Por fim, inicia-se o depoimento em si.

A parte pode dispensar a testemunha arrolada? Depende. Se é comum, vale dizer, foi arrolada pela acusação e defesa, vedada a dispensa de uma das partes sem anuência da outra. Todavia, se foi a defesa só quem arrolou o depoente, dele pode dispensar. Evidentemente que o juiz poderá ouvir o depoente se assim entender conveniente, como testemunha do juízo.

Cabe fazer uma ressalva que, antes de a testemunha iniciar o depoimento, o juiz lhe toma o compromisso de se falar a verdade. Consoante magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho (1997), citando Mário Guimarães, o magistrado deve tomar tal compromisso com “delicada austeridade, para que a testemunha sinta estar colaborando com a justiça e que sua omissão ou falsidade poderá levar o juiz a cometer um erro com grave prejuízo para a administração da justiça. Em alguns países o compromisso é tomado de maneira singular: a autoridade solicita à testemunha que, antes de prestá-lo, ponha sua mão sobre a bíblia. Entre nós deve o juiz, após aquela divergência feita com certa austeridade, ler para a testemunha o disposto no art. 342 do CP, fazendo-a entender que sua falsidade poderá implicar a instauração de processo pelo crime infamante de falso testemunho”.

Aproveitando o ensejo, qual o procedimento ideal deve tomar o juiz quando se tem indícios que a testemunha está mentindo em juízo? Quais os parâmetros para se aferir isso? Aqui muita cautela. Alguns juízes possuem o mau hábito de somente confrontar os depoimentos em juízo como os colhidos na polícia. Havendo contradição, passam a fazer investidas austeras contra a testemunha. Até aí, sem nenhum problema se o depoente for apenas alertado.

O que não se pode fazer, em nosso sentir, é entender que o depoente está mentindo porque começa haver disparidade com o alegado na fase policial. Alguns magistrados chegam a ameaçar a testemunha com prisão por falso testemunho. Quem garante que não houve o contrário, vale dizer, que na polícia a testemunha mentiu e em juízo está falando a verdade? No mais a mais, deve-se prestigiar a o depoimento judicial e não o policial. Muitos fatores podem levar a não simetria dos depoimentos colhidos em fase distinta, entre eles, o esquecimento em razão do tempo, além da mentira obviamente.

Assim, percebendo o magistrado que a testemunha tenha tomado um depoimento mentiroso, deve alertá-lo ao depoente das dissonâncias e dizer a este que será investigado eventual crime de falso testemunho, inclusive com cópias ao Ministério Público para eventuais providências. Ato contínuo, importante finalizar a ato. Desta feita, chegamos à conclusão, conforme ensina Rogério Greco, que a prisão em flagrante por crime de falso testemunho só faz sentido quando o depoente, sabendo dos fatos se nega a colocá-los em juízo. Nesse caso específico justifica-se a prisão em

flagrante por falso testemunho (art. 342 do CP), na modalidade “calar a verdade do que sabe”. Chamamos isso em Direito Penal de “crime de reticência”.

Hoje, os depoimentos não são mais ditados pelo juiz. São gravados (voz e imagem) do depoente, fato este mais fidedigno, principalmente pelo tom de voz, aparências visuais modificadas diante de questionamentos polêmicos e até mesmo para que em eventual apelação, possa o Tribunal assistir o mesmo depoimento com riqueza de detalhes.

Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

A oralidade é apenas uma das características da prova testemunhal. São elas: a) oralidade; b) objetividade; c) retrospectividade; d) judicialidade; e) individualidade.

a) *Oralidade*. Como se observa do dispositivo, a testemunha deve fazê-lo de forma oral. Atualmente, a testemunha responde as perguntas do juiz e das partes, as quais falam entre si diretamente, não havendo mais o sistema de reperguntas por intermédio do juiz. Evidente que perguntas capciosas, abusivas, desconexas com as prova dos autos, devem ser repelidas pelo magistrado, o qual deve intervir prontamente. Se for o caso, indagar de quem a argui qual a finalidade de tal questionamento. A regra é a não interferência, porém, excepcionalmente deve se conter os abusos e induzimentos a juízos valorativos.

Conforme já dissemos, o depoimento deve ser oral. Não pode ser lido. Evidentemente, conforme dispositivo do parágrafo único do art. 204, não é vedado à testemunha consultar alguma anotação ou apontamento para não se esquecer de algum fato importante.

Como toda regra tem sua exceção, algumas pessoas poderão prestar seu depoimento por escrito. A previsão está no art. 221, § 1º, do CPP. São os presidentes da Câmara, Senado e do STF.

Obviamente, tratando-se de surdo-mudo, sua inquirição se procederá de acordo com o art. 192, do CPP. Assim, se a testemunha for muda, as indagações lhe são

dirigidas oralmente e por escrito fornecerá sua resposta. Se surdo-mudo o depoente, perguntas e as respostas serão feitos por escrito. Se por ventura, além das anomalias comentadas, não souber ler ou escrever, intervirá no ato tradutor ou interprete habilitado a entender.

b) *Objetividade*. Outra característica da prova testemunhal é a *objetividade*. O depoente não pode fazer juízo valorativo do que pensa ou acha. Deve o juiz intervir quando a testemunha iniciar apreciações pessoais, salvo quando inseparável da narrativa. Ex: “ele vinha correndo feito um louco”. A literatura abre uma exceção para a prova *pericial* quando tal fato exigir um juízo valorativo.

c) *Retrospectividade*. Testemunha não prevê o futuro (pensar que vai ou iria acontecer). Depõe sobre fatos passados.

d) *Judicialidade*. A rigor, a prova testemunhal é produzida em juízo.

e) *Individualidade*. O depoente o presta de forma isolada, individual.

Art. 205. Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

Eventualmente, por diversas razões, pode pairar uma desconfiança sobre a identidade do depoente. O que se deve fazer? Aproveitando que a pessoa a ser ouvida já está ali presente, deve o magistrado lhe tomar o depoimento, porém, certificar-se posteriormente, inclusive comunicando a Autoridade Policial no sentido de se averiguar a real identidade da testemunha. Se por acaso, vier o depoente mentir sobre sua identificação, poderá ser processado por crime de falsa identidade (art. 307 do CP).

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Já tivemos oportunidade de mencionar que a testemunha tem a obrigatoriedade de depor. E se não quiser fazê-lo? Seja por motivos religiosos ou convicção filosófica,

inúmeros motivos podem levar o depoente a querer recusar tal obrigação. Pois muito bem, não poderá fazê-lo. Se for o caso, será conduzido coercitivamente até a autoridade a fim de prestar aquele *múnus*. Se mesmo assim, se recusar a falar, poderá ser preso em flagrante em razão do crime de falso testemunho (art. 342, do CP), na modalidade “calar a verdade do que sabe”, além de responder por crime de desobediência nos termos do art. 219 do CPP.

É bem verdade que a segunda parte do dispositivo contempla a escusa ao direito de depor. São eles: o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado. O depoimento de tais pessoas, com vínculos tão próximos do acusado poderia ser constrangedor e carecer de isenção. Ora, a título de exemplo, qual pai, mãe ou filho, ainda nas entrelinhas, não distorceriam o depoimento vendo alguém da família sentado no banco dos réus? E mais, eventual depoimento falso poderia certamente livrar o testemunhante das garras do Direito Penal, com fundamento na tese de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

Em que pese a possibilidade de algumas pessoas se escusarem na obrigatoriedade de depor, o dispositivo final do art. 206, obriga até mesmo aqueles próximos a prestarem a prova testemunhal, quando por outro modo não for possível o conhecimento dos fatos. Neste caso, fica claro a imperatividade a todas as pessoas indistintamente, tendo em vista que interesse público deve se sobrepor o particular. Sem embargo disso, há inúmeras jurisprudências no sentido de que o interesse familiar é que deve se sobrepor ao público. Seja como for, se a autoridade insistir no depoimento de pessoas próximas, elencadas no art. 206, não lhes serão tomados o compromisso. E mais: muita cautela com o seu conteúdo, pois como dissemos, não se pode esperar que uma mãe, vá, em sã consciência, se ater aos fatos se eles incriminarem alguém de sua família.

Como sabemos, no Tribunal do Júri, se um jurado se nega a participar do conselho de sentença por questões filosóficas ou religiosas, substitui-se um pelo outro, evidentemente com as consequências de estilo. Todavia, na prova testemunhal é diferente. Se Caio sabe dos fatos, não dá para chamar Antônio, daí porque a impossibilidade de troca.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Como já mencionamos, a obrigatoriedade da prova testemunhal é relativa. Além das ressalvas do artigo anterior, onde a testemunha detém a faculdade de depor ou não, salvo se não houver outro meio de obtenção da prova, o dispositivo em tela agora analisado, desobriga certas categorias de pessoas a prestar seu depoimento. Na verdade, estão proibidas de depor, salvo se desobrigada pela parte interessada.

São aquelas cuja profissão impõe a guarda de segredos advindos de profissão, ofício ou ministério. Se inexistisse a confiança de que um segredo pudesse ser revelado, pouquíssimas pessoas o contariam. A propósito, quase todos os estatutos de classes profissionais proíbem a revelação de segredo obtido no exercício ou em razão da profissão, ministério ou ofício. Assim, um padre que ouviu em confissão a autoria de um crime, não pode revelar tal fato. Deputados e senadores também não estão obrigados a depor sobre fatos no exercício do mandato (art. 53, § 6º, da CF).

Já dizia o velho ditado: a culpa pela revelação de um segredo é de quem o confiou. Sem embargo disso, a verdade é que a sua exposição retrata um caráter distorcido e falta de ética, configurando inclusive, a existência de crime para quem revela segredo profissional sem justa causa e disso venha causar dano a alguém (art. 154 do CP).

Confidências reveladas ao advogado, por exemplo, não podem ser expostas sem permissão da parte interessada. Mas, e se o interessado permitir o causídico de contar tais particularidades? Ainda sim, se entender conveniente o sigilo, poderá fazê-lo o profissional. E se antes suas escusas se pautavam na discriminante do estrito cumprimento do dever legal (permitido a particulares também), agora se transmuda num exercício regular de direito, ambas excludentes de ilicitude.

Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Conforme vimos pelo disposto no art. 203, a tomada de compromisso, consiste em advertir a testemunha a prestá-lo de forma verdadeira, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho (art. 342 do CP).

Todavia, presume o dispositivo em tela que os doentes mentais, os menores de 14 anos e os elencados no art. 206 (ascendente ou descendente, afim em linha reta, o

cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado) estarão isentos de prestarem o tal compromisso.

Aos menores de 14 anos e doentes mentais, presume a lei não terem eles desenvolvimento de compreender a consciência de tal compromisso, razão pela qual desfruta de valor probatório relativo, face a imaturidade e imaginação por vezes acentuada. São meros informantes do juízo. Aos parentes elencados no art. 206, a provável falta de isenção de tais pessoas seria o motivo principal. Excepcionalmente, ele pode até ocorrer, mas tal fato não é o que normalmente sucede, até porque o Direito tem em mira o homem médio.

Ademais, um possível crime de falso testemunho contra as pessoas elencadas no art. 206, seria fatalmente atingido pela absolvição em razão da excludente de culpabilidade pela “inexigibilidade de conduta diversa”.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Como se sabe, há no processo momentos próprios de se arrolar as testemunhas. Como regra, a denúncia para o Ministério Público e a defesa na denominada “resposta a acusação” (art. 396 –A, do CPP). As partes podem desistir delas? A princípio sim, só não pode dispensá-la se forem testemunha comum, arrolada por ambas as partes, ou ainda se for testemunha do juízo.

Confere a lei ao magistrado, ouvir outras testemunhas que não aquelas arroladas pelas partes, até porque se o julgamento será proferido por ele, evidentemente precisa estar seguro, tendo em vista que o processo penal não se pode trabalhar com conjecturas, principalmente em decretos condenatórios.

Se por ventura entender o juiz existir uma lacuna, algo não resolvido ou esclarecido poderá suprir tal prova com a oitiva de outras testemunhas. Na prática não é comum, todavia, o momento mais provável de tal fato acontecer será depois de encerrada a instrução, quando então o magistrado durante o momento para o veredito

final, acaba por converter o julgamento em diligência a fim de ouvir outras testemunhas que entender conveniente.

O dispositivo menciona ainda no § 1º, a denominada “testemunha referida”. Normalmente surgem elas casualmente nos depoimentos de outras testemunhas. Se não foram arroladas pelas partes e entender importante para o deslinde da causa, poderá o magistrado ouvi-la.

Pode acontecer de a parte ter arrolado como testemunha determinada pessoa que de nada sabe sobre a causa, completamente alheia aos fatos. Nesta hipótese, diz a lei que tal indivíduo não será considerado como testemunha, fato este que poderá ser requerido sua substituição caso a parte já esteja no limite de pessoas arroladas.

Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

Obviamente, as testemunhas não podem ouvir o depoimento uma das outras. Se tal fosse possível, poderia levá-las a se instruírem mutuamente em razão dos diversos propósitos e interesses.

Por razões óbvias, apenas as partes e o réu poderão ouvir as versões das testemunhas. O réu precisa conhecer pormenores de todas as versões, para ao final, em seu interrogatório, se defender com fôlego.

De fato, não há como impedir que as testemunhas conversem uma com as outras fora do recinto onde o depoimento será colhido. Na prática, as testemunhas ficam sentadas nos corredores dos fóruns esperando sua vez de depor.

Art. 211. Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito.

Parágrafo único. Tendo o depoimento sido prestado em plenário de julgamento, o juiz, no caso de proferir decisão na audiência (art. 538, § 2º), o tribunal (art. 561), ou o conselho de sentença, após a votação dos quesitos, poderão fazer apresentar imediatamente a testemunha à autoridade policial.

De forma bem pragmática, o que deve fazer o juiz quando suspeitar que alguma testemunha está fazendo afirmação falsa, calou ou negou a verdade ? Evidentemente, trata-se muitas vezes de uma apreciação subjetiva. As máximas de experiência ajudarão o julgador. Todavia, diante de uma contradição ou outra situação embaraçosa de ordem prática, pode e deve o magistrado alertar o depoente, até mesmo lhe franquear que retome seu depoimento no sentido de se colher a verdade.

Conforme já tivemos a oportunidade de mencionar, há juízes que tem o mau vício de entender pela mentira da testemunha tão somente por haver contradição com o depoimento na fase policial. Assim, fazemos coro ao penalista Rogério Greco, ao afirmar que prender em flagrante o depoente apenas seria possível na modalidade calar a verdade do que sabe (art. 342 do CP). Fora dessa hipótese, deve o magistrado remeter cópias a autoridade policial ou ao Ministério Público no sentido de se apurar eventual crime de falso testemunho. Anote-se que a testemunha pode voltar atrás até o momento da prolação da sentença e se retratar. Nesse caso, nos termos do (art. 107, VI do CP), será extinta a punibilidade.

CAPÍTULO VI – DAS TESTEMUNHAS

Antonio Aparecido Belarmino Junior¹

Glauber Guilherme Belarmino²

(arts. 212 ao 225)

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

A redação original do artigo 212, adotava o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, em que o juiz formulava todas perguntas às testemunhas, inclusive as reperguntas das partes. Com o advento da Lei nº 11.690/2008, o sistema foi modificado, Magalhães Filho (2020) traz que foi adotado o sistema de exame cruzado na inquirição, aonde as perguntas se dirigem diretamente ao depoente pelas partes.

Renato Marcão (2016) leciona que, após a qualificação da testemunha e dirimida eventuais impugnações ao seu depoimento, tais como contradita ou arguição de defeito, o juiz deve passar a palavra à parte que arrolou a testemunha.

O caput traz: “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha”, em que pese a menção direta e expressa na Lei, jamais poderá o juiz permitir perguntas que induzam a resposta ou não possuam relação com o feito processual, limitando a atuação do julgador nesta fase como presidente da audiência, podendo intervir quando as perguntas forem indutivas, porém jamais poderá ser o interrogador, haja vista conforme o parágrafo primeiro a função do magistrado neste aspecto é complementar.

A Constituição Federal em seu Art. 5º, LV, assegura aos litigantes e acusados o direito ao contraditório e a ampla defesa, Magalhaes Filho (2020) ensina que na *cross*

¹ Advogado, Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidad de Sevilla – Espanha, Pós-graduado em Ciências Criminais pela FDRP/USP, Presidente da ABRACRIM - SP (Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas no Estado de São Paulo) e professor.

² Advogado, pós-graduado em direito penal, administrativo e eleitoral, especialista em cibercrimes, ex-prefeito de Barra Bonita/SP (2012-2016) e presidente da Comissão Estadual de Direito Penal, Administrativo e Eleitoral da ABRACRIM-SP.

examination se evidencia as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, sendo que após o exame direto, abre-se à parte contrária, o que em tese seria uma testemunha hostil. Nesse exame cruzado torna-se possível fazer a reinquirição dos fatos já abordados e se formular questões que tragam à baila elementos de verificação da credibilidade de qualquer testemunha ou do depoente.

Preceitua o parágrafo único "Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição", portanto, o tipo penal impõe ao juiz a possibilidade de inquirição suplementar, ou seja, somete após a inquirição realizada diretamente pelas partes. Restando ao magistrado a possibilidade de complementar apenas sobre pontos que ainda não foram esclarecidos.

José Nereu Giacomolli, ao buscar definir a função do juiz no interrogatório descreve que:

“Cabe às partes a proposição dos meios de prova, bem como da metodologia de busca da prova. É certo que a prova se destina ao convencimento do julgador, pois é ele quem decide; entretanto na moldura constitucional acusatória e do justo processo, o magistrado é quem julga o que as partes produzem nos autos. Ao juiz não cabe provar e nem contraprovar; decide com o que foi produzido nos autos. Questão importante diz respeito à possibilidade de o julgador perguntar ao réu, ao ofendido e às testemunhas. Penso que não, nem subsidiariamente ou supletivamente pode o magistrado interferir na proposição e busca da prova, pois o encargo probatório é das partes.” (Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37)

O Código de Processo Penal, traz como requisito de NULIDADE, “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos” e no rol através do inciso “IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”, portanto, ao desobedecer ao rito previsto no Art. 212, e se tornar o protagonista, o julgador está incorrendo em nulidade do ato e processual.

Ao discorrer sobre nulidades, o insigne Luigi Ferrajoli leciona que:

“Um Código de Processo que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido. Por isso a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça” (Direito e razão. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 572).

Portanto, desde a mudança legislativa observamos em algumas ocasiões, que o juiz como destinatário final da prova, se recusa a observar a regra de regência, ocasionando nulidades processuais. O Supremo Tribunal Federal, através de sua primeira turma, decidiu que o juiz não pode inquirir diretamente a testemunha, conforme se extrai da ementa abaixo colacionada:

‘INTERROGATÓRIO – TESTEMUNHAS – ORDEM. Cabe ao juiz, na audiência de instrução e julgamento, observar o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, abrindo campo a que a inquirição de testemunhas seja feita pelas partes, podendo veicular perguntas caso necessário algum esclarecimento – inteligência do artigo 212 do Código de Processo Penal. (...)’. (HC 161.658, Relator (a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 23-09-2020 PUBLIC 24-09-2020)

Os Tribunais estaduais, desde a mudança legislativa já enfrentam o tema, conforme se extrai do julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA. NULIDADE.

A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova. Anularam, em parte, o processo. Unânime. (TJRS – APC Nº 70028349843, 5ª T. Criminal, Des. Relator Amilton Bueno de Carvalho, DJ 18/03/2009)

Por conseguinte, conforme dispõe o parágrafo único do artigo, o magistrado somente poderá complementar a inquirição, não mais lhe facultando a realização de perguntas. A norma é clara na possibilidade de se veicular perguntas, desde que constatados pontos, aspectos processuais ou probatórios não esclarecidos, oriundos de questionamento das partes. A não observância da regra e a realização de perguntas diretas pelo magistrado causará o desrespeito da norma e a consequente nulidade do ato.

Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

No processo penal, a testemunha corrobora para o esclarecimentos dos fatos, os quais são limitados aos descritos na denúncia, sendo vedada a emissão de opinião pessoal ou juízo de valor sobre o acusado ou sobre o fato, entretanto conforme traz Magalhaes Filho (2020) existem certas questões que se encontram ligadas aos fatos, sendo impossível impedir a menção, como no caso de um réu que poderia estar embriagado e que apresentava ser pessoa violenta, a opinião pessoal é necessária, pois poderá atestar a conduta e capacidade compreensiva do acusado, e ainda Renato Marcão (2016) dispõe que no caso da colheita dos depoimentos técnicos, prestados por peritos, suas impressões pessoais são decorrentes ou afiançadas por sua expertise.

Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

O procedimento de contradita ou arguição de defeito ocorre quando as testemunhas se encontram abarcadas pelos requisitos previstos nos artigos 207 e 208 do CPP, além das suspeitas de parcialidades ou indignas de fé conforme preceitua o caput.

Após a qualificação da testemunha, o interessado, defensor ou ministério público, deverá apresentar questão de ordem, requerendo oralmente e expondo os motivos e apresentando se necessário documentos, sendo que após a arguição se dará a palavra a parte adversa e ao final se indagará a testemunha.

Com a realização do rito procedimental o juiz decidirá pelo acolhimento da contradita ou arguição de defeito, no caso de rejeição se tomará o depoimento com o compromisso prestado, e se acolhida, poderá se excluir a testemunha ou ouvi-la sem compromisso.

Art. 215. Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

O depoimento e prova testemunhal sempre será documentado nos autos, reduzida a termo, sempre privando pela maior fidedignidade das expressões utilizadas, conforme traz Magalhães Filho (2020), trata-se de uma regra que tende ao desuso, haja vista que as Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, permitiram a introdução de novos sistemas tecnológicos, registrando através de gravação os depoimentos (arts. 405, § 1º, e 475, CPP).

Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.

Trata-se da designação de procedimento visando a preservação da memória dos atos processuais e fidelidade dos intervenientes. Em relação à previsão de assinatura por terceiros – a rogo – visa poupar de constrangimento eventual testemunha que não saiba escrever (EUGÊNIO PACELLI, 2018); ou, ainda, em situações nas quais a testemunha inquirida esteja impossibilitada fisicamente de assinar o termo. Neste caso, denominar-se-á testemunha instrumentária ou da leitura aquela que procede com a assinatura a rogo (RENATO MARCÃO, 2016).

Desde o advento da Lei n. 11.719/2008 que os parágrafos do art. 405 do Código de Processo Penal foi modificado, admitindo o registro de depoimentos de testemunha, bem como das demais pessoas ouvidas no processo, por meio de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações, dispensada a transcrição quando por meio audiovisual, acessível às partes (EUGÊNIO PACELLI, 2018).

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

Visando garantir a observância das regras do devido processo legal e ampla defesa, deve-se buscar assegurar que o acusado sempre esteja presente quando da prática de atos de instrução processual, notadamente a oitiva de testemunha, não

importando se arrolada pela acusação, defesa ou requerida a oitiva pelo juízo (RENATO MARCÃO, 2016).

No entanto, há casos em que o magistrado pode verificar que a presença do acusado coloca em risco a fidelidade da prova a ser produzida, seja por constrangimento, humilhação ou ameaça (RENATO MARCÃO, 2016). Para esses casos, o legislador utilizou-se do incremento da tecnologia, admitindo a possibilidade de produção de prova testemunhal por meio de videoconferência (GOMES FILHO - 2020).

Ocorre que as situações previstas no Código de Processo Penal para a tomada de depoimentos por meio de videoconferência são excepcionais. Somente quando, analisadas gravidade e natureza dos fatos em apuração, diante de casos concretos em relação às condições e circunstâncias pessoais do acusado, for possível verificar situação de temor ou sério constrangimento à testemunha, é que será admitida a realização do ato mediante videoconferência (EUGÊNIO PACELLI, 2018).

Discorrendo sobre o tema, Eugênio Pacelli (2018) admite a possibilidade de que situações de temor ou sério constrangimento poderão ser analisadas antes da audiência, a fim de que se adotem as providências necessárias à realização da solenidade. Todavia, o risco de humilhação se mostra de difícil percepção de forma antecipada. Somente durante a realização do ato é que será possível analisar tal situação.

Na maioria das comarcas e fóruns não há equipamento de videoconferência disponível, de modo que a providência que determina prioritariamente a realização do ato por videoconferência se mostra de difícil implementação. Dessa forma, a prática mostra que a providência que vem sendo adotada é aquela que o presente dispositivo prevê como segunda opção: a retirada do réu da sala de audiência (RENATO MARCÃO, 2016).

Assim, insistimos uma vez mais que a retirada do réu da sala de audiência deve ser adotada excepcionalmente, como medida extrema. Como dito por PACELLI (2018), a permanente tensão na aplicação de normas constitucionais é intrínseca à pluralidade dos direitos fundamentais de um Estado Democrático, admitindo-se, assim, desde que devidamente justificada a medida coercitiva, a redução do espaço de ampla defesa em razão de ato imputável exclusivamente ao acusado.

Por fim, no termo de audiência deverá constar todo o ocorrido, indicando as razões que ensejaram a adoção das medidas pelo magistrado (MARCÃO, 2016).

Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

O dispositivo acima é decorrência do dever de depor que toda pessoa tem. Trata-se de verdadeiro *múnus* imposto pelo Estado inerente aos deveres da cidadania (EUGÊNIO PACELLI, 2018).

Não é admitido a ninguém a faculdade de abster-se de colaborar com a Justiça visando o esclarecimento de fatos que tenha presenciado. Uma vez obrigado a comparecer perante o juízo para prestar depoimento, não sendo atendida a convocação judicial, poderá a testemunha ser conduzida coercitivamente a juízo, por oficial de justiça, com auxílio de força policial, caso necessário (GOMES FILHO, 2020).

Todavia, havendo justificativa para o não comparecimento, ciente da condição, deverá o juiz adiar o ato processual (EUGÊNIO PACELLI, 2018).

NORBERTO AVENA (2020) descreve ainda que com o advento da Lei 13.869/2019, a qual tipifica o abuso de autoridade, através do art. 10 “decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento a juízo”, portanto não somente a título de legalidade e por imperativo constitucional, por precaução, quando se determinar a condução coercitiva, deverá haver fundamentação plena quanto aos motivos que a ensejaram.

Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Considerando a reforma trazida pela Lei n. 11.689/2008, a matéria atinente à cominação de multa passou a ser tratada no art. 458, que remete ao art. 436, § 2º, todos do Código de Processo Penal (RENATO MARCÃO, 2016). A multa prevista é de 1

(um) e 10 (dez) salários mínimos, a mesma aplicada ao jurado que recusa injustificadamente o serviço do júri (EUGÊNIO PACCELLI, 2018).

No momento da aplicação da medida pecuniária, o juiz levará em conta a condição econômica da testemunha faltante. Ademais, também é possível, verificada condição caracterizadora do delito, o processamento criminal pelo crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal (GOMES FILHO, 2020).

Art. 220. As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem.

Trata-se o dispositivo de uma exceção ao dever de comparecimento de todo cidadão (GOMES FILHO, 2020). Por razões humanitárias, deve-se respeitar a condição da testemunha que não pode locomover-se, observando-se, também, princípios que indicam a necessidade de economia e celeridade processual (RENATO MARCÃO, 2016).

Trata-se de uma prerrogativa da testemunha, não um poder atribuído ao magistrado de forma discricionária. Todavia, nada impede que seja feito um criterioso exame acerca da impossibilidade de comparecimento da testemunha, notadamente no que pertine à comprovação da enfermidade (EUGÊNIO PACELLI, 2018).

Para Eugênio Pacelli (2018), também seria possível a realização do ato por meio de videoconferência. No entanto, faz o autor uma ressalva acerca da determinação de que a prova em juízo se dê na presença física dos interessados, em razão da maior possibilidade de controle da legalidade e espontaneidade dos atos processuais. Todavia, não havendo oposição, e dada a excepcionalidade da situação concreta, o depoimento poderia ocorrer por videoconferência, sendo assegurada, obviamente, a participação efetiva das partes.

Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

§ 2º Os militares deverão ser requisitados à autoridade superior.

§ 3º Aos funcionários públicos aplicar-se-á o disposto no art. 218, devendo, porém, a expedição do mandado ser imediatamente comunicada ao chefe da repartição em que servirem, com indicação do dia e da hora marcados.

O parágrafo primeiro traz a possibilidade aos presidentes dos poderes, de optar pela prestação de depoimento por escrito. Trata-se de um contrassenso a efetividade dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e ainda aos direitos e garantias fundamentais, ainda Magalhães Filho (2020) discorre que esta sistemática é totalmente incompatível com a natureza do meio de prova analisado, sendo que se tem como característica a oralidade, impedindo-se a plena realização do contraditório e ainda as partes ficam cerceadas de controlar as reações das testemunhas e realizar novas indagações que possam surgir no desenrolar do depoimento.

No tocante aos militares, não se prevê a intimação, o qual é regra processual para depoimento testemunhal, mas somente sua requisição à autoridade superior, fato esse rotineiramente observado em audiências criminais, aonde se requisita Policiais Militares que realizaram ou participaram de operações e diligências que resultaram em prisões.

Referente ao parágrafo terceiro, os funcionários públicos deverão ser intimados e concomitantemente deverá ser comunicado o superior hierárquico, com a indicação do dia e da hora do ato processual.

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

O ato processual de oitiva de testemunhas se dará no juízo da comarca dos fatos e quando se tratar de testemunha residente em comarca diversa, a oitiva se dará mediante carta precatória, que é a solicitação feita pelo juiz da comarca dos fatos para outro de mesma instância do domicílio da testemunha, recebendo a nomenclatura de juízo deprecante enquanto o juízo originário do feito será o deprecado.

A formalidade processual se exige somente para a intimação da expedição da Carta Precatória, não gerando nulidade a ausência de intimação da data de audiência, conforme entendimento solidificado pela Súmula STJ -273 “Intimada da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

A expedição de carta precatória, conforme disposto no parágrafo primeiro não suspende a instrução criminal, podendo inclusive ser o réu ouvido neste interregno. Entretanto a sistemática do Art. 400 do CPP, prevê o depoimento do réu como último ato processual, portanto torna-se evidente que o acusado jamais poderá ser ouvido antes das testemunhas. A oitiva realizada por carta precatória estará sempre sujeita ao contraditório e a ampla defesa, sendo que a inobservância desses princípios não permite a existência de um processo penal justo.

Após intensos debates doutrinários e jurisprudenciais o Superior Tribunal de Justiça em 09 de dezembro de 2020 decidiu que o interrogatório só poderá ocorrer após o cumprimento de todas as cartas precatórias, consoante se extrai da ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INTERROGATÓRIO DO RÉU, POR CARTA PRECATÓRIA, ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM LEGAL. OFENSA AO ART. 400 DO CPP. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA. NOVO INTERROGATÓRIO DO RÉU. POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO CRIMINAL AINDA NÃO SE ENCERROU. NECESSIDADE DE ACATAR O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC N. 127.900/AM, DE QUE O INTERROGATÓRIO DO RÉU, INSTRUMENTO DE AUTODEFESA, DEVE SER O ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO QUE RESGUARDA A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO.

1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido.

2. Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução.

3. Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, de que a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

4. Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal.

5. Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal – Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado.

6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas.

7. Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitiva de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19/3/2020, ou seja, após a realização de todas as oitivas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira. Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra viável acolher o pedido de nulidade, especialmente quando não aventado no momento oportuno.

8. Conquanto indevido o requerimento de nulidade, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de que a instrução ainda não encerrou, a necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto no art. 196 do Código de Processo Penal, que autoriza a realização

de novo interrogatório, entende-se que a ordem deve ser parcialmente concedida para determinar que se proceda a novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

9. Quanto à alegação de excesso de prazo, não é o caso de ser reconhecido, pois, conforme informação do Juízo processante, a própria defesa contribuiu para o atraso na instrução, na medida em que não aventou a irregularidade do interrogatório no momento oportuno. Além disso, conforme exposto na decisão liminar, não houve desídia do Magistrado na condução do feito e eventual retardamento na conclusão da ação penal decorre de sua complexidade e da necessidade de expedição de diversas cartas precatórias.

10. Ordem parcialmente concedida para determinar a realização de novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

(STJ – HC 585.942/MT, rel. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020)

Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

Parágrafo único. Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 222 deste Código.

Renato Marcão (2016), traz que com o advento da Lei nº. 11.900/2009, no qual entende-se por rogatória a solicitação de um juízo nacional para outro fora do âmbito nacional, com objetivo expresso de evitar a procrastinação e eventual prescrição do processo a partir do depoimento de testemunha que se encontre no exterior.

Dessa forma, a parte deve demonstrar a imprescindibilidade do depoimento ao arrolar testemunha no exterior.

A expedição da carta rogatória não suspende o curso da instrução criminal, e uma vez esgotado o prazo sem o seu cumprimento, poderá o juiz julgar o processo com ou sem ela. Devolvida, será juntada a qualquer tempo, mesmo após a sentença proferida.

Art. 223. Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.

Parágrafo único. Tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192.

Não se compreendendo a pergunta, não se efetiva a resposta e com isso não se concretiza o contraditório e a ampla defesa. A nomeação de interprete para réus já era assegurada tanto por lei quanto por convenções internacionais e a extensão as

testemunhas visa com isso assegurar a busca da verdade real e a fidedignidade da prova.

GOMES FILHO (2020), acentua ainda, que outro princípio assegurado é o da publicidade, pois impõe o acesso ao público em geral dos atos processuais. Assim, mesmo que o juiz e as partes conheçam o idioma em que se expressa a testemunha, a tradução é obrigatória.

Art. 224. As testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de um ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas do não-comparecimento.

Todo cidadão quando intimado tem o dever de comparecer e de depor em juízo, entretanto, visando evitar que a possível mudança de endereço das testemunhas possa prejudicar a instrução processual, tendo em vista a importância da participação destas para elucidar e esclarecer fatos pertinentes ao processo penal, a norma de regência preza pela obrigatoriedade de fornecimento e atualização de endereço e devendo sempre ser advertida desta obrigação.

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

Via de regra, há momento e forma pré-estabelecida para produção de prova no curso do processo penal. No entanto, não raras vezes poderá surgir situações excepcionais que exigem a adoção de medidas igualmente excepcionais e urgentes. Dessa forma, o art. 225 do Código de Processo Penal autoriza que seja produzida prova oral em qualquer momento da persecução penal, observadas as exigências contidas no dispositivo (RENATO MARCÃO, 2016).

O risco de perecimento da fonte de prova – a testemunha –, seja por ausência, enfermidade ou velhice, é o que autoriza, de forma excepcional, que se dê a produção antecipada de prova. O momento da produção da prova pode ser antecipado para antes da instauração do processo, inclusive por determinação *ex officio* do juiz, conforme previsão do art. 156, I, CPP (GOMES FILHO, 2020).

Em todo caso, podendo haver alguma restrição inicial ao exercício pleno do contraditório, deverá ocorrer, *a posteriori*, a garantia das prerrogativas intrínsecas ao direito de defesa, podendo-se abrir a discussão acerca da validade, idoneidade e legalidade dos elementos obtidos de forma antecipada, havendo, portanto, o chamado contraditório diferido (GOMES FILHO, 2020).

A previsão de antecipação na colheita da prova testemunhal também tem previsão no art. 366 do Código de Processo Penal, no caso de suspensão do processo, motivado pelo não comparecimento do acusado que foi citado por via editalícia (EUGÊNIO PACELLI, 2018). Nesse caso, o que vem prevalecendo a nível de jurisprudência das cortes superiores é de que a simples revelia ensejadora da suspensão do processo não é fundamento bastante para determinação da produção antecipada de prova (RENATO MARCÃO, 2016).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula 455 com o seguinte teor: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo” (RENATO MARCÃO, 2016).

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto, Processo Penal, 12ª ed., -- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 161.658, Relator (a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 23-09-2020 PUBLIC 24-09-2020, disponível em <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> acesso em 06/01/2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça, HC 585.942/MT, rel. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020, disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/> acesso em 06/01/2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça, consulta súmulas, disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/> acesso em 06/01/2021.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJRS – APC Nº 70028349843, 5ª T. Criminal, Des. Relator Amilton Bueno de Carvalho, DJ 18/03/2009, disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa, consultado em 07/01/2021.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO/coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró – 3ª ed., rev., atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERRAJOLI, Luigi, Direito e razão. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARCÃO, Renato, Código de processo penal comentado/Renato Marcão – São Paulo: Saraiva, 2016.

PACELLI, Eugênio, Fischer, Douglas, Comentários ao Código de Processo Penal e a sua jurisprudência, 10ª edição, atlas, ano 2018.

CAPÍTULO VII – DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS

Renan Posella Mandarin¹
(arts. 226 ao 238)

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

1. Introdução

O reconhecimento de pessoas ou coisa é o meio de prova que visa a obter a identificação de pessoa ou coisa por meio de um processo psicológico de comparação com elementos do passado. O reconhecimento tem a natureza jurídica de *meio de prova*. Sua realização poderá ocorrer na fase inquisitiva, lavrando *auto pormenorizado*, subscrito pela autoridade policial que presidiu, pela pessoa que fez o reconhecimento e por duas testemunhas. É possível também em juízo, durante a fase de instrução, formando elemento de prova que poderá ser levado em consideração

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas pela UENP - Jacarezinho/PR. Mestre em Direito pela UNESP - Franca/SP. Advogado. Coordenador Regional da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

pelo julgador na sentença.

O art. 226 é uma norma jurídica anterior ao advento da CF/88. A redação original de nosso Código de Processo Penal data de 1941. Boa parte do texto ainda está vigente e, apesar de reformas pontuais, é possível afirmar que a sistemática de entrevista com testemunhas e vítimas, bem como a de reconhecimento, pouco foi alterada. Logo, o ato de reconhecimento continua a prescindir a presença do defensor no momento do reconhecimento.

Apesar de adotar uma postura avessa ao sistema acusatório, pode-se pontuar que o reconhecimento de pessoas elenca os critérios legais para iniciar a identificação do suspeito do delito.

2. Parâmetros legais

As regras aplicáveis ao ato de reconhecimento de pessoa pela vítima ou testemunhas do delito apurado, atribuindo à determinada pessoa a autoria do fato ou, ainda, que indicará, em meios às coisas apreendidas, aquela que possui algum tipo de conexão com o ato criminoso.

Para que se repute válido o reconhecimento (seja na fase investigativa ou na instrução do processo), imprescindível que sejam seguidos os procedimentos legais. Inicialmente, deverá haver a *descrição da pessoa a ser reconhecida*, ou seja, aquele que irá fazer o reconhecimento deverá apontar os traços físicos e estéticos do suposto transgressor. Em seguida, com base nas características apontadas, se possível, a pessoa a ser reconhecida deverá ser colocado *ao lado de outras pessoas que com ele tiverem quaisquer semelhanças*; o responsável pelo reconhecimento será, então, convidado a apontar o infrator do delito, em meio à diversidade de figuras esteticamente semelhantes. A certeza e a segurança do autor do reconhecimento (reconhecedor) será o critério básico de validade do ato. Por derradeiro, lavrar-se-á auto pormenorizado do procedimento, sob pena de nulidade do ato. A importância desse registro funciona de modo a impedir que o reconhecimento seja subvertido em sua finalidade ou tenha sua forma alterada, bem como para que haja segurança na voluntária indicação da vítima ou testemunha em relação a esse ou aquele suspeito perfilado (MANDARINO; FREITAS, 2014, p. 536-537).

Essa diligência deve ser realizada em ambiente adequado, de modo que aquele que reconhece a pessoa possa fazê-lo com serenidade e segurança, atentando-se também para o grau de certeza com que o autor do reconhecimento apontará a pessoa reconhecida (MACHADO, 2007, p. 653).

Contudo, a prática processual nem sempre segue rigidamente os ditames da lei. Inúmeros processos e, por consequência, inúmeras condenações, se utilizam deste meio de prova como razão emblemática da busca pela verdade real. A inquietante busca da verdade comina com a absoluta inobservância do que dispõe o citado dispositivo legal. As pressões populares, a velocidade em julgar e a insuficiência material e pessoal do Estado trazem prejuízos ao julgamento e equívocos nas condenações.

A inobservância dos ditames do art. 226 do CPP é uma ilegalidade corriqueira nos julgamentos penais. Diante do excesso de formalismo no dispositivo legal, talvez falte estrutura necessária para o seu regular cumprimento, como a arquitetura dos fóruns e o ineficiente número de policiais.

Ainda há certa resistência dos julgadores do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do procedimento de reconhecimento de pessoas, ao ponderar, repetidamente, que “[...] *as disposições insculpidas no artigo 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso*” (STJ, AgRg no AREsp 1.291.275/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 11/10/2018. Também no mesmo sentido: STJ, HC 427.051/SC. Rel. Ministro Felix Fischer, 05/04/2018).

Baseado nesse entendimento, as irregularidades relativas ao reconhecimento pessoal do acusado não ensejam nulidade, uma vez que as formalidades previstas no art. 226, CPP são *meras recomendações legais*.

O desrespeito ao referido dispositivo viola o postulado da não autoincriminação e do devido processo legal. Ainda assim, a jurisprudência apresenta outro tratamento ao tema, entendendo que o descumprimento dos preceitos presentes na norma infraconstitucional é “mera recomendação procedimental” e, portanto, não passível de nulidade (TJ/RS, Apelação Crime Nº 70045815230, Sétima Câmara Criminal, Rel. Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 01/12/2011).

O Superior Tribunal de Justiça defende ser caso de nulidade, porém, relativa, “*devendo ser comprovado o efetivo prejuízo à defesa do acusado*” (STJ, Recurso Especial 200900651741, Quinta Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, Julgado em 22/11/2010).

A relativização dos preceitos constitucionais e a aceitação no processo de provas falhas como mera irregularidade violam o devido processo legal e se constituem em argumentos perigosos ao direito de defesa.

Os estudos relativos à psicologia do testemunho vêm fornecendo fortes bases epistemológicas a ressaltar a atenção a ser desprendida no regramento processual do art. 226. O Tribunal de Justiça de São Paulo, já nos anos de 2007, proferiu um entendimento isolado, mas paradigmático para readequação do cenário obsoleto no qual se inseria o reconhecimento de pessoas:

Palavra da vítima. Negativa de possibilidade de reconhecimento de um dos acusados quando da lavratura do boletim de ocorrência. Reconhecimento posterior de ambos os acusados. **Ausência de demonstração pela acusação de que tal reconhecimento fora válido. Art. 226 do Código de Processo Penal. Não obediência na fase policial. FALSAS MEMÓRIAS. Absolvição que se impõe.** (TJ/SP, Apelação Criminal n. 01108141.3/3-0000-000, Rel. Desembargador Guilherme Madeira Dezem, julgado em 23/11/2007).

No corpo do v. acórdão, o i. Desembargador, em seu voto, forneceu importante lição sobre o assunto:

Os modernos estudos de psicologia judiciária indicam que muitas vezes se fazem presente o que se convencionou chamar de ‘falsas memórias’ (...): ‘As falsas memórias referem-se ao fato de lembrarmos de eventos que, na realidade, não aconteceram. Isso ocorre porque determinadas informações armazenadas na memória são mais tarde evocadas como se fossem experiências vividas. Esse fenômeno vem sendo observado em pesquisas experimentais, tanto no âmbito da psicoterapia quanto na área jurídica e também em situações do cotidiano (Lilian Milnitsky Stein e Maria Lúcia Campani Nygaard, A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 43/151).

Referido entendimento jurisprudencial tomou fôlego e, atrelado ao desenvolvimento científico da prova testemunhal no processo penal, o Superior

Tribunal de Justiça, em recente decisão sobre o assunto, alterou substancialmente a compreensão sobre a temática em voga, ressaltando a importância dos critérios instituídos no art. 226, o que vale destacar o ementário na íntegra:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando **observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal** e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. **O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador.** Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja **a nulidade da prova** e, portanto, **não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial**, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e traços corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. **De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de**

peças; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, consequentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua insita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo “processualmente admissível e válido” (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que

cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

12. **Conclusões:** 1) O reconhecimento de pessoas **deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal**,

cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, **a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;**

3) **Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório,** bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente _____ da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente _____, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. (STJ, HC 598.886/SC. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020).

O novo entendimento da Corte Superior funda-se no patamar inarredável da legalidade. Ainda que a legislação disciplina parcamente a matéria, os critérios do art. 226 constituem “condição de credibilidade do instrumento probatório” (LOPES JR, 2014, p. 710), motivo pelo qual cumpre diagnosticar os fundamentos epistemológicos do marco normativo.

3. Os fundamentos epistemológicos para a correta aplicação do procedimento de reconhecimento de pessoas

O art. 226, CPP fornece alguns critérios para a realização do reconhecimento pessoal. Como já exposto, a grande dificuldade é a resistência dos Tribunais para, simplesmente, cumprir a legalidade. Esse tópico objetiva desenvolver os aspectos que elevam o nível de fidedignidade do procedimento do reconhecimento de pessoas.

3.1. Práticas de reconhecimento: *line-up* x *show-up*

O procedimento de *show-up* baseia-se na identificação presencial realizada com apenas uma pessoa apresentada à testemunha ou vítima. Consistente no teste cognitivo baseado na forma “sim-ou-não”, o reconhecedor é apresentado a um único suspeito e é questionado se se trata do infrator. Esse modo é utilizado pela polícia ao localizar um suspeito logo após o crime.

O *line-up* é o procedimento que submete o identificador à visualização no alinhamento de duas ou mais pessoas, com a necessária presença de terceiros distraidores (*foils* ou *fillers*), sabidamente inocentes, e do suspeito, que pode ou não estar no alinhamento. Há, ao menos, mais de duas respostas possíveis de serem concedidas pelo reconhecedor, inclusive a de que o infrator não está no *line-up* (FERNANDES, 2019, p. 241).

O **art. 226, inciso II, CPP** ressalta a necessidade de predominância do *line-up* em detrimento do *show-up*, mas ampara a utilização desse último, ao prever que o alinhamento do suspeito ao lado de terceiros deverá ser realizado “*se possível*”. Oportuno destacar as conclusões da pesquisa empírica organizada por Stein e Ávila (2015, p. 35):

Deveremos notar que a forma de procedimento para o reconhecimento é aquela identificada na literatura científica como a de *line-up*, ou seja, quando ocorre o alinhamento de pessoas, sendo elas colocadas lado a lado para que a testemunha aponte o possível responsável pelo delito. Entretanto, nossa legislação **não obriga** (vide grifo acima) a realização dessa formalidade podendo, inclusive, o suspeito ser colocado sozinho (*show-up*) para ser reconhecido pela vítima.

A Superior Corte, aliás, já relativizou o “*se possível*” do art. 226, justificando sua (não) aplicação às “*possibilidades fáticas*”, sobretudo porque, “*em muitas circunstâncias, pode se mostrar difícil ou mesmo impossível encontrar pessoas de traços semelhantes àquele que será reconhecido*”.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECOMENDAÇÃO LEGAL. INOBSERVÂNCIA QUE NÃO TORNA NULO O ATO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR N.º 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. Ao inserir o condicional “se possível” no texto do art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal, o legislador registrou que a aplicabilidade da referida norma depende das possibilidades fáticas que lhe subjazem, sobretudo porque, em muitas circunstâncias, pode se mostrar difícil ou mesmo impossível encontrar pessoas de traços semelhantes àquele que será reconhecido. 2. Ademais, a só inobservância do disposto na referida norma não pode ser utilizada para tornar nulo o ato praticado de outra forma, ainda mais se tal prova for corroborada pelas demais produzidas durante a instrução. 3. Em relação ao alegado dissídio jurisprudencial, o Agravante, nas razões do agravo regimental, não atacou especificamente o fundamento da decisão agravada, o que impõe a aplicação, por analogia, da Súmula nº 182 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (STJ, AgRg no RESP nº 1.379.099/SP. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/11/2013).

Apesar da relativização do STJ no referido julgado proferido no ano de 2013, recentemente, a Sexta Turma alterou o entendimento para sublinhar a relevância de seguir o procedimento do art. 226 e alinhou-se aos recentes estudos da psicologia cognitiva. Estudos científicos apontam para necessidade de perfilar os suspeitos lado a lado, o qual funciona como uma forma de dotar a situação de imparcialidade e de evitar o condicionamento do raciocínio do reconhecedor a acusar uma pessoa com base nos caracteres físicos que mais se aproxima da descrição prévia, prevista no **inciso I, do art. 226, do CPP**. Em síntese, o escopo do procedimento de *line-up* é conter a sugestibilidade cognitiva do reconhecedor, reduzindo riscos de incidência de heurísticas da representatividade, vieses cognitivos, falsas memórias e outros atalhos mentais que empulham as tomadas de decisões (ANDRADE, 2019, p. 518-521).

A identificação presencial realizada com apenas uma pessoa apresentada à testemunha ou vítima (*show-up*) é considerado bastante questionável pelas diretivas, em função do altíssimo grau de sugestionabilidade envolvido em uma situação assim, e recomendada sua utilização somente em situações excepcionais, que requeiram a imediata apresentação do suspeito a testemunha.

Assim, mesmo em situações tidas como ideais, a literatura científica é uníssona em não recomendar sua realização, tendo em vista o alto grau de sugestionabilidade envolvido nesta prática. Futuras alterações legislativas devem levar em consideração as restrições para a utilização de reconhecimentos com apenas uma pessoa, seja na presença da vítima ou testemunha, seja através de fotografia, conforme será esmiuçado adiante.

3.2. Recomendações para uma maior precisão do reconhecimento pessoal

Como bem pontuado por Gustavo Noronha de Ávila (2013, p. 132), alguns padrões devem ser seguidos no reconhecimento: I) o procedimento de identificação com completa descrição do suspeito pelo reconhecedor, com suas próprias palavras, que deve ser registrada por meio de gravação. Devem ser explicitadas também as condições de observação da testemunha ou da vítima no momento do crime, tais como lugar, tempo, distância, obstruções, condições de iluminação e climáticas, uso de álcool ou drogas, nível de estresse, bem como se o reconhecedor tem problemas de visão (averiguando a utilização de lentes corretivas no momento do fato criminoso e, posteriormente, no procedimento de reconhecimento); II) a hipótese do condutor do procedimento não pode ser revelada ao depoente; III) os reconhecedores não podem ser instruídos conjuntamente, em consonância com o teor do disposto no **art. 226, inciso III e art. 228**, ambos do CPP; IV) antes e durante o procedimento de reconhecimento, o reconhecedor não pode ter acesso a informações, como circunstâncias da prisão em flagrante, antecedentes criminais de suspeito, dentre outros dados da investigação; V) se o reconhecimento for positivo, este deve ser documentado na mesma hora, com o uso das palavras da própria pessoa, com indicação do seu nível de confiança; VI) gravação em vídeo do ato de reconhecimento.

O Departamento de Justiça dos EUA seguem recomendações da publicação *Eyewitness Evidence: a guide for law enforcement*, adotados em alguns Estados norte-

americanos. Para as testemunhas devem ser dadas as seguintes instruções, quando alinhadas pessoas para fins de reconhecimento pessoal: 1) quem praticou o crime pode ou não estar entre as pessoas colocadas lado a lado; 2) a testemunha não deve sentir-se compelida a identificar alguém; 3) a investigação continuara independentemente de eventual identificação; 4) deve-se solicitar à testemunha que diga, em suas próprias palavras, o quão certa está da identificação realizada, e 5) a testemunha não deve discutir o procedimento de identificação com outras envolvidas no caso, e não deve falar aos meios de comunicação (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 37).

As referidas formalidades esmiuçadas acima evitam fomentar qualquer tipo de estimulação do reconhecedor a desenvolver uma falsa memória sugerida. A apresentação de apenas um suspeito, que se enquadre nas características previamente elencadas pela vítima ou testemunha, favorece a deformação de uma ilusão mental baseada em mera semelhança e, não, em efetiva certeza do reconhecimento.

Não obstante a legislação contemple a possibilidade extraordinária de o reconhecimento ser prescindido do pareamento de indivíduos semelhantes, quando não for possível essa situação, deve haver decisão fundamentada pela autoridade policial ou judiciária, posto que, a teor do previsto, a inexistência de indivíduos semelhantes deve ser visto como exceção (MANDARINO; FREITAS, 2014, p. 547)

Se a prescrição legal é peremptória ao definir o procedimento de reconhecimento, necessário que os preceitos estampados no Código Processual Penal sejam respeitados, pois, acima de meros padrões burocráticos, os fundamentos legais respeitam uma sequência lógica para efetivação das garantias do processo.

Em que pese a legislação processual brasileira fazer menção à “possibilidade” de a pessoa ser reconhecida ser colocada ao lado de outras que tenham as mesmas características físicas, defendemos a obrigatoriedade do procedimento, tendo em vista se tratar de ato formal. Neste caso, a interpretação as lei deve ser restrita, pois somente desta forma estar-se-á garantindo a observância das regras do jogo – não devemos nos esquecer que a forma do ato é garantia para o processo – e, principalmente, evitando à formação de falsas memórias (DI GESU, 2010, p. 132-133; ÁVILA, 2013, p. 103-118).

O reconhecimento do autor do delito produzido sem a observância dos preceitos legais, inclusive em relação ao perfilamento de pessoas semelhantes ou a razoável

justificativa da impossibilidade de fazê-lo, é manifestamente nulo, com base no art. 564, IV do CPP, devendo ser reconhecida a invalidade da prova (ilicitude probatória) para proferir decreto condenatório, consoante escólio do Superior Tribunal de Justiça, no já citado *habeas corpus* nº 598.886/SC: “[...] *Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial.*”

O reconhecimento é meio de prova que deve ser visto com reservas, pois existe grande possibilidade de erro no momento da colheita das informações probatórias, apresentando enormes falhas e precariedades na gestão da prova. A principal causa do erro no reconhecimento está na *semelhança entre as pessoas*.

O reconhecimento possui alto grau de falibilidade e, portanto, valor probatório de escassa consistência. Isso porque, o subjetivismo inerente à prova em questão contamina sua eficácia. Entretanto, por sua força impressionística, mesmo diante das comprovadas falhas desse meio de prova, os juízes continuam a ser influenciados pela identificação positiva realizada pela testemunha, ainda que tais resultados equivalham a uma pacífica indicação de culpa (LOPES, 2011, p. 6).

3.3. Fatores que contribuem para a imprecisão do reconhecimento pessoal

Alguns fatores contribuem para as falhas de percepção diante das limitações cognitivas das vítimas e testemunhas: aspectos visuais, velocidade do evento, a distância, a duração do crime, a idade do reconhecedor, a utilização de álcool ou droga, o nível de estresse, a repercussão midiática e, principalmente, o tempo transcorrido entre o crime e o reconhecimento.

Além desses fatores, conforme pesquisas empíricas da psicologia cognitiva, oportuno destacar 3 estudos que comprovam alguns fatores de imprecisão:

I) a presença de arma, fazendo com que a pessoa experimente a violência no evento, desencadeia um processo cognitivo negativo na atenção, percepção e memória;

II) a diferença de raça entre o reconhecedor e o suspeito, pois é cognitivamente mais difícil distinguir faces quando a raça não é a mesma. É mais fácil diferenciar rostos familiares aos nossos, de maneira que pessoas de grupos raciais minoritários

correm mais risco de serem falsamente reconhecidos que pessoas de grupos majoritários;

III) as vítimas são mais passíveis de identificações erradas, já que enquanto as testemunhas miram por mais tempo na face do autor do fato, as vítimas concentram-se nos movimentos de seus membros superiores (RAMOS, 2019, p. 112; FERNANDES, 2019, p. 249-250).

3.4. A irrepetibilidade do reconhecimento de pessoas

Conforme Cecconello, Ávila e Stein (2018, p. 1058; 1062-163), as vulnerabilidades da prova do reconhecimento de pessoas se elevam à medida que ocorre a sua repetição, tendo em vista que fatores como o possível esquecimento de informações ou a inserção de informações posteriores ao evento, que modificam a memória original, podem enfraquecer sua fidedignidade. A repetibilidade da prova dependente de memória, tal como o reconhecimento, pode apresentar um risco de deteriorar essa evidência, ao invés de preservá-la.

4. Reconhecimento fotográfico

Apesar de ser um meio de prova irritual, pois inexistia previsão na legislação brasileira acerca do procedimento ser realizado por intermédio de fotografias, a jurisprudência tem admitido tal prova: “[...] conforme precedentes desta Corte, o reconhecimento fotográfico pode ser valorado em conjunto com outros elementos probatórios, que reforcem, para o fim de convencimento quanto ao fato criminoso.”. (STJ, RHC 94.868/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018.)

“[...]. O reconhecimento fotográfico pode servir como meio idôneo de prova quando corroborado por outros elementos probatórios, além de ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu no presente caso” (STJ, AgRg em RESP 201.891/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/08/2013).

O Tribunal de Justiça de São Paulo também avalia a admissibilidade do reconhecimento fotográfico:

A validade do reconhecimento fotográfico, como meio de prova no processo penal condenatório, é inquestionável e reveste-se de eficácia jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção, como no caso, a prolação de um decreto condenatório. (TJSP, Apelação Criminal 271.710-3, Sexta Câmara Criminal, Rel. Desembargador Debatin Cardoso, julgado em 05/08/1999).

A crítica feita ao reconhecimento fotográfico é que mostrar fotografias pode viciar todo o posterior procedimento de identificação, razão pela qual deve ser valorado com muita cautela um reconhecimento de pessoas antecedido por identificação fotográfica. Pesquisas apontam que os erros de identificação sobem de 18% para 29% quando há um reconhecimento fotográfico prévio (FERNANDES, 2019, p. 243).

Tal como o reconhecimento fotográfico, o retrato falado e outros reconhecimentos informais podem afetar a precisão da memória. Diferenças entre a cena presenciada pelo reconhecedor e a fotografia podem prejudicar a realização do reconhecimento fotográfico, já que pode ocorrer alterações físicas nesse interregno. Outras condições podem prejudicar a fidedignidade da imagem, como a qualidade do papel fotográfico, da câmera, do tempo em que a foto foi tirada (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 484).

Aliás, há interessantes posicionamentos jurisprudenciais nesse sentido:

“Decreto condenatório que se baseou em reconhecimento fotográfico – Prova deveras frágil, tendo em vista a ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer – Pedido deferido.” (TJSP, Revisão Criminal 255.637-3, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Desembargador Celso Limongi, julgado em 16/12/2000).

“A fotografia atenuando os relevos, eliminando as cores, faz, frequentemente, desaparecer diferenciações notáveis, o que explica por que, muitas vezes, nas fotografias, encontramos semelhanças que nunca havíamos notado nos originais.” (TJSP, Apelação Criminal 260.474-3, Quinta Câmara Criminal, Rel. Desembargador Dante Busana, julgado em 10/06/1999).

Em resumo, o reconhecimento fotográfico é um meio de prova precário, que deve ser descartado. Não pode servir como prova em ação, devendo ser realizado

apenas o reconhecimento pessoal (ao vivo). Cite-se o trecho do paradigmático e recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...]. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

[...].

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. (STJ, HC 598.886/SC. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020).

Apesar de ser meio de prova inválido para um decreto condenatório, a Corte Superior admite sua utilização como “*etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal*”. Conforme já afirmamos, estudos científicos demonstram que a utilização de fotografias no procedimento antecedente pode sugestionar o reconhecedor, o que, realmente, deveria ser uma prática extinta.

Contudo, ainda que se insista na utilização do reconhecimento fotográfico, deve ser seguido rigidamente o procedimento previsto no art. 226, CPP. Sobre o assunto, cumpre destacar decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. FASE INQUISITORIAL. AUSÊNCIA DE CONFIRMAÇÃO JUDICIAL. ORDEM CONCEDIDA.

- O reconhecimento fotográfico somente deve ser considerado como forma idônea de prova, quando acompanhada de outros elementos aptos a caracterizar a autoria do delito.

- A produção de provas na fase inquisitorial, deve observar com rigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua capacidade probatória.

- Ordem CONCEDIDA para anular o acórdão recorrido e determinar a imediata soltura do Paciente, salvo se por outro motivo estiver preso. (STJ, HC 56.723/SP, Rel. Ministro Paulo Medina, julgado em 09/11/2006).

Salienta a mencionada Corte:

[...]. Todos sabemos o que significa um reconhecimento fotográfico, pura e simplesmente, dada a possibilidade de equívoco sempre presente, por parte de quem procura reconhecer o fotografado, o que é, aliás, compreensível.

A esse argumento, acrescente-se, ainda, o fato de que a persecução penal, por se tratar de procedimento de natureza administrativa, destinada ao esclarecimento do caso penal, não está afetado pelo princípio do contraditório.

[...]

Na espécie, corroborado pelos excertos colhidos da sentença condenatória e do acórdão recorrido, patente que não se observaram as formalidades inculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal, bastando notar que nada mais existe na sentença do que o reconhecimento fotográfico viciado pelas falhas já apontadas.

Não deve o ato de reconhecimento ser realizado apenas com uma fotografia, mas sim preparado um conjunto com várias fotografias. Os indivíduos ou fotos devem ser apresentados à testemunha de forma sequencial, um por vez, ou seja, separadamente. A adoção de tais práticas preconizadas com embasamento científico reduzem os riscos de danos à validade da prova.

Por derradeiro, o Superior Tribunal de Justiça proferiu uma decisão atípica, em que absolveu por insuficiência probatória em sede de *habeas corpus*. Referido julgado é recente e sublinha a relevância de seguir o procedimento do art. 226, dada a sua fragilidade probatória:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ANTERIOR COMETIMENTO DE DELITOS. ARGUMENTO INIDÔNEO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ART. 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Na hipótese, a prova utilizada para fundamentar a condenação do Paciente – reconhecimento fotográfico em sede policial – é de extrema fragilidade, haja vista a inobservância das recomendações legais dispostas no art. 226 do Código de Processo Penal, as quais, inclusive, também não foram observadas em juízo.

2. As instâncias ordinárias, ao fundamentarem a condenação do Paciente, consignaram que o reconhecimento fotográfico foi utilizado juntamente com a prova testemunhal para determinar a autoria do delito. Entretanto, o depoimento prestado pelo Policial Civil em juízo limitou-se a, tão somente, afirmar que o reconhecimento fotográfico na fase investigativa de fato existiu, não

acrescentando nenhum elemento sobre a autoria do crime ocorrido. Assim sendo, é evidente que a condenação imposta ao Paciente foi baseada unicamente no reconhecimento fotográfico, que nem sequer foi confirmado judicialmente.

3. Salienta-se que a única vítima ouvida em juízo apenas ratificou o que já havia afirmado em sede policial, não tendo sido observadas as formalidades mínimas previstas no aludido art. 226 do Código de Processo Penal, nos termos da interpretação conferida a tal preceito por esta Corte.

4. Dessa forma, não há como concluir, como o fez o Tribunal de origem, pela manutenção da condenação, valendo ressaltar, ainda, que "*a longa ficha de furtos e roubos praticados pelo apelante*", a que se refere aquele Sodalício, não é fundamento idôneo para se impor ao Paciente uma nova condenação, se não houver provas robustas para tanto.

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para absolver o Paciente condenado pela prática do crime previsto 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e, por conseguinte, determinar a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso. (STJ, HC 545.518/ES. Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 15/12/2020).

Percebe-se que a Corte Superior vem alterando a orientação do art. 226, CPP, procurando fornecer uma interpretação mais próxima dos altos níveis epistemológicos da psicologia cognitiva, com o intuito de evitar condenações injustas e argumentações retrógradas.

5. Reconhecimento e o direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)

O ônus de demonstrar os fatos imputados ao réu é exclusivo da acusação. Não cabe ao imputado fornecer provas que possam lhe prejudicar. Com origem na presunção de inocência, o direito à não autoincriminação revela a impossibilidade de obrigar o acusado a colaborar com a investigação dos fatos.

O direito de permanecer inerte às atividades persecutórias possui o escopo de proteger o indivíduo contra excessos no exercício do poder punitivo, os quais envolvem o resguardo contra violência física ou psicológica e a não admissão de mecanismos proibidos de interrogatório para que o imputado colabore com a investigação de delitos. Essa máxima é conhecida como *nemo tenetur se accusare* ou *nemo tenetur se detegere*.

O direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo e nem a declarar-se culpado é uma extensão da presunção de inocência, que se consubstancia no art. 8.2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Essa formulação também assegura o direito ao silêncio, insculpida no art. 5º, inc. LXIII, do texto constitucional brasileiro, um direito fundamental para limitar o autoritarismo penal.

Incide o aludido princípio no reconhecimento de pessoas, embora se trate de meio de prova que não requeira participação “ativa” da pessoa reconhecida. Não há que se falar em crime de desobediência a recusa, do investigado ou acusado, na realização do ato de reconhecimento (CHOUKR, 2018, p. 573). Não podem ser exigidos comportamentos ativos do sujeito investigado ou acusado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu ser admissível a recusa do acusado de entregar fotografias:

[...]. Inviabilidade de se exigir que, arcando com as despesas, produza prova contra si mesmo – Hipótese em que deverá a autoridade policial valer-se dos recursos que lhe são fornecidos pelo Estado, observadas as formalidades mínimas, para sua obtenção. (TACrimSP, RT 633/2997).

6. Reconhecimento por voz

Os tribunais admitem a identificação realizada sem ser pelo rosto do acusado: *“Possibilidade de reconhecer o autor do crime pelo conjunto de suas características físicas.”* (TJ/SP, RT 817/555).

Referido julgado admite que possa haver reconhecimento de partes de características físicas: olhos, nariz, boca, além de tatuagens, pintas em parte específica do corpo, etc. Conforme orienta o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“A voz humana apresenta características no modo de falar, na pronúncia de certas consoantes, ou com forte dialeto regional que podem permitir o reconhecimento do agente quando confirmada por outras provas.” (TACrSP, ApCr 310.863).

Por óbvio, referido reconhecimento pontual deve ser visto com muito cuidado e não serve para embasar assertivamente a autoria de alguém, ante o fator limitante a que está condicionado tal ato. Em observação a isso, o Tribunal de Justiça reconheceu que o reconhecimento de voz do acusado não é elemento de prova suficiente para a condenação, deferido a Revisão Criminal por reconhecer que a condenação era

contrária à evidência dos autos: “Roubo. Emprego de arma. Identificação feita pela voz e pelos olhos, observados através de um capuz (touca ninja) cobrindo o rosto. Pedido de absolvição por contrariedade às evidências dos autos. Revisão deferida para absolver.” (TJ/SP, Revisão Criminal 0018448-94.2018.8.26.0000, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Desembargador Figueiredo Gonçalves, julgado em 26/08/2019).

Consta no referido acórdão que a vítima de um roubo teria feito o reconhecimento da voz do acusado, uma vez que, segundo ela, os agentes do roubo estavam encapuzados no momento do crime, o que impossibilitou identificá-los pelo rosto. Ainda de acordo com os autos, os objetos roubados não foram localizados. Afirmando os desembargadores do Grupo de Direito Criminal:

[...].

Não se duvida que o reconhecimento feito pela voz do agente possa ser um importante elemento de prova, haja vista o desenvolvimento tecnológico nessa área. Todavia, da forma como foi realizado, a prova não pode ter valor absoluto. [...] Além disso, após a situação de forte impacto emocional pela qual passou a vítima, seria natural que ela reconhecesse qualquer voz que lhe fosse apresentada.

[...].

É certo que a vítima, salvo hipóteses excepcionais, não mente para prejudicar um desconhecido, contudo, pode ser induzida a identificar um rosto que lhe pareça familiar, quando já vira alguém semelhante, podendo tomá-lo como o provável autor do crime. Entretanto, mesmo não tendo como reconhecer, por uma transferência de contexto, vincula-o ao delito acontecido.

Essa possibilidade realiza o que a psicologia denomina-se *atribuição errada*, que pode ocorrer de várias maneiras, porém, nessa situação se dá pelo fenômeno denominado *transferência inconsciente*. Isso revela o que não é novidade alguma: a falibilidade da memória ao reconstituir fatos, mesmo que percebidos recentemente.

Portanto, se a falibilidade é imperativa no reconhecimento pessoal, diante dos profundos diagnósticos da psicologia cognitiva, indubitável que a falibilidade do reconhecimento por voz é muito maior. No reconhecimento por voz há a exigência da audição, um tipo de cognição que exige alto grau de sensibilidade por parte do reconhecedor. A memória auditiva também é altamente falível, de maneira que pode incidir os problemas de “*atribuição errada*” e de “*transferência inconsciente*” das vozes.

CAPÍTULO VIII – DA ACAREAÇÃO

Renan Posella Mandarinino²

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

1. Discrecionariade da autoridade judicial para sua realização

A acareação trata-se de meio de prova aplicável na hipótese em que houver divergências entre fatos ou circunstâncias relevantes entre as pessoas indicadas no art. 229. Acarear consiste no ato processual cujo objetivo é colocar duas ou mais pessoas em confronto para elucidarem pontos controvertidos de seus depoimentos (DEZEM, 2018, p. 667).

A realização da acareação não constitui direito subjetivo processual da parte. Trata-se de *providência facultativa do juiz* para a formação de seu convencimento, não se podendo falar em cerceamento de defesa o seu indeferimento:

[...] Não realização de acareação requerida pela defesa. Indeferimento. Motivação idônea. Livre convencimento motivado. 5. Sem embargos acerca do amplo direito à produção de provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. 6. Hipótese em que o Juízo sentenciante concluiu pela desnecessidade da prova, diante do conjunto probatório contido nos autos, apto ao seu convencimento acerca da materialidade e autoria da conduta criminosa (STJ, HC 351.633/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 28/06/2017).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR ROUBO. ACAREAÇÃO ENTRE TESTEMUNHAS. ATO INDEFERIDO PELO MAGISTRADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, BEM COMO ÀS REGRAS

² Doutorando em Ciências Jurídicas pela UENP - Jacarezinho/PR. Mestre em Direito pela UNESP - Franca/SP. Advogado. Coordenador Regional da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

DO SISTEMA ACUSATÓRIO. INOCORRÊNCIA. DEFERIMENTO DE PROVAS. DECISÃO DISCRICIONÁRIA DO MAGISTRADO.

I - O deferimento de provas submete-se ao prudente arbítrio do magistrado, cuja decisão, sempre fundamentada, há de levar em conta o conjunto probatório.

II - É lícito ao juiz indeferir diligências que reputar impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

III - Indeferimento de pedido de acareação de testemunhas, no caso, devidamente fundamentado.

IV - Inocorrência de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou às regras do sistema acusatório.

V - Recurso conhecido e improvido.

(STF, RHC 90.399, Primeira Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 23/03/2007, DJe 27/04/2007).

2. Pressupostos da acareação

Extraem-se do art. 229, os seguintes pressupostos: I) declarações já prestadas; II) divergência entre estas declarações; III) a divergência deve se dar sobre o fato ou circunstância relevante.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACAREAÇÃO. NÃO REALIZAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O deferimento da acareação exige a presença de dois pressupostos: 1) as pessoas a serem acareadas já devem ter prestado suas declarações perante o mesmo juízo e sobre os mesmos fatos e circunstâncias; 2) as declarações já prestadas devem ser divergentes sobre algum ponto relevante para a solução da causa, hipóteses não presentes no caso dos autos, já que a defesa pretendia acareação de policiais civis não arrolados como testemunhas por nenhuma das partes e que não foram ouvidos na fase judicial ou extrajudicial da persecução criminal sobre o alegado emprego de tortura contra o paciente, estando ausente o pressuposto da declaração divergente.

3. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 320.974, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016).

Logo, somente se pode viabilizar a acareação quando as partes a serem acareadas *já prestaram suas declarações/depoimentos*, de maneira que não será possível saber

eventual controvérsia se as pessoas ainda não depuseram. Além disso, a divergência deve ocorrer sobre *fatos ou circunstâncias relevantes*, isto é “deve-se cotejar o objeto do processo discutido na ação e as teses desenvolvidas nos autos” (DEZEM, 2018, p. 668).

Logo, a divergência acerca do ponto relevante, apesar de ser genérica e permitir alto grau de subjetividade do magistrado para (in)deferir a acareação, oportuno compreender essa “relevância” como dúvidas ou contradições que viessem a influir diretamente no julgamento.

3. Momento da acareação

Pode ser realizada tanto na fase judicial (art. 230, CPP) quanto no inquérito policial (art. 6º, inciso IV, CPP).

A acareação na modalidade de inquérito policial não enseja nulidade: *“Tratando-se a acareação de ato exclusivamente policial e, pois, inquisitório, sem maior reflexo no processo, não há que se falar em nulidade diante da ausência do defensor do réu em sua execução, pelo fato de não ter sido intimado para tanto”*. (TJTACrim 21/194). Aliás, sobre o assunto, oportuno o escólio do Supremo Tribunal Federal:

[...] Inquérito policial: peça informativa que não interfere na ação penal. 1. Reiteraões das teses que dizem respeito ao conjunto probatório. Impossibilidade de conhecimento. 2. A acareação feita no inquérito policial, reputada ilegal por não ter havido o prévio interrogatório de um dos acareados, não macula a ação penal, por ser peça meramente informativa. (STF, ROHC 81.065/RJ, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 28/09/2001).

Outro ponto que merece ser sublinhado é a previsão do art. 400, CPP:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, **nesta ordem**, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Depreende-se, portanto, que a acareação dá-se após o encerramento da oitiva das

pessoas cujos depoimentos se apresentam divergentes. É extremamente relevante seguir a ordem da audiência de instrução prevista no art. 400, CPP:

1º) Declarações do ofendido;

2º) Testemunhas de acusação e defesa;

3º) Esclarecimento dos peritos;

4º) Eventuais acareações ou reconhecimentos;

5º) Interrogatório do acusado (ao final de todas as provas).

Oportuna a lição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “o réu sempre fala por último”, em respeito ao efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO BOJO DO HC 127.900/AM. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. ACUSADO INTERROGADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. NULIDADE PRESENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. **O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução**, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade.

Ressalvou-se, contudo, a incidência da nova compreensão aos processos nos quais a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (11.03.2016).

2. In casu, o paciente foi interrogado na abertura de audiência iniciada e finalizada em 21.07.2016, sendo de rigor o reconhecimento da mácula processual.

3. Ordem concedida.

(STJ, HC 397.382/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/08/2017).

2. Rol de acareados e eficiência da acareação

Os sujeitos à acareação são acusados, testemunhas e vítimas. Há uma divergência de entendimento sobre a possibilidade de participação do Perito na realização da acareação.

Parte da jurisprudência sustenta que o *rol não é taxativo* e, “havendo divergência entre as conclusões do laudo pericial e as declarações do réu e das testemunhas, deve-se realizar a acareação destes com os Peritos, em busca da verdade real, sendo que, de outra forma, impõe-se a absolvição” (RJTACrim 21/270).

Contudo, parece-nos que essa posição está obsoleta e fere o princípio da legalidade, pois nesse rola não estão incluídas as autoridades técnicas (peritos), não havendo possibilidade de acareação entre testemunhas e assistentes técnicos, por exemplo. “Neste ponto, peritos são chamados a esclarecer tópicos técnicos na forma preconizada neste Código, e não discutir sobre esses pontos com testemunhas leigas” (CHOUKR, 2018, p. 577).

Apesar da disponibilidade para utilização da acareação, seu resultado é pouco eficiente:

[...]. Normalmente, a acareação não dá o resultado esperado. Se o acareado estava de má-fé, tendo mentido deliberadamente, dificilmente modificará sua narrativa.

A acareação, em si, não tem valor probatório, mas serve como elemento para que o juiz possa valorar os depoimentos das testemunhas, as declarações do ofendido e o interrogatório do acusado. (BADARÓ, 2017, p. 488).

Portanto, a acareação não se apresenta como instrumento probatório imprescindível para o esclarecimento dos fatos, existindo outros meios de provas mais eficientes. Cumpre salientar que é um procedimento intimidatório, pois gera temor entre as testemunhas, e desigual, pois acusados tem a seu favor o direito ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, vítimas não tem o compromisso legal de dizer a verdade (apesar da possibilidade de responder pelo crime de *denunciação caluniosa*), ao passo que testemunhas prestam o compromisso de dizer a verdade (apesar de estar assegurado seu direito à não autoincriminação). (DEZEM, 2018, p. 669).

Todavia, a acareação pode ser relevante diante de uma situação de *crime de falso testemunho*, pois nasce uma oportunidade para a testemunha se retratar antes de

sentença e, assim, evitar a concretização do fato típico de falso testemunho (art. 342, §2º, CP).

Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações divirjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.

A acareação por precatória não se mostra em consonância com atual sistema acusatório (art. 3º-A, CPP), com a concentração e unidade dos atos processuais. A essência do ato é contrapor diretamente as pessoas que prestam versões divergentes. Neste ponto, a videoconferência mostra-se menos prejudicial (CHOUKR, 2018, p. 577), já que permite maior imediatidade do ato processual ao viabilizar a presença simultânea dos sujeitos da acareação.

CAPÍTULO IX – DOS DOCUMENTOS

Renan Posella Mandarinho³

Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

Documento é toda base material em que haja fixação do pensamento humano e que possa demonstrar fato juridicamente relevante para o processo. Pouco importa a forma. Pode tratar-se de uma declaração manuscrita, datilografada, impressa, desenhada, esculpida, gravada, etc. Enfim, o documento se exterioriza em qual

³ Doutorando em Ciências Jurídicas pela UENP - Jacarezinho/PR. Mestre em Direito pela UNESP - Franca/SP. Advogado. Coordenador Regional da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

elemento material apto a receber e conservar uma declaração de vontade ou de pensamento, expresso por qualquer modo capaz de ser compreendido, traduzido, interpretado (DEZEM, 2018, p. 671).

Depreende-se que, ao contrário do processo civil, no processo penal não se verificam regras preclusivas para produção de prova documental. Uma exceção merece ser destacada: no Tribunal do Júri, durante o julgamento não é permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte (**art. 479, CPP**).

A respeito do art. 479, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser inviável a leitura de documento, não juntada, anteriormente, no prazo legal. Contudo, adverte:

[...] em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o juiz singular indeferiu a exibição e leitura de material jornalístico acerca de homicídios ocorridos na região em circunstâncias semelhantes à dos autos, a fim de evitar qualquer surpresa à acusação, **sendo autorizada a referência aos documentos na sessão plenária, a fim de amparar a tese de negativa de autoria sustentada pela defesa.** (STJ, REsp 1503640/PB, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 10/08/2015).

Destaque-se que não estão abarcados pela vedação do art. 479 os documentos que não tenham relação com a matéria de fato:

A apresentação, pelo assistente de acusação, de fotografia da vítima em data bastante anterior ao delito apurado nos autos não contraria o disposto no art. 479 do Código de Processo Penal, uma vez que, consoante dispõe seu parágrafo único, a antecedência mínima e a ciência à outra parte são exigidas apenas quanto aos elementos probatórios que possuam relação direta com os fatos submetidos ao Tribunal do Júri. (STJ, REsp 1492529/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 17/06/2016).

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

1. Espécies

Documento público é aquele expedido na forma da lei, por um funcionário público, no exercício de suas funções (por exemplo, uma escritura lavrada por tabelião, uma sentença proferida pelo juiz, etc.). Documento particular é aquele escrito e/ou assinado por particulares. Em outras palavras, é o documento que não é lavrado por funcionários públicos, no exercício regular de suas funções (BADARÓ, 2017, p. 493).

2. Documentos eletrônicos

As inovações tecnológicas provocaram alterações no campo da prova penal. O documento eletrônico é aquele gerado ou arquivado por sistema computadorizado, em meio digital. Os pontos críticos desse tipo de documento são a comprovação da identidade das partes (autoria e aceitação) e a prova da obtenção e fidelidade de seu conteúdo.

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

Carta é o “objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, comercial ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário”, conforme art. 47, Lei nº 6.538/78.

Um tema bastante polêmico refere-se às **cartas psicografadas**. Não se trata de prova ilícita, podendo ser utilizada no Tribunal do Júri. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça paulista:

[...] carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do corréu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até me respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido. (TJ/SP, Apelação Crime 70016184012, Rel. Desembargador José Martinez Lucas, julgado em 11/11/2009).

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

O dispositivo faz remissão sobre a gestão de provas no processo penal, assunto este melhor analisado no art. 155 e 156, ambos do CPP.

Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade.

O dispositivo faz remissão sobre exame documentoscópico, assunto este melhor analisado no art. 174, CPP.

Art. 236. Os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade.

Art. 237. As públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença da autoridade.

Art. 238. Os documentos originais, juntos a processo findo, quando não exista motivo relevante que justifique a sua conservação nos autos, poderão, mediante requerimento, e ouvido o Ministério Público, ser entregues à parte que os produziu, ficando traslado nos autos.

O documento em língua estrangeira deve ser traduzido para que se torne acessível a todos. É inadmissível a recusa do pedido de tradução pelo juiz sob o fundamento de que o sabia ler (COUKR, 2018, p. 580), havendo a “necessidade de tradução para o idioma nacional para que seu conteúdo seja acessível a todos, sendo dispensável apenas quando o documento for visível e patentemente inócuo para o desfecho da demanda”. (TJ/SP, RT 637/238).

Há quem sustente que o julgador tem a discricionariedade para aferir sobre a necessidade de tradução de documento em língua estrangeira, de maneira que se entender positivamente pela tradução, o julgador deve transferir à parte a responsabilidade de traduzir o documento:

[...] se o Ministério Público junta aos autos documentos em língua estrangeira, cabe-lhe providenciar a tradução através de profissional habilitado ou indicar ao juiz quem possa fazê-la, mediante compromisso, sob pena de a prova não ser considerada. Face à atual autonomia do órgão da acusação não se justifica mais que o Estado-judiciário supra eventuais deficiências na colheita da prova. (TRF, 4ª Região, Rel. Desembargador Vladimir Freitas, 02/09/1997).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal**: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p.1057-1073.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal & Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019.

LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento de pessoas e coisas como um meio de prova irrepetível e urgente. Necessidade de realização antecipada. **Boletim IBCCRIM**, ano 19, n. 229, p. 6-7, Dez. 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Reconhecimento de pessoas no processo penal e a falsa memória. In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. (Org.). **Direito penal, processo penal e constituição I - A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 536-555. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0d2ac0e8224a99eb>>. Acesso em: 15 out. 2020.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAMOS, Vitor de Paula. **La prueba testifical:** del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo com la psicologia y la epistemologia. Madrid: Marcial Pons, 2019.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses** – série Pensando o Direito. n. 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (Série Pensando o Direito, n. 59), 2015. Disponível em:

<http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

CAPÍTULO X – DOS INDÍCIOS

Messênia Cristina Munhato¹
(arts. 239 ao 250)

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Ver: CPPM artigos 382 e 383.

Em relação aos indícios, importante a observância da SV 14 e Súmula 524 do STF.

A respeito de indícios para a decretação da prisão preventiva do CPP artigo 312:

STJ. RHC 106.767 - RJ (2018/0339475-3) REL. MIN. Ribeiro Dantas. Ementa: Processual Penal. RHC. Tráfico de Drogas. Prisão Preventiva. Ausência de fundamentação. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.

CAPÍTULO XI – DA BUSCA E DA APREENSÃO

Messênia Cristina Munhato²

Após a realização da diligência de busca e apreensão, o Delegado de Polícia deverá documentá-la por meio do auto de busca e apreensão, assinado pelos executores da medida e testemunhas. Após, deverá ser expedido o ofício de comunicação judicial.

¹ Advogada, escritora, palestrante, coordenadora da Comissão de Estudos e Prevenção ao Uso de Drogas e Afins da OAB de São José do Rio Preto. Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público Material pela Faculdades Damásio de Jesus. Graduação em Direito pela Universidade Paulista – UNIP. Graduação em Letras (Português, Inglês e Demais Licenciaturas) pela Universidade de Franca – UNIFRAN.

² Advogada, escritora, palestrante, coordenadora da Comissão de Estudos e Prevenção ao Uso de Drogas e Afins da OAB de São José do Rio Preto. Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público Material pela Faculdades Damásio de Jesus. Graduação em Direito pela Universidade Paulista – UNIP. Graduação em Letras (Português, Inglês e Demais Licenciaturas) pela Universidade de Franca – UNIFRAN.

Sempre que houver a apreensão de algum objeto, a autoridade policial (ou promotor de justiça) determinará a lavratura do auto de exibição e apreensão. Trata-se de requisito essencial à formalidade do ato, cuja ausência acarreta nulidade.

Da mesma forma, é indispensável a referida comunicação ao órgão específico, em determinados casos; como, por exemplo: medicamentos, venenos, explosivos, outros produtos controlados, cargas transportadas, armas que necessitam seu referido controle, veículos produtos de outros delitos.

Caso não exista a referida comunicação ao órgão específico, também se tem uma irregularidade, que pode configurar-se em nulidade da apreensão realizada. Afinal, por que não se procederia à comunicação obrigatória?

A **busca** consiste na investigação, procura dos elementos materiais relacionados ao delito.

A **apreensão** consiste na formalização do encontro desses elementos probantes.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

Ver: CF artigo 5º XI; Pacto de São José da Costa Rica artigo 11; CPPM artigos 170 e 180

Em relação à busca pessoal, é importantíssimo verificar as condições em que ela se deu e se não infringiu a SV 11 do STF.

Ver: Repercussão Geral, Tema 280 (9/5/2016): Provas obtidas mediante invasão

de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão.

A busca pessoal consiste na inspeção do corpo e das vestimentas de algum suspeito, para apreensão de objetos e instrumentos. Inclui tudo o que estiver em seu poder: bolsas, pastas, malas, embrulhos, pacotes, veículos etc.

§1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

Devem existir FUNDADAS RAZÕES: fundamentadas, arrazoadas, demonstradas, claras, justificadas. Não se trata de mera “suspeita”.

Neste sentido: STF. RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010.

STJ. REsp 1.662.601-RS (2017/0065676-1) REL. MIN. Maria Thereza de Assis Moura. Ementa. REsp. PENAL E PROCESSO PENAL. Tráfico Ilícito de Drogas. Crime permanente. Busca e apreensão domiciliar embasada em informações informais. Ausência de mandado e de autorização do morador. Realização sem indicação da situação de flagrância. **Necessidade de fundadas razões.** ILICITUDE.

a)prender criminosos;

Ver: CPP artigo 293.

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

Ver: CP artigo 169 parágrafo único II.

c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;

Ver: CP artigos 289 a 311.

d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;

Ver: LCP artigos 18, 19, 24 e 25.

No Estado de São Paulo, a Portaria DGP-34/97 estabelece procedimento a ser adotado quando da apreensão de armas de fogo, com suas respectivas providências.

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

As polícias possuem vasto treinamento e tirocínio para descobrir provas da infração; sendo que devem utilizar de suas capacidades para promover o acúmulo dessas provas, evitando desrespeitar os direitos e garantias fundamentais, a exemplo do asilo inviolável do indivíduo.

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

É importante observar o sigilo constitucional das comunicações, dentre elas as cartas. A mera suspeita sem indícios maiores não pode ser autorizadora à invasão à privacidade do indivíduo que sofre a busca e do seu interlocutor de uma missiva.

g) apreender pessoas vítimas de crimes;

Por exemplo: o ofendido que se encontra privado de sua liberdade, como em casos de subtração de incapazes, redução à condição análoga à de escravo, seqüestro.

h) colher qualquer elemento de convicção.

Qualquer elemento de convicção é dizer extremamente amplo e genérico, que não pode ser aceito em nossa prática processual, quando estiver em desacordo com as garantias fundamentais da pessoa; sob pena de constituir diversos abusos de autoridades, em desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

§2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

Em relação à busca domiciliar, é importante a verificação do sujeito que realiza a busca e da sua atribuição funcional. Pode ocorrer de autoridade não competente realizar a busca domiciliar, situação em que esta medida deverá ter sua nulidade declarada. É comum, por exemplo, que Promotores de Justiça do GAECO procedam a buscas domiciliares, acompanhados da Polícia Militar.

De acordo com a Constituição Federal, artigo 144, é explícito que a Polícia Militar não possui competência para realizar atos de polícia judiciária.

Neste sentido: STF, ADI nº 3.441, Reator Min. Ayres Britto, j.05/10/2006, P, DJ de 09/03/2007.

Também nesse sentido: STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 702.617/AM, Reator Min. Luiz Fux.

Deste modo, caso a Polícia Militar realize a busca domiciliar em alguma residência sem a presença do Promotor de Justiça que solicitou o ato, ou sem a presença da Polícia Civil ou da Polícia Federal, esta busca será ilegal, por usurpação da função da PM. Quaisquer descobertas advindas desta busca serão provas ilícitas por derivação, não admitidas em nosso ordenamento jurídico.

Ver: STF, HC nº 74.586, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 05/08/1997, 2ª Turma, publicado no DJ de 27/04/2001.

TJSP - Apelação nº 0001383-34.2016.8.26.0428 - fls. 04/07 – Relator Des.Márcio Bartoli – 1ª. Câmara Criminal.

Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

Ver: CF artigo 5º XI; CP artigo 150; CPPM artigo 177.

Neste sentido:

STJ. HC381.619-RS (2016/0322217-0) Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Impetrante: DPE-RS. Impetrado: TJRS. EMENTA HC. Tráfico de Drogas e Porte Ilegal de Munições de Uso Restrito. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. Invasão de domicílio pela polícia. **Necessidade de justa causa.** NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ILICITUDE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA.

STJ. RHC 92.003-DF (2017/0302014-0) Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Ementa: Penal e Processual Penal. RHC. (...) 5. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS. PROVA ILÍCITA. artigo 157 DO CPP. 6. RHC provido em parte.

STJ. REsp 1.558.004/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª T., DJe 31/8/2017. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

STJ. RHC 18.204 - RS (2005/0130314-8) Rel. Min. NILSON NAVES. 6ª T. D.j. 28/10/2008. Ementa: Busca e apreensão (ilegalidade). Mandado judicial (falta). Justa causa (ausência). Ação penal (extinção). 1. A busca domiciliar também em estabelecimento comercial pressupõe a expedição de mandado judicial. No caso, a busca e apreensão, em razão da ausência de ordem judicial autorizadora, violou normas de natureza constitucional (artigo 5º, XI e LVI) e de ordem processual penal (artigos 240 e 241), ainda que tenha contado com o consentimento da recorrente. 2. Quando intentada na origem, a ação não era para ter tido início, porquanto iniciada com afronta a textos de lei, mas teve. Tais as circunstâncias, está-se diante de algo que, tendo nascido, nasceu morto. 3. Na hipótese dos autos, como a única prova foi obtida por meio ilícito, falta justa causa para a ação penal, daí que sofre a recorrente a coação ensejadora do habeas corpus. 4. Precedente do STJ: HC-41.504, de 2008. 5. Recurso ordinário provido a fim de se extinguir a ação penal.

Polícia Federal

A Portaria n.1.287/2005 do Ministério da Justiça dispõe sobre a execução de diligências da Polícia Federal, para cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão.

Polícia Civil

A Polícia Civil do Estado de São Paulo possui um Manual de Polícia Judiciária, que atualiza com frequência, que se encontra em todas as delegacias do Estado, que determina como a atividade de polícia judiciária deve ser executada por seus profissionais, a exemplo do “procedimento operacional padrão” da Polícia Militar.

Sempre é importante verificar as regras administrativas do órgão, cujo agente que procedeu à busca esteja vinculado, a fim de se constatar a legalidade ou ilegalidade da medida.

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Ver: Pacto de São José da Costa Rica artigo 11; CPPM artigo 176.

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Art. 243. O mandado de busca deverá:

Ver: CPPM artigo 178

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

Caso a residência seja habitada por várias pessoas, a diligência deverá respeitar a inviolabilidade do espaço destinado às outras pessoas, que não o suposto sujeito do crime. Então, se o suposto autor do fato tem seu quarto identificado, não cabe a busca no quarto de seus pais, por exemplo.

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

Todas as decisões devem ser motivadas (CF 93 IX).

Neste sentido: STJ. PExt no HC 198.224 - CE (2011/0037346-8) Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. D.j. 05/12/2013. Ementa: HC. PEDIDO DE EXTENSÃO. Crimes contra a ordem Tributária. Corrupção ativa. BUSCA E APREENSÃO. LIMITAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. PLEITO DE EXTENSÃO DEFERIDO.

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

O requerimento do mandado de busca também deverá ser assinado, especialmente se for elaborado por promotor de justiça, uma vez norma própria:

Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo (Ato Normativo 675/10):

Artigo 1º Ao Promotor de Justiça incumbe:
XXIII – identificar-se de forma legível e apor a assinatura em todos os trabalhos que executar e em atos dos quais participar, sendo vedado o uso de chancela

§1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Ver: CF artigo 133 §3º.

Nos últimos anos, vários abusos foram perpetrados contra advogados. É muitíssimo importante o advogado contactar as “Prerrogativas” da OAB, em caso de se tornar alvo de abusos de autoridades; providenciar a gravação de todos os atos e valer-se das corregedorias dos órgãos responsáveis pelo agente que cometeu o abuso.

O *Estatuto da OAB, Lei 8.906/94, artigo 7º II* dispõe que a busca em escritório de advocacia seja realizada mediante ordem judicial e acompanhada por representante da OAB.

A *Portaria 1.288/05 do Ministério da Justiça* estabelece a execução de diligências da Polícia Federal para cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão em escritório de advocacia. Disciplina que o poder da autoridade policial não pode se revestir de carácter ilimitado, devendo prevalecer o bom senso e equilíbrio, visando a busca do interesse público; inclusive com **proibições de objetos que não poderão ser apreendidos** em escritórios de advocacia.

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Ver: Pacto de São José da Costa Rica artigo 11; CPPM artigo 182.

De acordo com as edições 126 (11) e 131 (59) das Jurisprudências em Teses do STJ, não viola o princípio da dignidade da pessoa humana a revista íntima realizada conforme as normas administrativas que disciplinam a atividade fiscalizatória, quando houver fundada suspeita de que o visitante esteja transportando drogas ou outros itens proibidos para o interior do estabelecimento prisional.

A *contrario sensu*, evidentemente que, caso a revista tenha sido realizada em desacordo com as normas administrativas que a disciplina, haverá violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Todas as polícias possuem manuais de conduta e abordagem, sendo que a Polícia Militar possui o famoso POP (procedimento operacional padrão); e todas as estudam nas respectivas Academias, com Disciplinas específicas e rigorosas neste quesito. No caso concreto, é necessário subsumir a forma como se deu a busca pessoal ao manual da polícia que procedeu à busca e verificar se foram respeitadas as normas administrativas respectivas.

Celulares

Em relação aos objetos apreendidos quando da busca pessoal, no caso os celulares, cumpre observar que não é possível a quebra do sigilo das comunicações e de dados, sem a devida ordem judicial; sendo que não devem ser vistoriados/acessados/lidos por quaisquer agentes que estejam efetuando a referida abordagem e busca; mas sim pelo perito, após a ordem judicial respectiva; sob pena de quaisquer provas ali contidas serem consideradas ilícitas.

STJ. RHC 99.735 - SC (2018/0153349-8) Rel. Min. LAURITA VAZ. D.j.27/11/2018. Ementa: RO em HC. Penal e Processual Penal. Tráfico de Drogas e Associação ao Tráfico. Autorização Judicial de Espelhamento, via whatsapp web, das conversas realizadas pelo investigado com terceiros. Analogia com o instituto da Interceptação Telefônica Impossibilidade. Presença de Disparidades Relevantes. ILEGALIDADE DA MEDIDA. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL E DOS ATOS E PROVAS DEPENDENTES. PRESENÇA DE OUTRAS ILEGALIDADES. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE DETERMINADA SEM INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. Determinação anterior de arquivamento do Inquérito Policial. Fixação direta de prazo de 60 dias, com prorrogação por igual

período. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.
STJ. RHC 101.585 - MG (2018/0199955-0) Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. Ementa: Penal e Processual Penal. RHC. Tráfico de Drogas. Prisão em flagrante. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. Verificação de mensagens (conversas de whatsapp). VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. artigo 157 DO CPP. RHC PROVIDO.

Contrabando ou descaminho

No caso dos delitos de **contrabando ou descaminho**, o Decreto-Lei 37/66 artigo 104 determina a apreensão na forma de perda/confisco do veículo utilizado para o delito, assim como da mercadoria transportada. Seja autoridade estadual ou federal que proceda à busca, as legislações correspondentes deverão ser respeitadas.

Fundada suspeita

No requisito “**fundada suspeita**”, verifica-se que não se trata de “qualquer” suspeita justificadora da busca. As autoridades policiais não podem realizar a busca em qualquer pessoa, em qualquer veículo, por mero deleite próprio. A suspeita deve ser “fundada”, robusta, pautada por elementos, circunstâncias, indícios, sob pena de ficar caracterizado o delito de abuso de autoridade.

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2o e 3o, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4o.

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

Ver: CF artigo 5º XI; Pacto de São José da Costa Rica artigo 11; CP artigo 150 §3º; CPPM artigos 175 e 179.

Consentimento noturno

Importante verificar com o morador como se deu seu “consentimento”, em caso de a busca ter sido realizada à noite: constatar se realmente houve um consentimento espontâneo, ou se foi “incentivado” ou “convencido” mediante “ameaças” a concordar com a busca em horário noturno; situação em que qualquer suposta prova advinda desta busca torna-se ilícita por derivação.

Conceito de dia

Salutar analisar o conceito de “dia”: das 6H (seis horas da manhã) às 18h (dezoito horas ou seis da tarde/noite). Há quem entenda diferente, mas não se pode ter um período de “descanso noturno” inferior às 12 horas. Portanto, das 18h01 às 05h59, tem-se o período de repouso e restabelecimento, que todas as pessoas têm direito.

Todos os dispositivos que excepcionarem/restringirem direitos devem ser analisados restritivamente/estritamente, uma vez a escolha majoritária por um Estado Democrático de Direito. O povo brasileiro vem lutando há muitos anos pela garantia de seus direitos constitucionais, sendo que o Brasil já assinou inúmeros tratados internacionais, comprometendo-se ao respeito aos Direitos Humanos. O ordenamento jurídico, como um complexo organismo, deve funcionar em sintonia, coerência e ressonância.

Não existe justificativa plausível para o cumprimento de um mandado de busca domiciliar após às 18h. A autoridade policial pode cercar a residência às 18h01 e aguardar até às 6h da manhã do dia seguinte, caso realmente acredite na necessidade desta contenção.

§1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

Em relação aos objetos da diligência, importante a análise dos itens abaixo.

Drogas

Nos processos que versam sobre tráfico de drogas, existe um procedimento rigoroso a ser seguido em relação à substância apreendida.

Ver: Lei 11.343/2006, artigos 31 e seguintes.

No Estado de São Paulo, para reger os procedimentos relacionados à formalização da apreensão, acondicionamento, guarda e incineração das drogas, foram editadas a Resolução SSP336-11/12/2008 e Portaria DGP35/2008, ambas publicadas no Diário Oficial do Estado de São Paulo. (Ver também Portaria DGP11/2000)

A Resolução da Secretaria de Segurança Pública 336/2008 é de conhecimento de todos os policiais do Estado, sejam militares ou civis; vez que quando ocorre a edição de alguma norma desta envergadura, ela é transmitida por intranet para todas as delegacias e batalhões, com a mensagem de obrigatoriedade de divulgação entre os agentes.

A Portaria do Delegado Geral de Polícia 35/2008 é de conhecimento de todos os policiais civis do Estado; vez que quando ocorre a edição de alguma Portaria do Delegado Geral de Polícia, esta é transmitida via intranet a todas as delegacias, com a mensagem de obrigatoriedade de propagação a todos os servidores.

No caso concreto, cumpre ler os três dispositivos legais e verificar se os procedimentos foram respeitados, sob pena de alguma possível nulidade/ilegalidade que prejudique o processo penal (ou a prova do fato).

Bens do Acusado pelo Tráfico de Drogas

O Capítulo IV da Lei 11.343/2006 disciplina a apreensão, arrecadação e destinação dos bens.

Propriedade Imaterial

A Lei 9.279/96 regula direitos e obrigações relacionados à **propriedade industrial**. Somente é possível a apreensão de objetos relativos à propriedade imaterial, se (e somente se) tratar-se de delitos cuja forma de processamento seja a ação penal pública incondicionada.

A citada lei estabelece nas Disposições Gerais a respeito das apreensões.

Nos delitos dessa lei cuja forma de processamento for a ação penal privada, a diligência dependerá da atuação de dois peritos, nomeados pelo Juiz, de acordo com o CPP 527.

Material relacionado ao meio ambiente

Existe previsão em legislação específica de apreensão de material para análise/amostra. A autoridade policial deve observar no Estado de São Paulo o Código Sanitário Estadual (Decreto 12.342/78), além dos dispositivos processuais penais aqui elencados e da Lei 9.605/98 (artigo 25).

§2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

Em caso de prejuízo, o agente e o Estado serão responsáveis por ressarcimento. Se o agente abusar de sua autoridade, será o único responsável.

§3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

Atualmente, todo mundo possui um celular com câmera. Adequado seria que todas as buscas fossem filmadas, para posterior análise de todas as partes do processo, inclusive e especialmente para se confirmar a legalidade do ato.

§5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

Para tanto, necessário se faz a comunicação à pessoa sobre a diligência.

§6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

Em caso de menor, salutar verificar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

§7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

Importante analisar a existência deste documento no procedimento administrativo e/ou judicial. Pode acontecer de finda a diligência, não ser lavrado auto circunstanciado, assinado com duas testemunhas presenciais, situação em que a busca será NULA e qualquer objeto apreendido será considerado ilícito por derivação, devendo ser restituído e a nulidade declarada.

Não basta apenas a assinatura das testemunhas presenciais, é necessária toda a qualificação destas testemunhas, para que elas possam ser encontradas posteriormente.

A ausência das formalidades na atuação policial na busca e apreensão pode caracterizar o delito de abuso de autoridade por parte do respectivo agente.

Art. 246. Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

Ver: CF artigo 5º XI; CP artigo 150 §§4º e 5º; CPPM artigos 173 e 174.

Art. 247. Não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer.

Não é cabível que essa informação seja comunicada apenas se a pessoa que sofreu a busca a requerer. A informação deve ser comunicada ANTES da realização da busca.

O executor da busca DEVE informar o objeto antes de iniciar a busca, conforme CPP 245 §1º. O mandado de busca deve ser o mais completo possível, conforme CPP 243. Somente pela análise do estabelecido nestes dois dispositivos, já se conclui que a informação precisa ser comunicada ANTES da realização da busca, especialmente por se tratar de uma invasão a um direito da pessoa (inviolabilidade do domicílio).

Art. 248. Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência.

Ver: CPPM artigo 179 §3º.

Não é aceitável a busca que “destrói” a casa da pessoa, que desorganiza, que atira ao solo. Os agentes devem pautar-se pelo interesse público e pelo respeito aos direitos humanos.

Neste sentido:

STJ. HC 416.483 - RJ (2017/0236856-5) Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. D.j.18/09/2017.Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em benefício dos cidadãos e cidadãs domiciliados nas favelas do Jacarezinho (nas localidades conhecidas como Vasco, Azul, Fundão, Esperança, Cruzeiro, Praça XV, Estuba, Concordia, Pontilhão, Abóbora), BANDEIRA 02 e CONJUNTO HABITACIONAL MORAR CARIOCA (TRIAGEM), Comarca do Rio de Janeiro, apontando como autoridade coatora o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que revogou a decisão concessiva de liminar proferida pelo Desembargador de Plantão nos autos do HC 00481727520178190000. Consta dos autos que, em primeiro grau, o Juízo plantonista da Comarca do Rio de Janeiro/RJ deferiu, nos autos do processo n. 02085587620178190001, o requerimento para determinar a busca e apreensão na forma requerida pelas Autoridades Policiais, nos locais indicados na representação policial, na forma da manifestação do Ministério Público constante dos autos, com fundamento nas **alíneas b, d e e do parágrafo 1º, do artigo 240, do CPP**, com o objetivo de encontrar armas em situação irregular nas referidas residências, documentos, aparelhos celulares e objetos necessários à prova dos fatos investigados no presente procedimento policial, devendo as diligências serem realizadas EXCLUSIVAMENTE pela polícia civil judiciária, na presença das Autoridades Policiais (DELEGADOS DE POLÍCIA), designadas pela Subchefia Operacional de Segurança Pública, com a participação de pelo menos 01 (um) Delegado de Polícia para supervisionar cada área em que se representa pelas buscas, a fim de garantir a legalidade do procedimento e a mínima invasão (fl. 87). Alega-se na impetração, em suma, que muito além de ofender a garantia constitucional que protege o domicílio da pessoa humana, o ato concessivo do **mandado genérico de busca** representou a legitimação de uma série de violações sistemáticas e generalizadas de direitos humanos da população das Favelas do Jacarezinho e adjacências (fl. 5). Afirma que é perfeitamente admissível o writ manejado em prol de uma coletividade, na medida em que o constrangimento ilegal emana de uma única decisão judicial, que afetou de forma coletiva e indivisível as liberdades e especialmente a garantia da inviolabilidade domiciliar de milhares de cidadãos e cidadãs que residem nos territórios da Favela do Jacarezinho e adjacências (...). para suspender a medida de busca e apreensão

domiciliar coletiva e indiscriminada (...) Esse posicionamento pode ser afastado apenas em situações excepcionais, se evidenciada dos autos a configuração de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, o que, em princípio, parece ser o caso em análise. De início, ressalto que o entendimento jurisprudencial consolidado nesta Corte é no sentido de considerar inadmissível a impetração de writ coletivo sem a indicação dos nomes e da situação particular de cada paciente. (RHC n. 51.295/BA, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 20/5/2016, o AgRg no RHC n. 41.627/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 25/8/2015; o AgRg no HC n. 303.061/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/11/2014 eo AgRg no HC 384.871/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 09/08/2017. Ocorre que, no caso destes autos, não há como aqui exigir a identificação dos pacientes se a própria decisão contestada também não identifica quem será revistado, sendo questionada justamente a generalidade da ordem de busca e apreensão. Esta particularidade, portanto, autoriza que a impetração também não individualize os pacientes. E superada a questão do conhecimento, vejo plausível o pedido de liminar. Com efeito, como observado na decisão do eminente Desembargador João Batista Damasceno, que deferiu a liminar na origem, em regime de plantão, o padrão genérico e padronizado com que se fundamentam decisões de busca e apreensão em ambiente domiciliar em favelas e bairros da periferia - sem suficiente lastro probatório e razões que as amparam - expressam grave violação ao direito dos moradores da periferia. A busca e apreensão domiciliar somente estará amparada no ordenamento jurídico se suficientemente descrito endereço ou moradia no qual deve ser cumprido em relação a cada uma das pessoas que será sacrificada em suas garantias. E, ainda que não se possa qualificá-la adequadamente é necessário que os sinais que a individualize sejam explicitados (...): No presente caso, temos um mandado judicial genérico, expedido com eficácia territorial ampla, geograficamente impreciso, que não se preocupa em determinar o fato concreto a ser apurado. Pelo seu alto grau de dano a valores constitucionais, é absolutamente inadmitido o mandado genérico para tantas comunidades quanto são descritas na decisão recorrida. Faz-se imprescindível que a decisão e o mandado determinem qual a correlação dos indícios probatórios que se pretendem obter com a invasão de cada um dos domicílios a serem buscados. E, isto, não ocorreu. Assim, entendo presente o *fumus boni iuris*, em razão da ausência de individualização das medidas de apreensão a serem cumpridas, o que contraria diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 242, 244, 245, 248 e 249 do CPP, além do art. 5º, XI, da CF: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Na minha concepção, também caracterizado o *periculum in mora*, diante da possibilidade concreta e iminente de ofensa ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. (...)

Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Ver: Lei 13.869, de 5/9/2019 (Lei de Abuso de Autoridade); CPPM artigo 183.

Não existe justificativa de “retardamento” ou “prejuízo da diligência” aceitável, para se infringir o disposto neste artigo. Atualmente, é grande o número de mulheres que se destacam nas carreiras policiais, sendo que existem policiais federais, civis, militares, rodoviárias, bombeiras e guardas civis municipais. De modo que o artigo em tela depende da **vontade** da autoridade que procede a busca na situação concreta. E o Direito não pode se pautar por “vontades”, mas sim pela lei.

Qual seria o prejuízo em aguardar uma autoridade feminina apresentar-se no ato da ocorrência? Não se trata de um caso médico de assistência à pessoa entre a vida e a morte. Todas as ocorrências levam tempo razoável para serem reduzidas a termo ou auto ou elaborado o respectivo boletim de ocorrência ou prisão em flagrante. Tempo relativamente longo na prática, mais do que suficiente para se aguardar a chegada de uma autoridade feminina.

Lembrando que quase toda pequena cidade tem um delegado de polícia e este tem o poder de delegar funções, inclusive podendo nomear “escrivão *ad hoc*”. Nada impede que nomeie uma enfermeira, por exemplo, como “escrivã *ad hoc*” para proceder a busca pessoal em uma mulher. Difícil dizer que não existam enfermeiras em pequenas cidades.

Art. 250. A autoridade ou seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência ou após, conforme a urgência desta.

§1º Entender-se-á que a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa, quando:

- a) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista;
- b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu encalço.

§2º Se as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade das pessoas que, nas referidas diligências, entrarem pelos seus distritos, ou da legalidade dos mandados que apresentarem, poderão exigir as provas dessa legitimidade, mas de modo que não se frustrate a diligência.

Art. 250. A autoridade ou seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência ou após, conforme a urgência desta.

Ver: CPP artigos 22 e 290; CPPM artigos 186 e 187.

§1º Entender-se-á que a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa, quando:

a) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista;

b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu encalço.

§2º Se as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade das pessoas que, nas referidas diligências, entrarem pelos seus distritos, ou da legalidade dos mandados que apresentarem, poderão exigir as provas dessa legitimidade, mas de modo que não se frustre a diligência.

Fica claro que a regra é a realização da busca e apreensão pela autoridade do local dos fatos em investigação. Deste modo, a **exceção** é tratada neste dispositivo. Toda exceção deve ser resguardada de zelo, para não se volver em excessos contra os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, uma vez vivermos em um Estado Democrático de Direito, que possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Todo agente público deve pautar-se por respeitar essas regras, mais do que o particular, uma vez que possui conhecimento legal da matéria, treinamento e vive diariamente em busca do respeito à lei. Pois o respeito à lei é uma via de dupla mão: se o agente público exige do particular o cumprimento da lei, deve pautar-se com probidade, dando o exemplo e atuando dentro da estrita legalidade.

TÍTULO VIII – DO JUIZ, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO ACUSADO E DEFENSOR, DOS ASSISTENTES E AUXILIARES DA JUSTIÇA

*Simone Tavares de Andrade*¹
*Andréia Chiquini Bugalho*²
(arts. 251 ao 281)

O Título VIII do Código de Processo Penal (CPP), composto pelos artigos 251 a 281, trata de diversas pessoas que intervêm, direta ou indiretamente, no curso do processo penal de maneiras distintas, objetivando a prática de determinados atos. Tais pessoas são aclamadas de sujeitos do processo, conforme assevera Aury Lopes Jr., Eugênio Pacelli, Guilherme de Souza Nucci, Norberto Avena e Renato Brasileiro de Lima. Constituem a relação processual: a parte autora, o juiz e o acusado (*actum trium personarum: judicis, actoris et rei*), bem como outros participantes dessa relação.

Com essa abordagem, os denominados sujeitos do processo podem ser classificados de duas formas: sujeitos principais ou essenciais e sujeitos secundários, acessórios ou colaterais:

a) Sujeitos principais ou essenciais: são os indivíduos cuja existência ou presença é crucial para que se tenha a relação jurídica processual regularmente instaurada. Eles se traduzem no juiz, no acusador - Ministério Público ou querelante - e no acusado.

b) Sujeitos secundários, acessórios ou colaterais: são aqueles prescindíveis à formação do processo, posto que podem não intervir ou intervir ocasionalmente no feito, com o objetivo de deduzir uma determinada pretensão, sem que sua inexistência venha atingir a validade da relação processual. É o caso do assistente de acusação e dos terceiros interessados, que se exemplificam no ofendido, no seu representante legal ou nos herdeiros.

A título de complemento, de acordo com José Frederico Marques, os terceiros no processo “são as todas pessoas que nele intervêm e cooperam para o

¹Advogada. Pós- graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Mestranda no programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-SP.

² Advogada. Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP);

desenvolvimento da relação jurídico-processual sem se converterem em sujeitos ou partes, ou em órgãos auxiliares dos mesmos. Não lhes interessa a relação processual, que se desenvolve independentemente de ser concurso, tanto principal como acessório. De algum modo podem estar interessados na relação de direito material ou não serem estranhos a ela. Em regra, trazem ao processo elementos probatórios” (MARQUES, 2009, p.362).

Diante desse contexto e além dos sujeitos do processo em sentido estrito, a relação processual penal também recebe intervenção de grupo de pessoas, que, embora não a integrem propriamente, pratica atos que, no curso do processo, possibilitam o seu desenvolvimento regular, auxiliando o juiz e as partes na solução da demanda. Nesse diapasão, são considerados os órgãos que auxiliam os sujeitos processuais, como: escrivão, escrevente, distribuidor, porteiro de auditórios, oficial de justiça, perito, tradutor, intérprete, terceiros não interessados (testemunhas) e outros.

É notório salientar que, para alguns autores, mormente Fernando Capez, estão incluídos no aludido grupo de pessoas os sujeitos secundários (CAPEZ, 2006, p. 217). Por outro lado, a vasta doutrina e segundo os autores Norberto Avena e Renato Brasileiro de Lima, tal grupo se refere a uma categoria própria, devido ao fato de que os seus integrantes não compõem o rol dos sujeitos, uma vez que são tanto dispensáveis à formação do processo, quanto suas atuações não apresentam fins postulatórios (AVENA, 2020, p216-217; LIMA, 2020, p. 1309).

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci apresenta mais um participante do processo penal, os advogados. Para ele, apesar de atuarem no processo quando representam o querelante ou quando agem em nome do réu, não são sujeitos, nem tampouco partes da relação jurídico-processual, tendo em vista que preenchem uma posição especial e são representantes de interesse de outrem, por deterem capacidade postulatória exclusiva perante o Poder Judiciário, segundo o artigo 133 da CF/88. (NUCCI, 2016, p.498)

Percebe-se, portanto, que a relação jurídico-processual penal é composta por sujeitos principais e secundários, além de outros participantes que integram os órgãos que auxiliam os sujeitos processuais, os quais alguns estão presente no Título VIII do Código de Processo Penal: juiz, Ministério Público, acusado, defensor, assistentes e auxiliares da justiça.

CAPÍTULO I – DO JUIZ

*Simone Tavares de Andrade*³
*Andréia Chiquini Bugalho*⁴

No processo penal, acredita-se ser necessária a atuação do órgão jurisdicional com aptidão para solucionar a lide, pois nele se pressupõe a presença de um conflito de interesses. Nessa linha, compete à autoridade jurisdicional receber a denúncia ou a queixa, citar o acusado para que possa exercer a ampla defesa, instruir o processo e, ao final, reconhecer a procedência ou a improcedência do pedido condenatório provindo da peça processual acusatória. Em sequência ao reconhecimento, caberá a essa autoridade condenar ou absolver o acusado, assim como aplicar a sanção criminal cominada pela norma penal por ele violada, no caso de condenação. Mediante esse cenário, surge a figura do juiz, que sobre a qual recai o poder-dever de aplicar o direito material ao caso concreto, por meio de uma atuação absolutamente imparcial, além da função de substituir a vontade das partes, pôr fim ao conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o interesse do acusado na preservação da liberdade individual e recompor a paz social.

O juiz, ao desempenhar a função de aplicar o direito ao caso concreto, originário do poder jurisdicional, não é parte da relação processual, em virtude de ser caracterizado como sujeito do processo principal ou essencial. É importante frisar que, em rigor técnico, o juiz não aplica o dito direito, quem o faz é o Estado-juiz, a autoridade jurisdicional também chamada de órgão do Estado, e em nome do qual ele deve officiar.

Ainda em arcabouço teórico, Guilherme de Souza Nucci em sua obra intitulada *Código de Processo Penal Comentado* clarifica que o juiz “atua como órgão imparcial, à parte do binômio acusação versus defesa, fazendo atuar a lei e compondo os interesses do acusador e do acusado, os outros dois sujeitos da tríplice – e principal – relação processual, até decisão final” (NUCCI, 2016, p. 497). Nessa ocasião, também preconiza que, como sujeito da relação processual, o juiz, órgão do Estado, se encontra em uma posição de suprapartes, por estar acima do interesse em disputa e de atuar

³Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Mestranda no programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-SP.

⁴Advogada. Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP);

imparcialmente, conforme a vontade da lei. Dessarte, não se faz sábio afirmar que o juiz é simples parte dessa relação, mesmo que seja parte imparcial.

Outrossim, sabe-se que para uma pessoa física ser considerada órgão do Estado, Estado-juiz, autoridade jurisdicional, necessita preencher requisitos legais para ter a capacidade para provimento no cargo de juiz. Tais requisitos estão fixados nas leis de organização judiciária, conforme os princípios fundamentais da Constituição Federal, em outras normas jurídicas (Resolução 75/2009 do Conselho Nacional da Justiça) e na própria Carta Constitucional, notadamente, no artigo 93, I, que exige ao bacharel em direito, no mínimo, 03 (três) anos de atividade jurídica.

Nesse âmbito, o ordenamento pátrio também estabelece critérios de escolha dos juízes por intermédio de concurso público de provas e títulos, o qual se mostra bastante democrático, por nele constar a garantia de igualdade de condições para todos os candidatos, além da obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Desse modo, a pessoa física, após satisfazer todas as exigências legais, passa a exercer as funções atinentes à magistratura e, para tanto, a lei confere determinados poderes ou funções que garantem a efetividade da atuação jurisdicional.

1. Funções ou poderes do juiz no processo penal

Ao juiz, como autoridade jurisdicional, compete julgar o pedido constante da peça acusatória, aplicando o direito material ao caso concreto. Para isso, perpassa por um trajeto longínquo, com início no recebimento da denúncia ou da queixa - momento em que a parte acusadora imputa ao acusado a prática de determinada infração penal - até o fim do conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o interesse do acusado na preservação da liberdade individual, por meio da declaração de vontade da lei. Durante esse trajeto, o juiz pratica inúmeros atos, como o exame das condições genéricas e específicas da ação e dos pressupostos processuais, a citação do acusado, a colheita de provas e diversos outros, que cuidam para o desenvolvimento regular do processo, bem como o prepara para a decisão final, ato mais proeminente e característico da atividade judicante. Perante esse contexto, ao juiz são outorgadas funções ou poderes para conduzir o processo até a mencionada decisão. Tais funções são concedidas pela Constituição Federal e pela legislação ordinária e classificadas em duas espécies de atribuições:

a) de ordem jurisdicional: ao juiz compete prover a regularidade do processo, que pode ser feita de forma positiva ou negativa. Positiva, quando ordena o que deve ser feito. Já a negativa se traduz no desfazer o mal feito por auxiliares, partes ou terceiros que intervêm no processo.

b) de natureza administrativa: ao juiz compete manter a ordem no curso dos atos processuais, podendo até mesmo requisitar força pública. Dito de outro modo, o juiz pratica atos de polícia, com a finalidade de preservar a referida ordem no decurso do processo, mediante a possibilidade de requisitar o concurso da polícia responsável pela manutenção.

Com esse intuito de proteger a condução do desenvolvimento regular do processo e proporcionar um julgamento com absoluta imparcialidade, recaem, também, sobre o juiz garantias e vedações, oriundas da Constituição Federal. Alinhado a esse fator, o artigo 95 da CF/88 elenca como garantias a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios, além de elucidar no seu parágrafo único 05 (cinco) vedações.

2. Garantias e Vedações

As garantias estão conferidas no texto constitucional e consistem em:

a) Vitaliciedade: prevista no artigo 95, I, é adquirida pelo juiz, no primeiro grau de jurisdição, após dois anos de exercício do cargo, contados de forma contínua e ininterrupta, inclusive sem descontar o tempo de interrupção por motivo de férias ou licenças, embora haja na doutrina algumas opiniões divergentes a respeito desse desconto.

Cabe salientar que no decurso desses dois anos, o juiz poderá perder o cargo por deliberação do Tribunal a que estiver vinculado. Todavia, após completar tal prazo, momento em que adquire a vitaliciedade de forma automática, a perda somente ocorrerá por sentença judicial transitada em julgado em ação de demissão que lhe tenha sido movida. Alinhado a essa ideia, os desembargadores e os ministros nomeados para os Tribunais pelo critério do quinto constitucional alcançam a vitaliciedade de forma imediata e automática, logo após serem empossados, uma vez que a restrição advinda do inciso I é exclusiva dos ocupantes de cargos iniciais da carreira.

Por fim, faz-se necessário observar que a vitaliciedade não se confunde com a perpetuidade na função, o que significa que os magistrados são submetidos à aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade, de acordo com o artigo 40, §1º, II da CF/88 e artigo 2º, II da Lei Complementar 152/2015.

b) Inamovibilidade: conforme o artigo 95, II da CF/88, é a garantia ao juiz titular e ao substituto da permanência na unidade judiciária em que foi formalmente lotado, ressalvado ato de remoção compulsória por interesse público fundado em decisão mediante voto da maioria absoluta do respectivo Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (artigo 93, VIII do mencionado ordenamento jurídico).

c) Irredutibilidade de subsídio: de acordo com o artigo 95, III, tal garantia salvaguarda o juiz de perseguições de ordem financeira por parte dos governantes, embora apresente exceções nos seguintes dispositivos constitucionais, artigos 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III e 153, §2º, I. Ademais, a irredutibilidade não libera os subsídios de ônus tributários e previdenciários gerais, assim como “(...) não possibilita, sem lei específica, reajuste automático de vencimentos, como simples decorrência da desvalorização da moeda provocada pela inflação”, segundo decisão em AI 490.396 AgR/SP da 2ª Turma, relator Ministro Carlos Mário da Silva Velloso Filho, da Suprema Corte Brasileira com publicação no Diário da Justiça no dia 17 de dezembro de 2004.

Por outro lado, o texto constitucional também trouxe vedações e limitações ao juiz para assegurar não só a absoluta imparcialidade, mas também preservar a liberdade e obstar que execute atividades diversas que venham embaraçar o tempo de dedicação necessário ao exercício das funções pertinentes ao cargo.

Nesse viés, as mencionadas vedações estão enumeradas no artigo 95, parágrafo único: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III – dedicar-se à atividade político-partidária; IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V – exercer a advocacia no juízo ou Tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo

por aposentadoria ou exoneração. O referido período de afastamento é apelidado de quarentena.

Art. 251 Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.

O juiz, conforme dito anteriormente, tem competência para julgar a pretensão existente na peça acusatória, citar o acusado, instruir o processo, para, ao final, reconhecer a procedência ou a improcedência do pedido condenatório, aplicando o direito material ao caso concreto. Para tanto, faz-se necessário conduzir o processo de forma regular e manter a ordem no curso dos atos processuais, inclusive, por meio da força pública.

1. Regularidade do processo

Iniciada a ação penal por recebimento da denúncia ou da queixa, o magistrado deverá conduzir o desenvolvimento dos atos processuais no curso do processo penal, de acordo com a vontade da lei e por meio de procedimento legal, até o final da instrução, fase em que é proferida a decisão final. Em outras palavras, em todo esse transcurso processual penal, o juiz, em sua função Estado-juiz, deverá observar o ordenamento jurídico para dirigir os atos processuais de forma legal e regular. Tal conduta pode ser exemplificada quando não se admite a extinção do feito, sem julgamento de mérito, por inépcia de qualquer das partes, dado que o juiz, dentro de suas atribuições legais, se obriga a prover a regularidade do processo. Do mesmo modo, ocorre em ação penal privada, quando se verifica a presença de desídia, negligência, na condução da causa e o juiz julga perempta ação (quando a parte querelante deixa de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos), com extinção da punibilidade do querelado, uma vez que é considerada um julgamento final e de mérito, em sentido amplo, segundo o artigo 60 do CPP.

Arelado à ideia de obrigatoriedade do juiz em conduzir o processo penal de forma legal e regular, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) preconiza que “nos termos do art. 251 do CPP, cabe ao magistrado zelar pela regularidade do processo penal, podendo indeferir a produção de provas que se revelem inúteis ao deslinde da causa, não constituindo referida decisão, de *per si*, ofensa aos princípios

constitucionais do contraditório e da ampla defesa” (STJ, REsp 1.183.134 – SP, 6.^a Turma, relator: Ministro Vasco Della Giustina, DJ 21/06/2012). Ainda, em 2012, o Tribunal completa que “(...), ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, muito embora o acusado no processo penal tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, devendo a imprescindibilidade probatória ser devidamente justificada pela parte, o que não se verifica ter ocorrido na hipótese, pois, em observância ao princípio do livre convencimento motivado, com base na desnecessidade à instrução processual, restou devidamente fundamentada a negativa de produção das provas pelo magistrado de primeiro grau, soberano na análise dos fatos e das provas, de forma a sobressair a hígida aplicação dos artigos 156, II e 251 do CPP” (Precedentes do STJ. AgRg no Recurso Especial nº 1.170.268 – PR (2009/0236852-2), relator: Ministro Jorge Mussi, DJ 18/09/2012).

No mesmo sentido, no julgamento ao *Habeas Corpus* nº 232.442-SP, o Tribunal assevera que “entre as funções do juiz no Processo Penal, incumbe prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, nos termos do artigo 251 do CPP, sendo que o indeferimento justificado de inquirição de testemunha é providência coerente com o princípio da celeridade processual” (STJ, *Habeas corpus* nº 232.442 – SP (2012/0021175-6), relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, DJ 01/08/2017).

Diante da relevância do tema e por meio de uma retomada conceitual, as funções ou também chamadas de poderes do juiz, de ordem jurisdicional e de ordem administrativa, merecem ser um pouco mais esmiuçadas, visto que exercem papéis determinantes para prover a regularidade do processo e manter a ordem no decurso no processo penal.

2. Funções de ordem jurisdicional e de ordem administrativa

As funções ou os poderes do juiz são atributos vinculados ao exercício da função jurisdicional, os quais auxiliam no seguimento regular do processo e no transcurso dos atos processuais até a decisão final, além de se classificarem da seguinte forma:

a) Funções ou poderes de ordem jurisdicionais: são relativos à condução do processo, abarcando atos ordinatórios, instrutórios, decisórios e executórios, tais como

a colheita de provas, tomada de decisões no curso do processo penal e a execução da sentença condenatória ou absolutória imprópria.

Nesse contexto, os atos ordinatórios podem ser definidos como providências adotadas pelo juiz para que o procedimento se desenvolva de forma regular e legal, mediante a determinação de atos destinados a dar sequência ao andamento processual até o alcance do seu desiderato, ou seja, seu real objetivo: a prolação da decisão final. Outrossim, são subdivisões da categoria poderes-meios dentre das funções jurisdicionais e se traduzem em despachos de mero expediente: determinação de citação do réu (acusado); designação de audiências; aprazamento de data para o interrogatório; abertura de prazos legais; nomeação de curador para o ofendido; avocação de processos, em casos de conexão e/ou continência; suspensão do curso do processo, em face do reconhecimento de questão prejudicial; declaração de impedimento legal; suscitação de conflito de competência e vários outros.

Ainda nessa linha de poderes-meios, o juiz também pode dirigir o processo por meio dos atos instrutórios, os quais constituem em angariar elementos de convicção aptos a autorizar o magistrado em correta aplicação do direito material ao caso concreto e compor a lide. Tais atos são originários de requerimento das próprias partes envolvidas na relação jurídico-processual penal ou *ex officio* pelo juiz.

Com o advento da Lei 13.964/2019, mormente no seu artigo 3º-A, os mencionados atos instrutórios *ex officio* foram proibidos na atuação probatória do magistrado em favor da acusação, ficando silente quanto à atuação em favor da defesa.

Nesse diapasão, observa-se que permaneceu uma permissão implícita de ação probatória do magistrado em favor da defesa e segundo Norberto Avena “por se tratar de previsão anti-isonômica e atentatória ao sistema acusatório, reputamos inconstitucional essa distinção, devendo-se entender vedada a atuação oficiosa do juiz em favor de qualquer das partes. Inadmissível, enfim, tanto o juiz-acusador quanto juiz-defensor. Por essa razão, sustentamos que a produção probatória *ex officio* pelo juiz deve ser viabilizada apenas quando realizada para dirimir dúvidas surgidas a partir das provas requeridas pelas partes”. (AVENA, 2020, p. 218-219)

Sob essa égide, no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 6298, 6299 e 6300, foram impugnados vários artigos da referida Lei, dentre eles o artigo 3º.

Nessa ocasião, o Ministro Luiz Fux, perante medida cautelar, suspendeu a eficácia do dispositivo, com base no fundamento de evidências de inconstitucionalidades formais e materiais. Dessarte, conclui-se que até que haja eventual revogação da decisão do egrégio Ministro a norma não pode ser aplicada.

Diante desse cenário, os atos instrutórios compõem em uma faculdade ao juiz agir *ex officio* em atos, como oitiva de pessoa que foi referida por testemunha arrolada pelas partes, novo interrogatório do acusado e determinação de diligências destinadas a circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

Ademais aos já aludidos atos, ao magistrado permitirá conduzir o seguimento regular do processo por intermédio de atos decisórios e executórios, abrangidos pela categoria poderes-fins. Os decisórios são todos os pronunciamentos judiciais que resultam em sucumbências às partes, tais como: decretação a extinção da punibilidade e a prisão preventiva do acusado; concessão de liberdade provisória ao agente preso em flagrante; sequestro de bens; reconhecimento da suspeição, incompetência, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada; decretação de medidas cautelares patrimoniais, probatórias e pessoais ao transcurso da persecução penal; sentença de condenação ou de absolvição do réu, entre outros.

Por outro lado, os atos executórios são aqueles designados para efetivar o resultado de eventual sentença condenatória ou absolutória imprópria, como a determinação de recolhimento ao réu à prisão, visando ao cumprimento da pena imposta em sentença transitada em julgado ou de medida de segurança, respectivamente.

b) Funções de ordem administrativas ou poderes de polícia: compreendem nas funções destinadas ao juiz, nas dependências do Poder Judiciário em que é subordinado, com o objetivo de assegurar a disciplina e o decoro, bem como para deter os exercícios de atos perturbadores na regular tramitação processual, por meio de força pública, quando for o caso. Dito de outro modo, são os poderes de polícia no sentido de atuação do magistrado, os quais se dedicam a restringir a liberdade do particular, seja ele parte ou terceiro da relação jurídico-processual penal. Importante salientar que os poderes reportados não exigem a participação da força policial, intervenção policial, para a sua efetivação, embora, em diversas situações concretas, faculta-se ao juiz requisitá-la. Em caráter complementar, são exemplos de poderes de polícia: o teor do

artigo 251 do CPP; o ato de regular a polícia das sessões e mandar prender os desobedientes; o poder de fazer retirar da sala os espectadores das audiências ou das sessões que se portarem de forma inconveniente, que, em caso de resistência, poderão ser presos e autuados etc.

Art. 252 O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

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

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

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

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

A Jurisdição é a possibilidade constitucional e legal de solucionar conflitos com aplicação da lei ao caso concreto, a qual se traduz na existência da investidura, capacidade e imparcialidade. De acordo com Vicente Greco Filho, “essas são as qualidades exigidas pela lei para o magistrado atuar: um procedimento prévio, através de concurso público, que atribui a alguém o cargo de juiz, seguido de capacidade técnica, física e mental, para julgar, o que é presumido pela investidura, além de agir com imparcialidade, sem chamar a si o interesse de qualquer das partes” (GRECO FILHO, 1999, p.214-215).

Nesse viés, surge a preocupação com a qualidade da jurisdição, em relação ao conhecimento da matéria a ser proferida, posto que distorções atreladas a fatos ou circunstâncias, objetivas e subjetivas, podem afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão. Para tanto, o modelo acusatório (artigo 129, I da CF/88), modelo adotado pelo atual sistema processual penal brasileiro, diante da necessidade de superação do então modelo de feição inquisitiva, dispõe ao magistrado diversas hipóteses que articulam a efetivação da absoluta imparcialidade do juiz.

Com essa abordagem, a imparcialidade do juiz deve ser tutelada por meio de regras que abarcam circunstâncias, de fato ou de direito, e condições pessoais do próprio magistrado. Em outras palavras, a imparcialidade significa a ausência de qualquer causa capaz de prejudicar o exercício imparcial da função judicante. Tais

causas estão elencadas no CPP, como impedimentos, nos artigos 252 e 255, e suspeições, nos artigos 254, 255 e 256 do CPP, as quais serão explanadas em momento oportuno.

1. Impedimentos ao juiz

As causas de impedimento são circunstâncias objetivas que se referem a fatos internos ao processo penal e hábeis de prejudicar a imparcialidade do juiz. Consoante Avena, elas “(...) ensejam a chamada incapacidade objetiva do juiz, pois respeitam a sua relação com o objeto da lide” (AVENA, 2020, p. 224). Ademais, cuidam de vício de maior gravidade, que ocasiona a própria inexistência do ato jurídico. Por conseguinte, o presente artigo declara que o juiz não poderá exercer jurisdição no processo, no momento em que ele reputa inexistentes os atos praticados pelo juiz impedido, uma vez que o impedimento priva o magistrado de exercer a jurisdição.

Nessa esteira, a previsão das causas constantes no artigo 252 são taxativas - *numerus clausus* –, não admitindo analogia ou interpretação extensiva, de acordo com o STJ: “(...) o rol de situações de impedimento previsto no artigo 252 do Código Processo Penal possui natureza taxativa, não podendo ser interpretado de maneira extensiva” (STJ, AgRG no Agravo Especial nº 1.084.281 – MG (2017/0091046-0), relator: Ministro Jorge Mussi, DJe 26/03/2019). Na mesma seara, o rol taxativo se apresenta perante as seguintes hipóteses:

a) Se tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito: isso diz respeito ao surgimento à vinculação e à indevida relação de interesse entre o juiz e o objeto do litígio, resultando na parcialidade do magistrado, ou seja, traduz-se em uma causa de impedimento baseada nas relações de parentesco, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive com eventuais participantes da relação jurídico-processual penal. Nesse âmbito de sujeitos, observa-se que o inciso I do referido artigo foi silente quando ao companheiro, ou seja, não mencionou expressamente a possibilidade da entidade familiar ser reconhecida por meio da união estável, no entanto, conforme entendimento majoritário da doutrina, inclusive Renato Brasileiro de Lima, por força do artigo 226, §3º da CF/88, o inclui na previsão do referido rol. (LIMA, 2020).

No mesmo prisma, a Suprema Corte Brasileira, STF, em sua 2ª Turma reconheceu a existência de nulidade absoluta, com base nas causas de impedimento do juiz, perante um caso concreto em que o pai do magistrado de outro *Habeas corpus* impetrado pela acusada e de apelação interposta por corréu perante o tribunal de justiça *a quo* (STF, *Habeas Corpus* 136.015/MG, relator: Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, DJe 14/05/2019).

b) Se ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha: refere-se a uma causa de impedimento quando o magistrado, por alguma razão, tenha desempenhado, anteriormente, no mesmo feito, as funções de advogado, defensor, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito. Nesse prisma, é uma hipótese de evidente flagrante de parcialidade, visto que essa situação ofende não apenas o princípio do Juiz Natural e Imparcial, mas também do Contraditório e da Ampla Defesa. Em harmonia o STJ assevera que o “magistrado que atuou no processo como membro do Ministério Público, requisitando a instauração de inquérito policial e, posteriormente, como Magistrado, recebeu a denúncia oferecida. Nulidade da ação penal: ofensa ao art. 252, II, do Código de Processo Penal” (STJ, *Habeas Corpus* 42.952 – MS, 6.ª Turma, relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 18/08/2005, v.u., Boletim AASP 2450, p. 1.127).

c) Se tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão: o magistrado que se pronunciou de fato ou de direito em um caso concreto como juiz na primeira instância estará impedido de atuar no mesmo feito em instâncias superiores, por ocasião de julgamento de eventual recurso. Por outro lado, se o juiz tiver desempenhado atos no processo, de outra instância, de despachos de mero expediente, sem conteúdo decisório, que não sejam pronunciamento de fato ou direito não será considerado impedido.

Nesse diapasão, Lima ao analisar o *Habeas Corpus* 121.416/RS, relator Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes, STJ, publicado no Diário da Justiça no dia 03 de novembro de 2009, ensina que “se determinado magistrado titular de vara criminal atuar instrução, recebendo a denúncia, procedendo ao interrogatório e, posteriormente, recebendo o apelo defensivo, ainda que não tenha prolatado a sentença, não se pode negar que sua participação criaria empecilhos à atuação em outra instância, a teor do que estabelece o art. 252, III do Código de Processo Penal. Logo, caso esse magistrado

venha atuar como revisor por ocasião do julgamento de eventual apelação, deve ser reconhecida a violação ao princípio do devido processo legal e à garantia da imparcialidade dos julgadores, com a consequente anulação de acórdão proferido pelo Tribunal no julgamento de tal recurso” (LIMA, 2020, p. 1316-1317).

Em corroboração a ideia exposta, o STJ, por meio de decisão prolatada pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ensina que “1. Nos termos do artigo 252, III, do Código Processo Penal, ocorre impedimento nos casos em que o juiz já tenha se manifestado, em outra instância, sobre a mesma questão de fato ou de direito. 2. O magistrado que participou do recebimento da denúncia na condição de Desembargador Federal Convocado perante a Corte Regional em face de prerrogativa de foro fica impedido de julgar a ação penal após a remessa ao primeiro grau em virtude de perda do cargo, por força da garantia dos princípios da imparcialidade e do duplo grau de jurisdição” (STJ, Recurso Especial 1456189/PE (2013/0158748-7), 6ª Turma, relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 25/02/2015).

Na mesma linha de intelecção a Suprema Corte complementa que: “1. A hipótese é de descumprimento do art. 252, III, do Código de Processo Penal, que veda o juiz de exercer jurisdição no processo em que tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão. É que, no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator do AREsp 345.162/PR já havia participado, no Tribunal de origem, do julgamento do recurso em sentido estrito objeto do especial. 2. Ordem concedida para que se renove o julgamento no Superior Tribunal de Justiça” (STF, *Habeas Corpus* 126845 – PR, 2.ª Turma, relator: Ministro Teori Zavascki, DJ 19/05/2015).

d) Se ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito: não se pode exigir do magistrado uma conduta imparcial quando irá julgar determinado fato delituoso se ele próprio ou seu cônjuge ou companheiro ou parente – consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral – for parte ou pessoa diretamente interessada na relação jurídico-processual penal.

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

Nesse viés de imparcialidade do juiz, o artigo exposto informa que nos juízos coletivos, nos tribunais ou nas turmas recursais dos juizados especiais criminais, não poderão atuar dentro do mesmo processo os magistrados – juízes, desembargadores ou ministros - que apresentam entre si relação de parentesco consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, uma vez que a influência familiar afeta diretamente a imparcialidade. É sábio frisar que, por interpretação analógica, também deve se incluir o cônjuge e/ou companheiro.

Diante todo o contexto exposto a respeito das hipóteses de impedimento do magistrado elencadas no Código de Processo Penal, Lima assevera que, por meio de analogia, existem causas de impedimento previstas no Código de Processo Civil, em seu artigo 144, que também são aplicadas no processo penal, o significa que “se o juiz é impedido no cível, por exemplo, quando figurar como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório (NCPC, art. 144, VIII), por que razão não o seria se o feito tivesse natureza criminal? A imparcialidade que se espera do magistrado há de ser a mesma, independentemente da natureza da lide em questão” (LIMA, 2020, p. 1318).

Por fim, ao se identificar o impedimento, o juiz impedido deverá reconhecer a referida causa de imparcialidade *ex officio*, por ele próprio, afastando-se da relação jurídico-processual penal voluntariamente e encaminhando o processo ao seu substituto legal. Caso isso não ocorra, qualquer das partes poderá arguir impedimento do magistrado, por meio intermédio do rito estabelecido para a exceção de suspeição previsto no artigo 112 do CPP.

Art. 254 O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

- I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
- IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;
- V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
- VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Em regra, as causas de suspeição do juiz são aquelas circunstâncias subjetivas inter-relacionadas a fatos externos aos processos capazes de viciar a imparcialidade do magistrado, bem como de ofender o Princípio Constitucional do Juiz Natural e Imparcial. Elas são aclamadas de incapacidade subjetiva do juiz, pois alcançam a relação de interesse do mesmo por qualquer das partes. Em consequência, pode-se dizer que a suspeição estabelece o vínculo entre o magistrado e parte ou entre o magistrado e a questão discutida no feito, não se traduzindo na relação entre o juiz e objeto do litígio, conforme ocorre nas causas de impedimento.

Nessa perspectiva, a concepção moderna dos Tribunais é no sentido de que o rol enumerado no presente artigo é meramente exemplificativo. Dessarte, Avena alega que “para o reconhecimento da suspeição, não é decisiva a perfeita adequação do caso a um dos incisos do citado dispositivo legal, mas, sim, a constatação do comprometimento pessoal do juiz com a questão discutida no processo ou com as partes. O próprio STJ, inclusive, examinando essa questão, já flexibilizou o alcance do art. 254, permitindo a declaração de suspeição do juiz até mesmo com base no preceito genérico inscrito no art. 145, IV, do CPC/2015, que contempla a hipótese de o juiz *interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes*” (AVENA, 2020, p. 226).

Ainda em arcabouço teórico, as causas de suspeição demonstram divergência doutrinária, ao discutir sua qualificação quanto a nulidade, podendo ocorrer nulidade relativa ou absoluta do processo. Para tanto, Guilherme de Souza Nucci defende que tais causas correspondem à nulidade relativa do processo, ao explicar que “cabe à parte interessada reclamar, a tempo, ingressando com a exceção de suspeição, o afastamento do magistrado. Se não o fizer, mantém-se o juiz na causa”. Ademais preconiza que em decisão proferida no Tribunal de Justiça do Mato Grosso, “a suspeição, por se tratar de nulidade relativa, pressupõe a arguição tempestiva das partes para sua declaração, as quais, assim não o fazendo, serão sancionadas com a preclusão. Haverá presunção de que as partes aceitaram o juiz suspeito, convalidando o ato.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8 ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 833-847) (Ap 130365/2014 – MT, 2.^a C. C., relator: Marcos Machado, 01/04/2015, v.u.).

Por outro lado, Lima elucida que “de acordo com o art. 564, inciso I, do CPP, a suspeição é causa de nulidade do processo, a contar do primeiro ato em que houve

intervenção do juiz suspeito. A despeito de haver certa controvérsia quanto à natureza da nulidade – se absoluta ou relativa –, partilhamos do entendimento de que se trata de nulidade absoluta. Isso porque, ao se referir às nulidades que estarão sanadas em virtude do decurso do tempo, logo, sujeitos à preclusão, característica básica de toda e qualquer nulidade relativa, o art. 572 do CPP não faz menção ao art. 561, I, do CPP. Portanto, interpretando-se a *contrario sensu* o art. 572, conclui-se que a suspeição é a causa de nulidade absoluta, já que, ao contrário da relativa, aquela espécie de nulidade pode ser arguida a qualquer momento, não estando sujeita à preclusão” (LIMA, 2020, p. 1318).

Nesse diapasão, o artigo 254 do CPP esclarece que o juiz poderá se dar por suspeito e, não o fazendo, qualquer das partes poderá recusar sua intervenção no processo, conforme as respectivas circunstâncias:

a) se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles: amizade íntima consiste no forte e seguro vínculo de fidelidade e afeição surgido entre os indivíduos, a qual reclama por uma intensa convivência e familiaridade. Nessa linha de inteligência, laços superficiais, contatos sociais por meio de comportamentos de mera simpatia, um conhecimento eventual, dentre tantos outros que favorecem um bom convívio social não configuram próprios para caracterizar a amizade íntima.

Em contrapartida, a inimizade capital é a aversão contundente e inequívoca entre duas pessoas, denunciando um conhecimento, no mínimo, notoriamente parcial a terceiros. Dito de outro modo, para que haja a inimizade capital, é imprescindível a presença de um sentimento grave, que equipare ao ódio, ao rancor ou até mesmo à vingança. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) ensina que “ a causa de suspeição atinente à inimizade capital em relação a uma das partes (art. 254 c/c 258), ambos do Código de Processo Penal (CPP), não se perfaz com mera alegação de animosidade, exigindo-se indicação da plausibilidade de que o agente atua movido por razões de ódio, rancor ou vingança” (STF, *Habeas Corpus* 129.284, relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 07/02/2018).

Nesse escopo, tanto a amizade íntima quanto a inimizade capital devem originar do magistrado para com a parte e não ao contrário. Logo, se parte se declarar suspeita por tais causas, não haverá reconhecimento da suspeição, exceto se os referidos sentimentos forem recíprocos. Alinhado a esse fator, os mencionados vínculos não

abranchem os advogados (representante do acusado e do assistente de acusação) e órgãos do Ministério Público, somente entre o réu e a vítima. Em contra senso, Guilherme Souza Nucci clarifica que “discordamos, com a devida vênia. Em primeiro lugar, porque, no processo penal, a parte que ocupa o polo ativo é, via de regra, o Ministério Público, agindo em nome da sociedade. Contra esta é que o juiz não nutrirá particular vínculo de afeição ou ódio – e se o fizer, é caso patológico. Voltar-se-á, se for o caso, contra o seu representante. Por outro lado, o ofendido, quando não integra a relação processual, através do assistente de acusação, não pode ser considerado parte. Restaria apenas o réu, sabendo-se, ainda, que inúmeros casos de perda da parcialidade decorrem da aversão existente, ou extrema afeição, entre juiz e defensor. Por isso, se o objetivo maior é garantir a imparcialidade do magistrado, conforme preceito constitucional, é de ser aceita a possibilidade de arguição de exceção de suspeição, em caso de amizade íntima ou inimizade capital, entre juiz e promotor, bem como entre juiz e advogado. É o que resta sobejamente concretizado nas relações processuais existentes, não sendo possível ignorar o fato de o magistrado ser falível como todos, não conseguindo manter sua neutralidade se estima por demasia o promotor ou o odeia com todas as forças. O mesmo se diga do defensor” (NUCCI, 2016, p. 503).

b) Se o juiz, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia: o inciso II do mencionado artigo 254, estabelece como causa de suspeição a possibilidade do magistrado julgar, na comarca onde estiver lotado, processo criminal referente à conduta criminosa que apresente controvérsia e o seu cônjuge, por exemplo, em outra comarca, esteja respondendo a outro processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso tenha controvérsia. Sob essa égide, é importante frisar que a Constituição Federal, no seu artigo 226, §3º, reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar para fins de proteção estatal, desse modo, acrescenta-se a figura do companheiro na lista dos sujeitos.

c) Se juiz, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes: compreende na hipótese de o juiz expor interesse, mediato ou imediato, em outro processo, o qual o pronunciamento da decisão final compete a uma das partes. Nessa ocasião, Lima ilustra na prática jurídica a seguinte situação: “suponha-se que um juiz federal responde a um processo criminal perante o respectivo

Tribunal Regional Federal. Ocorre que este mesmo juiz está julgando na primeira instância um processo criminal no qual o filho de um desembargador é acusado. Nessa hipótese, o desembargador deve reconhecer a suspeição para o julgamento do juiz federal” (LIMA, 2020, p. 1320).

d) Se o magistrado tiver aconselhado qualquer das partes: a hipótese reverbera quando o magistrado exprimiu aconselhamentos relacionados a específico caso penal para a vítima ou para o réu, logo após tomar ciência do ocorrido. Tal fato o considera suspeito para o julgamento do feito, no momento em que a peça acusatória chega a sua jurisdição, pois é seu dever se manter equidistante das partes.

e) Se o juiz for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes: de acordo com o artigo 254, V do CPP, a imparcialidade do juiz ficará comprometida a partir do momento em que há relação financeira envolvida entre ele e qualquer das partes ou quando ocorrer vínculo de tutoria ou curadoria entre eles. Dessa forma, o magistrado não teria adequada isenção para a tomada de decisão se fosse credor ou devedor, tutor ou curador, das partes.

f) Se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo: na mesma linha do item anterior, o magistrado não será considerado imparcial para o pronunciamento da causa se configurar como parte no processo a pessoa jurídica que em for sócio, acionista ou administrador, posto que o interesse financeiro o torna suspeito. Nesse prisma, vale destacar que ao juiz é vedado exercer a função de administrador de sociedade, salvo em associação de classe, em razão do artigo 36, II da Lei Complementar nº 35/79.

Por fim e de igual modo às causas de impedimento, nas causas de suspeição dentro do processo penal aplicam -se, por analogia, as previsões especificadas no artigo 145 do Código de Processo Civil, visto que a imparcialidade do magistrado deve ser isonômica nos processos, independentemente da natureza da lide em questão.

Art. 255 O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

O supracitado disposto legal explica que a circunstância de impedimento e a de suspeição cessará entre os afins após a dissolução do matrimônio, por intermédio do

divórcio – não se incluindo a separação judicial, pois essa não extingue o vínculo - da anulação do casamento ou da morte, desde que não haja descendentes. Todavia, na existência de filhos do casamento, o juiz se conservará impedido ou suspeito. Do mesmo modo, ainda subsistirá ausência de imparcialidade, mesmo perante a dissolução do vínculo conjugal e a inexistência de descendentes, em relação ao sogro/sogra e genro/nora, padrasto/madrasta e enteado/enteada e cunhado entre si.

Art. 256 A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

Em conformidade com a norma processual penal, a suspeição provocada, proveniente de injúria, ou qualquer ato diverso executado no transcurso do processo penal com a finalidade única de retirar o juiz da causa, não o torna suspeito. Em outras palavras, “o dispositivo em questão visa evitar que a parte, por ato unilateral, consiga afastar do processo o juiz que porventura não seja conveniente a seus interesses. De mais a mais, também atende ao dever de boa-fé processual, que deve nortear a atuação dos sujeitos, na medida em que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza” (LIMA, 2020, p. 1319).

CAPÍTULO II – DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Simone Tavares de Andrade*⁵
*Andréia Chiquini Bugalho*⁶

O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime

⁵Advogada. Pós- graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Mestranda no programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-SP.

⁶ Advogada. Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP);

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme assevera o artigo 127, *caput* da CF/88. Tal órgão é regido por princípios institucionais e constitucionais que o informam e o auxiliam no exercício das suas funções ministeriais. Nesse viés, os referidos princípios, segundo inteligência do §1º, podem ser aclamados de princípio da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e definidos da seguinte forma:

a) Princípio da Unidade: explica que os membros do Ministério Público fazem parte de uma mesma instituição, chefiada por um Procurador-Geral, ou seja, promotores e procuradores de justiça compõem um só órgão ministerial - uma unidade - sob direção de um único chefe. Nessa linha, o Ministro Alexandre de Moraes também clarifica que “por força do princípio da unidade do Ministério Público (art. 127, § 1º, da CF), os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-Geral. Só existe unidade dentro de cada Ministério Público, não havendo unidade entre o Ministério Público de um Estado e o de outro, nem entre esses e os diversos ramos do Ministério Público da União” (STF, ADPF 482, relator: Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 12/3/2020).

Nesse diapasão, entende-se por unidade a “integralidade do órgão ministerial, impedindo seu fracionamento enquanto instituição pública, o que, evidentemente, não prejudica a distribuição operacional de suas atribuições” (LIMA, 2020, p.1330). Ademais, apesar de a instituição ser una e, embora haja distribuição operacional e organizacional de suas atribuições em órgãos distintos, segundo a missão constitucional dada a cada um deles, o ordenamento conferiu uma repartição da matéria a partir das funções específicas de cada órgão, pois a unidade é uma particularidade com aspectos alinhados a atribuições orgânicas ao invés de funcionais. Diante desse contexto, o Ministério Público apresenta as consecutivas repartições: Ministério Público da União (MPU) e Ministério Público dos Estados (MPEs).

O MPU, por sua vez, tem como chefe o Procurador-Geral da República e abrange os respectivos órgãos, Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério Público Militar (MPM) e Ministério Público do Distrito Federal (MPDF). Por outro lado, os MPEs ficam sob a chefia do Procurador-Geral da Justiça e não possuem ramificações.

b) Princípio da Indivisibilidade: está diretamente relacionado ao conceito de unidade, devido ao fato de que a atuação do órgão ministerial é oriunda da instituição, e não do membro individual e pessoalmente considerado. A partir disso, surge a possibilidade de integrantes da carreira serem substituídos uns pelos outros, consoante prescrições legais, pois em tal situação ocorre a denominada apresentação. Nela, a instituição continua presente em todos os integrantes da carreira, independentemente de quem sejam os seus substituídos. Desse modo, torna-se inadequado a menção de membro específico em dado processo ou inquérito, visto que o correta é identificar a instituição.

c) Princípio da Independência Funcional: entende-se pela faculdade da instituição ministerial em exercer suas atribuições, sem subordinação ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, salvo limitações previstas na própria Constituição Federal, nas Constituições estaduais, nas leis e nos provimentos do Supremo Tribunal Federal que possuem força vinculante. Em outras palavras, cada órgão do Ministério Público encontra-se apto a definir sobre o conteúdo do ato que venha executar, não se submetendo às atuações anteriores, bem como a poderes estatais, ressalvadas limitações legais. Em corroboração à ideia, a Suprema Corte explica que “os limites do princípio da independência funcional do Ministério Público, art. 127, § 1º, CRFB, encontram-se circunscritos pelo respeito à Constituição da República e às leis. (...) O Conselho Nacional do Ministério Público age dentro dos limites constitucionais ao editar resolução para esclarecer que deve ser referendada, pelo órgão de revisão competente, a decisão do membro do *Parquet* que conclui, após a instauração do inquérito civil ou do respectivo procedimento preparatório, ser este ou aquele de atribuição de outro ramo do Ministério Público. Tal regramento se insere na ambiência da estruturação administrativa da instituição e não viola o princípio da independência funcional, eis que é compatível com ele e também com o princípio da unidade, nos termos do art. 127, § 1º, CRFB” (STF, ADI 5.434, relator p/ o ac. Ministro Edson Fachin, DJe 23/9/2019).

Por outro lado, o princípio da independência funcional não pode ser usado como alicerce para autorizar qualquer membro do órgão ministerial a realizar condutas de insubordinação administrativa ou atos de rebeldia, a despeito de recomendações ou determinações decorrentes de correições, fiscalizações ou inspeções.

Ainda em linhas conceituais e de acordo com Avena, o Ministério Público possui três capacidades, decorrentes do artigo 127, §§ 2º e 3º da CF/88, que complementam tais princípios institucionais, a saber: a autonomia funcional, administrativa e financeira. A autonomia funcional é a aptidão organizacional da instituição em autogovernar, como por exemplo: editar portarias. Já a autonomia administrativa corresponde a capacidade de gerenciar situações internas de ordem administrativas, como concessões de aposentadoria. E, por fim, a autonomia financeira se traduz na capacidade de elaborar proposta orçamentária dentro dos limites legais (AVENA, 2020, p. 261).

Nesse contexto de princípios e autonomias atrelados a ideias de funções, atribuições e atuações, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/93, e a Carta Constitucional Brasileira, em face da importância da proteção do regime republicano democrático, conferem à instituição ministerial prerrogativas e vedações para que possa exercer os seus deveres institucionais amparados de temores e perseguições.

1. Prerrogativas e vedações

Por meio do artigo 38 da Lei 8.625/93 e do artigo 128 da CF/88, o ordenamento jurídico brasileiro outorgou garantias aos membros do órgão ministerial. Essa outorga, por sua vez, é simétrica à dada aos magistrados, pois objetiva resguardar a absoluta isenção no exercício das funções ministeriais, inclusive pela condição de *custos legis*, e nas atribuições dos membros na posição de autor da ação penal pública. Mencionadas garantias se traduzem em:

a) Vitaliciedade: os membros do Ministério Público serão considerados vitalícios após 02 (dois) anos de exercício do cargo. Desse modo, após o transcurso desse tempo, ocorrerá a perda do cargo por meio de sentença judicial transitada em julgada, proferida em ação de demissão ajuizada pelo Procurador-Geral no Tribunal competente e por intermédio de aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade, consoante artigo 40, §1º, II da CF/88, e artigo 2º da Lei Complementar 152/2015.

b) Inamovibilidade: aos membros serão concedidos a proteção de não os afastá-los do local aonde estiverem exercendo suas funções ministeriais, ressalvadas as

circunstâncias de remoção compulsória, em razão de interesse público, por meio de determinação do Conselho Nacional do Ministério Público ou do órgão colegiado competente do Ministério Público, com aprovação de voto da maioria absoluta de seus membros, em procedimento que assegure a ampla defesa.

c) Irredutibilidade dos subsídios: é a garantia constitucional da não redutibilidade dos subsídios ministeriais, à exceção dos artigos 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I da CF/88. É sábio ressaltar que essa prerrogativa não imuniza os abatimentos decorrentes de ônus tributários e previdenciários gerais.

Nessa linha de intelecção e para preservar o próprio órgão ministerial, a norma constitucional também trouxe algumas vedações, primordialmente estabelecidas no artigo 128, §5º, II, tais como: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Nesse sentido, também se aplica aos membros do Ministério Público a vedação quanto ao exercício da advocacia no juízo ou no tribunal que se afastou, antes de completar 03 (três) anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (artigo 128, §6º c/c artigo 95, parágrafo único, V da CF/88).

Antes de adentrar especificamente no artigo 257 do CPP, faz-se necessário elucidar que existe na doutrina divergência quanto à imparcialidade dos membros da instituição ministerial. Para corroborar com essa ideia, Eugênio Pacelli anuncia que “ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão *legitimado* para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: não é por ser o titular da ação penal pública, nem por estar a ela obrigado (em razão da regra da obrigatoriedade, já estudada), que o *parquet* deve *necessariamente* oferecer a denúncia, nem, estando esta oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias. Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o

coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da e na jurisdição penal” (PACELLI, 2017, p. 215).

Em contrário senso, Gustavo Henrique Badaró demonstra a necessidade de observar e reanalisar a posição do órgão ministerial como parte imparcial no processo penal acusatório. Para ele, “(...) não tivesse o Ministério Público um interesse pessoal e antagônico ao do acusado, não teria sentido afirmar que ele tem o ônus da prova, pois esse é decorrência do próprio interesse. Parte desinteressada não deveria ter ônus algum. Assim, ontologicamente, é o Ministério Público parte parcial. Sua caracterização como imparcial não tem outra finalidade senão agregar uma maior credibilidade à tese acusatória – porque a acusação, de forma imparcial e desinteressada, concluiu pela culpa do acusado – em relação à posição defensiva – que postula a absolvição, porque sempre deverá defender o acusado, bradando por sua inocência, ainda que ele seja culpado” (BADARÓ, 2003, p. 215-216).

Com a mesma abordagem, Renato Brasileiro de Lima acrescenta que “embora seja indispensável a certeza da autoria para a instauração de um processo penal, é certo dizer que, a partir do momento em que o Ministério Público oferece denúncia em face de determinado acusado, já está prévia e psicologicamente convencido acerca da culpabilidade do acusado, buscando apenas prová-la em juízo para que seja proferido um decreto condenatório” (LIMA, 2020, p. 1325).

Apesar da existência de posicionamentos contrários à imparcialidade do Ministério Público, a atuação ministerial verdadeiramente se encontra interligada com a inteira liberdade que se repousa na apreciação dos fatos e do direito a eles submetido. Nesse ínterim, a instituição apresenta-se livre e possui o dever de estar livre para construir o seu convencimento, com a total ausência de vínculo a qualquer valoração ou consideração prévia a respeito das circunstâncias que, porventura, venham a ser juridicamente imputadas aos fatos eventualmente delituosos. A partir dessa compreensão que se deve entender a norma advinda do artigo 257 do CPP.

Art. 257 Ao Ministério Público cabe:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código;

II – fiscalizar a execução da lei.

O Ministério Público, por meio do adotado Sistema Acusatório, possui competência privativa à propositura da ação penal pública, uma vez que lhe incumbe deduzir ante a autoridade judiciária as medidas cabíveis para a efetivação da pretensão punitiva, inteligência do inciso I. Dito de outro modo, o início de uma relação jurídico-processual penal somente subsiste perante a provocação de pessoa competente, órgão ministerial, para deduzir tal pretensão (*ne procedat judex ex officio*). Nessa linha de inteligência, “surge a figura do *Parquet*, cuja origem, segundo atual configuração, remonta ao século XVIII, na França, como órgão do Estado sobre o qual recai a atribuição de promover a persecução penal, exercendo papel fundamental no modelo acusatório, visto que retira do juiz quaisquer funções da natureza pré-processual (ou investigatórias), preservando, assim, o que lhe é mais caro, sua imparcialidade” (LIMA, Renato Brasileiro de; 2020, p. 1323).

Nesse contexto, Nucci complementa que o *parquet*, ocupa posição de sujeito da relação processual ao lado do Estado-juiz e do acusado, além de ser parte, posto que “defende o interesse do Estado, que é a efetivação de seu direito de punir o criminoso” (NUCCI, 2016, p. 506).

Ademais incumbe ao Ministério Público, conforme o inciso II, nos delitos de ação penal privada, fiscalizar a instauração da referida ação e o desenvolvimento regular do processo, bem como o cumprimento e aplicação do direito penal material ao caso concreto. Nesse viés, faz necessário mencionar que o papel de *custos legis* da Instituição ministerial também se recai no exercício de promoção de ação penal pública.

Por fim, Lima ensina que ao órgão ministerial cabe “fiscalizar a execução da lei (CPP, art.257, II), o que o faz tanto nos crimes de ação penal pública, quando ocupa o polo ativo, quanto nas infrações penais de ação penal privada, em que sua intervenção também é obrigatória, fiscalizando a instauração e o desenvolvimento do processo, assim como o cumprimento da lei e da Constituição Federal” (LIMA, 2020, p. 1323).

Art. 258 Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.

Em corroboração a premissa da imparcialidade da Instituição ministerial, o referido artigo trouxe a hipótese de que os membros não poderão atuar nos processos em que juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. Ademais, esclarece que estenderão, por analogia, aos órgãos do Ministério Público as prescrições referentes à suspeição e aos impedimentos dos juízes. Nesse sentido, torna-se possível afirmar também que “será impedido de atuar no processo o órgão do Ministério Público que houver pedido o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, em relação à ação penal proposta em virtude da rejeição de seu pedido de arquivamento” (BONFIM, Edilson Mougenot; 2006, p. 351).

Em contrapartida, não se torna impedido, nem tampouco suspeito, a Instituição que em fase investigatória criminal, tenha realizado atos investigatórios ou acompanhado tais atos, venha posteriormente oferecer a denúncia. Foi nesse sentido que o STJ editou a Súmula 234: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Diante da temática abordada, “a consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores sustenta que as hipóteses causadoras de impedimento/suspeição, constantes nos artigos 252, 253 e 258 do Código Processo Penal são taxativas, não sendo viável interpretação extensiva e analógica, sob pena de se criar judicialmente nova causa de impedimento não prevista em lei, o que vulneraria a separação dos poderes e, por consequência, cercearia inconstitucionalmente a atuação válida do magistrado ou mesmo do promotor” (STJ, *Habeas Corpus* nº 349.723/ES (2016/0045786-4), relator: Ministro Ribeiro Dantas, DJ 11/10/2017).

CAPÍTULO III – DO ACUSADO E SEU DEFENSOR

*Simone Tavares de Andrade*⁷
*Andréia Chiquini Bugalho*⁸

O capítulo III do Título VIII cuida de um dos sujeitos do processo, o acusado, assim como de um dos participantes da relação jurídico-processual penal, seu defensor. Em considerações iniciais, o acusado, segundo explicação anterior, pode ser classificado como sujeito principal ou essencial do processo, posto que sua existência na relação jurídica processual penal tripartite (autor, acusado e Estado-juiz - *actum trium personarum: judicis, actoris et rei*) é elementar para a instauração e o desenvolvimento regular do processo, dentro do Sistema Acusatório. Em contraponto, seu defensor se qualifica como um participante, pois não possui o condão de se enquadrar na categoria de parte, nem mesmo na de sujeito.

1. Acusado

É um indivíduo que ocupa o polo passivo da relação jurídico-processual penal, visto que a ele é imputada a prática de uma específica infração penal, seja na condição de autor, seja na condição de coautor ou na de partícipe (sujeito ativo do delito). Enunciado de maneira de diversa, é uma pessoa “a quem é imputada a prática de uma infração penal, e em face de quem é deduzida a pretensão punitiva do Estado” e, por tal razão, passa a se posicionar no polo passivo do processo penal. (LIMA, 2020, p. 1349-1350).

Tal pessoa, também conhecida como sujeito passivo no processo, recebe diversos nomes no transcorrer das fases processuais. Na fase de investigação, é aclamada de indiciado, apontada como suspeito pelo Estado. Posteriormente, no momento do oferecimento da denúncia sua denominação passa a ser de denunciado ou de imputado ou, se for oferecimento de queixa, de querelado. Com o recebimento da

⁷ Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Mestranda no programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-SP.

⁸ Advogada. Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP);

denúncia, a terminologia se altera para acusado ou réu.

Percebe-se, portanto, que o indivíduo perpassa por diversas fases e recebe inúmeras denominações. Para tanto, ele necessita possuir capacidade ou legitimação para realmente configurar como sujeito no processo (parte na relação jurídico-processual penal) ou para que venha a receber uma pretensão punitiva do Estado. Nesse ínterim, a mencionada capacidade é chamada de *legitimatio ad processum*, capacidade para estar em juízo ou capacidade para todo e qualquer processo. Em regra, todas as pessoas são portadores dessa capacidade, exceto:

a) A pessoa menor de 18 (dezoito) anos: é considerada penalmente inimputável, conforme artigo 228 da CF/88. Outrossim, é possuidora da presunção absoluta de incapacidade de culpabilidade, motivo pelo qual a torna ilegítima para ter contra si um oferecimento de uma peça acusatória e subsequente instauração de processo penal, haja vista a ausência de capacidade para estar em juízo – *legitimatio ad processum*. Nessa perspectiva, a pessoa menor de 18 (dezoito) anos de idade poderá sofrer julgamento de ato infracional somente pelo juiz de infância e adolescência, caso lhe seja imputada a prática de uma infração penal.

b) Pessoa jurídica: a Constituição Federal, por força dos artigos 173, §5º e 225, §3º, declara que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente por crimes contra a ordem econômico-financeira e contra a economia popular, bem como contra crimes ambientais. Entretanto, a legislação ordinária, por vontade do constituinte originário, somente referendou os crimes contra o meio ambiente (Lei nº 9.605/98). Nesse escopo, os Tribunais Superiores, até 2013, admitiam o oferecimento da peça acusatória penal em face de pessoa jurídica, em crimes ambientais, desde que também fossem imputados à pessoa física que agisse em seu benefício ou seu nome, por meio da aplicação da Teoria da Dupla Imputação. Dessa forma, caso houvesse a instauração de um processo contra tal pessoa jurídica, necessariamente deveria constar na peça acusatória a presença da pessoa física responsável, caso contrário, a peça processual seria considerada inepta, segundo artigo 395, I do CPP.

Nesse diapasão, em 2014, aludido entendimento foi alterado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme: “1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da

empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também à pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações. Além disso, reforça a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual” (R.E 548.181, 1ª Turma, Relator Ministro Rosa Weber, DJ 30/10/2014).

c) Pessoas falecidas e animais: somente as pessoas humanas e as pessoas jurídicas podem ocupar o polo passivo de uma relação jurídico-processual penal. Além do mais, os animais não são portadores da capacidade de entendimento e de autodeterminação. Por sua vez, não é possível deduzir pretensão punitiva do Estado em face de pessoas falecidas, mortas. Nesse sentido, o artigo 62 do CCP, explica que no caso de morte do acusado, no decurso do processo, o magistrado declarará extinta da punibilidade, após ouvido o órgão ministerial e mediante a certidão de óbito.

d) Pessoas que gozam de imunidade diplomática: são aquelas que preenchem cargos de chefe de governo, tais como chefes de Estado e representantes de governos estrangeiros, e, devido a tal fato, estão excluídas da jurisdição penal dos países em que exercem suas funções.

e) Pessoas de imunidade parlamentar material: diz respeito a imunidade civil e penal de quaisquer manifestações proferidas no exercício ou no desempenho de suas funções enquanto deputados e senadores.

2.Defensor:

Defensor é “o profissional com habilitação específica, que tem a função de promover a defesa técnica do acusado no curso do processo penal” (LIMA, 2020, p. 1355). Em outros termos, ele é a pessoa devidamente habilitada para, em nome do acusado, assisti-lo tecnicamente, além de ser o responsável por zelar pelos interesses do representado mesmo contra sua vontade ou sua opinião pessoal.

Nesse diapasão, a Constituição Federal, por força do seu artigo 133, estabelece que “o advogado é indispensável à administração da justiça”. Na mesma esteira, o Código de Processo Penal preconiza que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (artigo 261). Percebe-se, portanto, que o direito de defesa e da necessidade de estar assessorado por pessoa dotada de capacitação técnica é indisponível, uma vez que o próprio ordenamento constitucional assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa (artigo 5º, LV).

Ainda nessa linha de intelecção, o defensor como representante do acusado tem o dever de buscar decisão favorável ao seu constituinte, o significa dizer que ele não está obrigado a agir com imparcialidade. Sob essa égide, encontra-se vinculado ao benefício do réu, posto que é possuidor do legítimo interesse em manter o direito indisponível à liberdade do seu representado.

Em conformidade com a ideia anterior, “deve pleitear, invariavelmente, em seu benefício, embora possa até pedir a condenação, quando outra alternativa viável e técnica não lhe resta (em caso de réu confesso, por exemplo), mas visando à atenuação de sua pena ou algum benefício legal para o cumprimento da sanção penal (como penas alternativas ou *sursis*). Isso não significa que deve requerer ou agir contra a lei, burlando normas e agindo sem ética, durante o processo penal. Seus desvios, na atuação defensiva, podem tornar-se infrações penais ou funcionais” (NUCCI, 2016, p.510).

Art. 259 A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

A qualificação do acusado é um dos requisitos essenciais para o ajuizamento da peça acusatória, visto que não é permitido o oferecimento de denúncia ou de queixa contra *ignotus* (desconhecido). Em corroboração à ideia, o titular da ação penal fica obrigado a demonstrar elementos que constituem a relação de causalidade entre o fato criminoso e o suposto sujeito do ato delituoso, segundo reza o artigo 41 do CPP. Para tanto, o autor deve individualizar o indivíduo sob o qual está sendo imputado a infração penal, por meio de identificação com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos e, não sendo possível, ao menos certa identidade física.

Ainda nesse âmbito, para que se possa evitar eventual homônimo, a mencionada individualização do réu carece ser da forma mais precisa possível. Na verdade, deverá constar, no primeiro momento e não sendo viável, quando for, o prenome, nome, apelido, estado civil, naturalidade, data de nascimento, número de carteira de identidade, número do cadastro de pessoa física (CPF), profissão, filiação, residência, local de trabalho (se houver) e outros.

Não existindo tais especificações e/ou ocorrendo embaraços para identificação do sujeito passivo da relação jurídico-processual penal, o titular da ação pode, como alternativa, “apontar esclarecimentos pelos quais seja possível identificá-lo” (LIMA, 2020, p. 1352). Em outras palavras, o autor, ao utilizar a identidade física como meio para identificar o acusado deverá fazer de forma consistente e substancial. Logo, se fizer de forma vaga e imprecisa, caberá à autoridade judiciária rejeitar a denúncia ou a queixa de plano, pois é condição fundamental para a instauração e desenvolvimento regular do processo a correta e precisa identidade física do acusado (artigo 395, I).

Alinhado a esse cenário e mediante distorção na individualização do acusado, tanto por qualificação de nome quanto por identidade física, o juiz poderá, a qualquer tempo, retificar a peça acusatória, com finalidade de contornar a aludida distorção. Todavia, não sendo possível a retificação e persistindo a ausência de individualização do acusado, declarará inépcia a inicial acusatória.

Art. 260 Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.

O presente artigo retrata sobre a possibilidade de condução coercitiva em duas espécies e evidencia que pode ser ordenada pela autoridade judiciária competente, dado que essa condução é uma modalidade, de curta duração, de prisão processual, conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2016). Nessa linha de entendimento, a Suprema Corte alvitra que: “(...) a condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção (...)” (STF, ADPF nº 444, DJ 21/05/2019).

A partir do exposto, verifica-se que a respectiva condução destinada ao acusado, mediante o seu não-atendimento à intimação para interrogatório, para reconhecimento ou para qualquer outro ato que, sua ausência impeça a realização, gerará a supressão absoluta e temporária da liberdade de locomoção. Nesse sentido, torna-se sábio diferenciar os tipos de condução coercitiva, uma vez que é necessário para a autoridade competente distinguir quais são os seus efeitos.

Para tanto, a condução coercitiva pode ser: condução coercitiva do acusado para os demais atos do processo e condução coercitiva do acusado para o interrogatório. Esta última, por sua vez, apresentou importante divergência, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, até meados de 2018.

Sob essa égide, até junho de 2018, a condução coercitiva do acusado para o interrogatório apresentava divergência significativa que repousava sob o aspecto do interrogatório ser ou não imprescindível para o deslinde da causa. Nesse viés, uma parcela da doutrina e da jurisprudência, entendia que o não comparecimento injustificado do acusado, após a intimação para o interrogatório, permitiria ao juiz determinar sua condição coercitiva em face da possibilidade “que lhe é inerente de manter contato pessoal com a prova”. Em contrapartida, outra parcela da doutrina e da jurisprudência ao reconhecer a permissão constitucional do réu calar-se perante a autoridade judiciária, interpretava que a condução coercitiva para tal fim descabia ao juiz, visto que é prescindível para o deslinde da causa o interrogatório do acusado,

desde que devidamente citado, arque com o ônus processual de seu não comparecimento” (AVENA, 2020, p.271).

Portanto, “(...) a controvérsia, na atualidade, perdeu espaço, tendo em vista que o Plenário do STF, no julgamento, em 13 e 14.06.2018, respectivamente, das *Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395/DF* (intentada pelo Partido dos Trabalhadores) e *444/DF* (proposta pelo Conselho Federal da OAB), declarou que a expressão “*para interrogatório*” inserida no art. 260 do CPP não foi recepcionada pela Constituição Federal, proibindo-se, via de consequência, a condução coercitiva do investigado ou do réu à presença da autoridade policial ou do juiz com a finalidade de submetê-lo a interrogatório sobre os fatos” (AVENA, 2020, p. 268).

Já a condução coercitiva do acusado para os demais atos do processo, segundo o mencionado pronunciamento do STF, em princípio, ainda não foi vedada. Para melhor compreensão, a doutrina subdivide essa condução em duas: atos de presença obrigatória e atos de presença não obrigatória.

Os atos de presença obrigatória são aqueles em que o comparecimento do réu é fundamental para sua realização, em virtude da imprescindibilidade, e ao juiz faculta-se ordenar a condução coercitiva, como, por exemplo, em audiência destinada ao reconhecimento do acusado por testemunhas. Já os atos de presença não obrigatória se traduzem naqueles em que o não comparecimento do réu, apesar de o dever, atribuído ao juiz, de facultar ao réu fazer-se presente, não deixarão de ser realizados. Desse modo, a referida ausência ainda que injustificada não autoriza a autoridade judiciária a ordenar a condução coercitiva, tal como: audiência para inquirição de testemunha.

Frente a toda temática abordada e ainda em linhas de entendimentos diversos, o artigo 260 CPP traz outra divergência jurisprudencial ao mencionar que “(...) a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença” sem especificar qual autoridade se refere. Perante tal circunstância, há dois posicionamentos distintos: uma “autoridade” diz respeito somente à autoridade judiciária e outro que alude também à autoridade policial.

O primeiro sugere que “o art. 260 do CPP é restrito ao juiz, possibilitando a este conduzir o acusado recalcitrante em atender à notificação de comparecimento para fins de atos distintos de seu interrogatório (STF, ADPFs 395/DF e 444/DF). De acordo

com esse entendimento, a autoridade policial não possui poder de condução”. (AVENA, 2020, p. 272).

Já o segundo explica que a autoridade judiciária no transcurso da persecução penal e a autoridade policial no decurso do inquérito policial podem ordenar a condução do acusado ou do investigado a seus comparecimentos, ressalvado para fins de interrogatório. “Sendo assim, por força da doutrina americana intitulada *Teoria dos Poderes Implícitos*, incorporada ao nosso ordenamento, faculta-se a autoridade policial adotar todas as providências necessárias para que seja realizada tal apuração, inclusive a própria condução do suspeito para prestar informações sobre o fato investigado, desde que respeitadas, obviamente, as garantias legal e constitucionalmente estabelecidas, por exemplo, a garantia do direito ao silêncio que decorre do privilégio *nemo tenetur se detegere* (princípio de que ninguém pode ser obrigado a se autoincriminar)” (AVENA, 2020, p. 272).

Nessa mesma linha de *pensamento*, o STJ aduz que “a teoria dos poderes implícitos explica que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, lhe confere, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. Desse modo, não faria o menor sentido incumbir à polícia a apuração das infrações penais, e ao mesmo tempo vedar-lhe, por exemplo, a condução de suspeitos ou testemunhas à delegacia para esclarecimentos” (Recurso em *Habeas Corpus* 25.475/SP, DJ 16.11.2010).

Sob a ótica do direito ao silêncio e à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), conforme já foi apresentado por Norberto Avena, pode-se dizer que o juiz, antes de dar início ao interrogatório, está obrigado a advertir o réu do direito ao silêncio – direito de permanecer calado - uma vez que tal postura não acarretará em confissão, nem tampouco ocorrerá interpretação que possa prejudicar sua defesa. Faz necessário acrescentar que tal garantia se estende ao investigado, no momento do interrogatório policial.

Alinhado a essa abordagem de garantias, não apenas providas da Constituição Federal, mas também da legislação infraconstitucional, ao acusado foi concedido diversos direitos, quais sejam: a) de ter respeitada sua integridade física e moral (artigo 5.º, XLIX, da CF); b) de ser processado e sentenciado pela autoridade competente (artigo 5.º, LIII, da CF); c) ao devido processo legal (artigo 5.º, LIV, da CF); d) ao

contraditório e à ampla defesa (artigo 5.º, LV, da CF); e) à presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação (artigo 5.º, LVII, da CF); f) de não ser submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (artigo 5.º, LVIII, da CF e Lei 12.037/2009); g) a processo e julgamento público, salvo quando necessário o sigilo para preservação da intimidade ou dos interesses sociais (artigos 5.º, LX, e 933, IX, da CF); h) de não ser preso, senão em flagrante ou mediante ordem escrita emanada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (artigo 5.º, LXI, da CF e artigo 282 do CPP); i) a ser informado de seus direitos quando preso, entre os quais o de permanecer calado, bem como de assistência da família e de advogado (artigo 5.º, LXIII, da CF e artigo 306, § 2.º, do CPP); j) de não ser preso nem mantido na prisão, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 5.º, LXVI, da CF); k) de ser cientificado quanto à identidade dos responsáveis pela sua prisão ou por seu interrogatório policial, quando preso (artigo 5.º, LXIV, da CF e artigos 288 e 291 do CPP); l) de não serem admitidas em seu desfavor provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5.º, LVI, da CF); m) à assistência jurídica integral e gratuita, quando não dispuser de recursos suficientes para constituir advogado (artigo 5.º, LXXIV, da CF e Lei 1.060/1950); n) à indenização por erro judiciário ou pelo tempo que permanecer preso, além do fixado na sentença (artigo 5.º, LXXV, da CF); o) a um processo com duração razoável e a meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5.º, LXXVIII, da CF); p) a entrevista prévia e reservada com seu advogado, constituído ou nomeado, antes de ser interrogado em juízo (artigo 185, § 2.º, do CPP); q) a que seu silêncio não seja interpretado como confissão ficta ou utilizado pelo juiz como elemento de convicção em seu desfavor (artigo 186, parágrafo único, do CPP); r) a tradutor ou intérprete, quando desconhecer o idioma nacional ou não puder se comunicar por motivos relacionados a deficiência auditiva ou vocal (artigos 192 e 193 do CPP); s) à defesa técnica fundamentada, quando assistido por defensor dativo ou público (artigo 261, parágrafo único, do CPP).

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

O *caput* do respectivo artigo dispõe que a obrigatoriedade de o acusado ter o direito de ser amparado por profissional habilitado, com capacidade técnica, para efetivar o exercício do direito de defesa, decorre da indisponibilidade do próprio direito de defesa e da garantia constitucional da liberdade, consoante artigo 5º incisos LIV e LV: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente.”

Sob essa ótica, o mencionado direito de defesa do réu, assessorado pelo profissional devidamente habilitado, deve ser efetivo e eficiente, com a presença de argumentos fortes, substanciais e capazes de formar a convicção da autoridade judiciária em favor do acusado. Isso significa dizer que a defesa meramente formal, aquela caracterizada como vaga, imprecisa e sem sustentação de absolvição ou sem fundamento para tese defensiva, se configura como falha e insatisfatória, podendo levar à anulação do feito, conforme aduz o STF: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Súmula nº 523 do STF).

Ainda nesse âmbito, o parágrafo único do referido dispositivo legal complementa que quando a defesa técnica for amparada por defensor público ou dativo - advogado regularmente inscrito na OAB, sem vínculo com a Defensoria Pública, e indicado pelo magistrado para defender o cidadão comum que não possui condições de arcar com os custos e horários do profissional - deve ser exercida por meio de manifestação fundamentada. Nesse viés, percebe-se que a “defesa técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser plena e efetiva” (LIMA, 2020, p. 1361). Assim, o defensor público ou dativo não pode elaborar peças processuais genéricas, abandonadas da mínima fundamentação ou até desprovidas de fundamentação, em virtude do fato de que somente a presença formal do referido não preenche as características de tal defesa.

Arelada à ideia de atuação do defensor público ou dativo no curso da persecução penal, a autoridade judiciária deve observar a efetiva atividade defensiva dessa assistência ao réu. Outrossim, além do juiz, o Ministério Público também é competente e é órgão possuidor do dever de fiscalizar a atuação defensiva do defensor do acusado (advogado, defensor público ou dativo), com a finalidade de impedir uma eventual

caracterização de nulidade relativa ou nulidade absoluta do feito, por violação à ampla defesa. “Afinal, da mesma forma que o Estado deve adotar medidas necessárias para que o suposto autor do fato delituoso seja responsabilizado pela prática delituosa, também deve assegurar aos acusados a ampla defesa, já que não se concebe a existência de um processo justo sem que o acusado tenha tido direito à mais ampla defesa” (LIMA, 2020, p. 1361).

Sob o ponto de vista doutrinário, Norberto Avena, ao demonstrar a relevância do direito à ampla defesa do acusado no curso do processo penal, explica que o juiz constatando “que a atuação do profissional é falha, deverá realizar a nomeação de outro para prosseguir na defesa do réu.”. Tratando-se de hipótese de defensor constituído pelo acusado, incumbe ao juiz, ao detectar a fragilidade da respectiva atuação, conceder prazo àquele para que providencie a constituição de novo advogado, mediante a advertência de que, na sua inércia, o próprio juízo realizará a nomeação de defensor dativo, especialmente para prosseguir no acompanhamento dos atos inerentes ao processo criminal. Operando-se a nomeação de defensor dativo pelo juiz, nada impede ao réu, *ex vi* do art. 263 do CPP, de proceder, em momento posterior, à constituição de outro profissional da sua confiança. (AVENA, 2020, p. 277).

Sob essa égide, cabe ressaltar que a figura do defensor pode ser classificada em várias espécies: defensor constituído, defensor público, defensor dativo, defensor *ad hoc* ou substituto e defensor curador.

a) Defensor constituído: é o profissional habilitado e constituído, com registro na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), também aclamado de advogado, pelo acusado para patrocinar sua defesa técnica. Via de regra, sua constituição é feita por meio de instrumento de procuração.

b) Defensor público: é o membro integrante da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, que possui a incumbência de orientar juridicamente e de realizar a defesa, em todos os graus, das pessoas necessitadas e carentes, consoante ao artigo 5º, LXXIV da CF/88. Em outros termos, é o profissional, com capacidade técnica, para prestar assistência jurídica integral e gratuita para os indivíduos que, comprovadamente, necessitam.

c) Defensor dativo: é o profissional nomeado pelo juiz para efetivar a defesa técnica do réu que não constituiu advogado para sua defesa. Tal nomeação pode

ocorrer por duas razões: quando o acusado não apresentar condições de contratar um profissional habilitado ou mesmo possuindo tais condições, não optar pela contratação.

d) Defensor *ad hoc* ou substituto: é o defensor nomeado pela autoridade judiciária para somente o cumprimento de um ato processual específico, em razão do então defensor do acusado não ter comparecido para a realização do ato, sem a devida motivação, mesmo diante de notificação.

e) Defensor curador: é aquele nomeado ao índio não adaptado e ao acusado que apresente insanidade mental, após instauração do incidente. Nessa hipótese, a responsabilidade de indicar o defensor curador recai sobre o defensor do curador, posto que “essa assistência deve ser provida por quem seja dotado de capacidade postulatória” (LIMA, 2020, p. 1358).

Art. 262 Ao acusado menor dar-se-á curador.

Predomina -se o entendimento doutrinário de que o presente dispositivo legal foi revogado tacitamente por duas razões. Primeiro, por causa do artigo 5º do Código Civil, ao estabelecer que a maioridade se alcança aos 18 (dezoito) anos de idade, equiparando a maioridade penal à civil. E segundo, pelo advento da Lei nº 10.792/03 e sua consequente revogação expressa do artigo 194 do CPP, posto que tal revogação retirou do ordenamento jurídico a exigência de se proceder interrogatório do acusado menor na presença do curador.

Art. 263 Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

A autoridade judiciária tem a liberdade de escolha para nomear um defensor, profissional devidamente habilitado e com capacidade técnica, para atuar na defesa técnica do acusado, quando este não constituir nenhum. No entanto, o réu poderá, a qualquer tempo, substituir o mencionado defensor por outro de sua confiança ou realizar a autodefesa, caso tenha habilitação.

A mencionada liberdade de escolha decorre do fato de que ao juiz recai o dever de promover a ampla defesa do acusado, de forma que ele ze pelo fiel exercício da ampla e eficaz defesa, uma vez que o processo penal é regido pelos princípios da prevalência do interesse do réu e do devido processo legal. Em conformidade com tais princípios, juntamente com o direito à ampla defesa, o acusado também recebe amparo do direito de escolha de defensor de sua confiança, a qualquer tempo no processo. Para tanto, Rogério Lauria Tucci alvitra que “o fato de poder o acusado, a quem tenha sido dado defensor *ex officio*, nomear outro de sua confiança, ‘a todo tempo’, não significa tenha ele direito à substituição do anteriormente designado, por novo defensor também nomeado pelo órgão jurisdicional: restringe-se, obviamente, o seu direito, à constituição de outro de sua confiança, em prol do aperfeiçoamento de sua defesa” (TUCCI, 1978, p. 179).

Ainda em linhas de promoção de defesa do réu, cabe a ele também o direito de se defender, caso tenha habilitação. O referido direito, também chamado de autodefesa, é exercido pelo próprio acusado, pessoa a quem lhe é imputada a prática de uma infração penal, em momentos essenciais ou fundamentais durante a persecução penal. “Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é renunciável, já que não há como se compelir o acusado a exercer seu direito ao interrogatório nem tampouco a acompanhar os atos de instrução processual” (LIMA, 2020, p. 1353).

Já o parágrafo único desse artigo anuncia que o acusado economicamente favorecido ou que não apresente insuficiência de recursos financeiros deverá ser responsabilizado pelo pagamento dos honorários do defensor dativo nomeado pelo juiz. Nesse viés, o julgamento do REsp 1.656.322/SC, da 3ª Seção do STJ fixou importantes diretrizes para o estabelecimento dos honorários de defensor dativo: “1ª) As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado; 2ª) Nas hipóteses em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor; 3ª) São, porém, vinculativas, quanto aos valores estabelecidos para os atos

praticados por defensor dativo, as tabelas produzidas mediante acordo entre o Poder Público, a Defensoria Pública e a seccional da OAB; 4ª) Dado o disposto no artigo 105, parágrafo único, II, da Constituição da República, possui caráter vinculativo a Tabela de Honorários da Justiça Federal, assim como tabelas similares instituídas, eventualmente, pelos órgãos competentes das Justiças dos estados e do Distrito Federal, na forma dos artigos 96, I, e 125, §1º parte final, da Constituição da República (...)” (STJ, 3ª Secção, REsp 1.656.322/SC, relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 04/11/2019).

Art. 264 Salvo motivo relevante, os advogados e solicitadores serão obrigados, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, a prestar seu patrocínio aos acusados, quando nomeados pelo juiz.

Segundo o artigo 264 do CPP, o defensor nomeado somente poderá recusar o patrocínio ao réu, por motivo relevante, plenamente justificado ao magistrado. Dito de outro modo, o defensor está submetido à obrigatoriedade de patrocínio, uma vez que sua recusa injustificada constitui infração disciplinar, segundo o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94, em seu artigo 34, XII: “constitui infração disciplinar: recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública”.

“Logo, em primeiro lugar, deve-se observar que a nomeação do defensor, para o patrocínio de qualquer causa, somente ocorrerá quando, na Comarca, não houver órgão da Defensoria Pública (ou Procuradoria do Estado, com serviço de assistência judiciária). Nesse caso, deve o advogado aceitar a incumbência, a menos que demonstre a total impossibilidade, aduzindo motivos plausíveis. E, se atuar, deve ser remunerado pelos seus serviços, seja pelo próprio réu – quando tiver condições econômicas – seja pelo Estado, conforme tabela organizada pela OAB”, consoante Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 516).

Faz-se necessário observar que a figura do solicitador foi trocada pela figura do estagiário, tornando-se, portanto, impossível sua nomeação para patrocinar ações no processo penal, pois o artigo 3º, §2º da Lei nº 8.906/94, somente autoriza a atuação do estagiário de advocacia em atos específicos, além de ser em conjunto com advogado.

Ademais, é notório salientar que a possível cobrança da referida multa não mais subsiste, posto que o valor “de cem a quinhentos mil-réis” não condizem com moeda corrente no período atual. Logo, tal incompatibilidade inviabiliza a cobrança.

Art. 265 O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 1.º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

§ 2.º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.

O presente regramento legal trata sobre a obrigação de o defensor comunicar previamente o magistrado acerca da sua saída do processo, por motivo devidamente justificado, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários-mínimos. Percebe-se, portanto, que a aplicação da multa repousa na ausência de comunicação prévia ao juiz e não na discordância do motivo. Nessa esteira, o advogado ao comunicar o magistrado da sua intenção de se afastar do processo, se incumbe, por força do artigo 5º, §3º do Estatuto da Advocacia, de continuar, “durante os dez dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, salvo se for substituído antes do término desse prazo”.

Alinhada à temática abordada, a OAB, por meio da ADI 4.398, cujo julgamento ainda não foi concluído, questionou junto à Suprema Corte a constitucionalidade da referida multa prevista no *caput* desse artigo, “sob o argumento de que a regra viola o livre exercício da advocacia previsto no artigo 133 da CF, por retirar da entidade a atribuição de punir seus inscritos e por deixar de assegurar ao profissional o exercício do contraditório e da ampla defesa (...). Com a devida vênia, firmada premissa de que as instâncias judicial-penal e administrativa são independentes, não nos parece haver qualquer incompatibilidade entre o art. 265 do CPP e as sanções aplicáveis pelos órgãos a que estão vinculados os causídicos, uma vez que estas têm caráter administrativo, e a multa do CPP caráter processual. De mais a mais, o reconhecimento de que advogados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública exercem funções essenciais à Justiça não lhes outorga imunidade absoluta” (STJ, 5ª Turma, RMS 54.183/SP, relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 02/09/2019; STJ,

5ª Turma, Agint no RMS 58.366/SP, relator: Ministro Ribeiro Dantas, DJe 25/03/2019, apud LIMA, 2020, p. 1362).

Ainda nesse prisma de possibilidade ou de impossibilidade, a doutrina e a jurisprudência também questionam a aplicação da multa para o defensor público. Entretanto, vem prevalecendo que, por ele ser um profissional que exerce *mumus* público em nome da Defensoria Pública, aplica-se a multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários-mínimos, a qual será suportada pela Instituição. A instituição, por sua vez, poderá oferecer eventuais ações regressivas contra os seus membros, se for confirmado excesso na atuação profissional, com abuso de direito de defesa.

Com o objetivo de dar maior efetividade ao mencionado direito à ampla defesa do acusado, o §1º do respectivo dispositivo legal, faculta ao defensor o adiamento da audiência, por motivo justificado, quando não puder comparecer. Em conformidade com a ideia anterior, Avena explica que “se o defensor não puder comparecer por motivo justificado e se este impedimento for comprovado até a abertura da audiência, seja de instrução, seja de interrogatório, o juiz poderá adiar a realização do ato judicial” (AVENA, 2020, p. 284).

Em sequência, o §2º do artigo 265 do CPP preconiza que perante a ausência do defensor constituído ou do defensor dativo, devidamente notificado para a execução de determinado ato processual, mormente audiências de instrução e de interrogatório, não obstará a realização do referido ato, ressalvado motivo imperioso ou a inexistência de comunicação até a abertura das audiências. Nessa perspectiva, ao magistrado caberá nomear um defensor *ad hoc*, defensor para o ato.

Atreladamente à essa ideia, o Superior Tribunal de Justiça explica que “o § 2º do artigo 265 do Código de Processo Penal determina que, na ausência do causídico (advogado, defensor) contratado pelo acusado, um defensor substituto deve ser designado provisoriamente para o ato, não havendo qualquer exigência no sentido de que seja um membro do órgão de assistência judiciária, compreensão que contraria o próprio objetivo do dispositivo processual penal, que é o de evitar a perda de um ato processual que pode ser realizado validamente, já que nem sempre um Defensor Público estará disponível no local ou no momento da solenidade para atuar como advogado *ad hoc*” (STJ, Recurso em *Habeas Corpus* nº 74.841 - AC (2016/0216283-7), relator: Ministro Jorge Mussi, DJ 14/10/2016).

Ainda nesse âmbito, Guilherme de Sousa Nucci complementa que “persistindo a falta em julgamento posterior, pode o magistrado declarar o acusado indefeso, nomeando-lhe substituto, após dar-lhe prazo para escolher outro profissional para defendê-lo. Acrescente-se, ainda, que, se a falta imotivada for de defensor dativo, pode o magistrado substituí-lo definitivamente. Cuidando-se de defensor público, deve officiar à direção da instituição, solicitando providências” (NUCCI, 2016, p. 519).

Art. 266 A constituição de defensor independerá de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório

Em regra, a constituição do defensor constituído - advogado nomeado para patrocinar a defesa técnica do acusado – é realizada por meio de instrumento de procuração. Todavia, o supracitado dispositivo legal anuncia que a mencionada constituição poderá ser feita independentemente de instrumento de mandato, quando o réu indicar seu defensor por ocasião do interrogatório. Tal nomeação recebe o nome de *apud acta*.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, “essa possibilidade de constituição do defensor por ocasião do interrogatório tinha razão de ser antes da reforma processual de 2008. Afinal, quando interrogatório era o primeiro ato da instrução processual, era muito comum que o acusado comparecesse à audiência acompanhado de seu advogado, hipótese em que seria desnecessária a juntada de procuração. No entanto, com a vigência da Lei nº 11.719/08, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato da instrução, sendo que, por força do art. 396 do CPP, recebida a peça acusatória, acusado será citado para oferecer a resposta à acusação, peça esta que já deve vir acompanhada da respectiva procuração. Portanto, a nosso ver, o art. 266 do CPP foi tacitamente revogado pela reforma processual de 2008” (LIMA, 2020, p. 1356).

Em contrapartida, Norberto Avena ensina que o artigo 266 não foi tacitamente revogado pela referida reforma processual ao afirmar que a “exceção à regra de que o defensor constituído pelo acusado deverá acostar instrumento de mandato nos autos, sob pena de nulidade ou inexistência dos atos que venha a praticar, existe no art. 266 do CPP, a nosso ver, em pleno vigor” (AVENA, 2020, p. 276-277).

Por fim e em colaboração com Avena, o STJ preconiza que “1. Constatado que o causídico foi constituído na forma do artigo 266 do Código de Processo Penal, que preconiza que “a constituição de defensor independará de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório”, deveria ele ter sido intimado não somente das audiências de oitiva das testemunhas de acusação, como também para a apresentação das alegações finais, de forma que configurado o cerceamento de defesa alegado, independentemente da nomeação da Defensoria Pública para acompanhar o processo (...)” (STJ, *Habeas Corpus* nº 292.563 - MT (2014/0084951-0), relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, DJ 27/08/2018).

Art. 267 Nos termos do art. 252, não funcionarão como defensores os parentes do juiz.

O mencionado artigo remete ao dispositivo legal 252 do CPP, mormente, em relação ao inciso I, o qual prevê as seguintes causas de impedimento: “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, (...)”. Tais causas não abrangem todo e qualquer vínculo de parentesco, o que significa dizer que o impedimento do defensor ou do advogado acontecerá somente quando se referir ao cônjuge ou ao parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau do magistrado.

Ademais, faz-se necessário observar que a ordem de intervenção no processo é relevante. Nesse sentido, Lima assevera que “se a esposa do juiz já estiver atuando em determinado processo como defensora, ficará o juiz impedido de exercer jurisdição no processo, nos termos do art. 252, I, do CPP. Se, no entanto, o juiz já estiver atuando no processo, o advogado que com ele tiver vínculo de parentesco estará impedido de ingressar na relação processual” (LIMA, 2020, p. 1362).

CAPÍTULO IV – DOS ASSISTENTES

*Simone Tavares de Andrade*⁹
*Andréia Chiquini Bugalho*¹⁰

A figura do assistente nasce, de acordo com Juarez Tavares, a partir do momento em que “a maior parte das infrações penais, ou pelo menos a maior parte das infrações efetivamente praticadas, pelo simples fato de constituir um fato *ilícito*, revela aptidão para produzir efeitos em outras áreas do ordenamento jurídico” (TAVARES, 2000, p.123). Em outros termos, determinadas infrações penais podem alcançar prestação jurisdicional do Estado, não somente na esfera penal, mas também em outros ramos do Direito, mais especificamente, no ramo de natureza patrimonial, quando ocorrer violação de bens jurídicos específicos de particulares.

Em consequência, recai sobre o ofendido ou sobre a vítima a possibilidade do direito à recomposição do patrimônio, tanto material quanto moral, afetado pela efetivação da infração penal cometida pelo acusado. Nesse escopo, tal direito se traduz em interesse jurídico na relação jurídico-processual penal, uma vez que a sentença penal condenatória constitui em título judicial executivo, segundo artigo 515, VI do Código de Processo Civil. Sob essa ótica, o interesse jurídico torna-se um alicerce para o “reconhecimento da possibilidade de intervenção da vítima na obtenção do citado título, bem como na obtenção da condenação, se já estiver em curso a ação civil para a recomposição do dano pela via do processo de conhecimento” (PACELLI, 2017, p. 226). Nesse sentido, o despontamento da figura do assistente ocorre por meio desse interesse jurídico, que vai além da reparação de dano, configurando-se no direito de agir.

O assistente, portanto, interfere no processo como auxiliar de acusação, com o intuito de não só reparar o seu eventual dano, mas de exercer o direito de agir, inclusive o direito de cooperar com a justiça, por meio do interesse social, o qual pode ser

⁹Advogada. Pós- graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Mestranda no programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-SP.

¹⁰ Advogada. Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP);

traduzido como o direito de recorrer ao considerar a sentença injusta no seu *quantum* de pena aplicada. Desse modo, o assistente, em uma ação penal pública, por exemplo, se habilita para dar amparo à acusação e/ou para fiscalizar a autuação da parte principal, o Ministério Público.

Atrelado à ideia de auxílio, pode se dizer que o assistente, então denominado assistente de acusação, ocupa a posição de “parte secundária, acessória, contingencial, pois o processo independe dele para existir e se desenvolver” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 878), uma vez que sua atividade processual é acessória em relação àquela desenvolvida pela parte principal.

Art. 268 Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.

Ao Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe, dentre outras funções institucionais, promover, privativamente, ação penal pública, conforme estabelece a Constituição Federal, por força do artigo 129, I. No entanto, o próprio ordenamento constitucional excepciona tal regra, ao permitir que o particular também ajuíze ação privada em crimes de ação pública, por meio da denominada ação penal privada subsidiária da pública, quando o órgão ministerial não a intentar dentro do prazo legal. Para tanto, o artigo 5º, LIX, assim como o respectivo dispositivo legal concedem ao ofendido a possibilidade de intervir na ação penal por meio de assistência, a qual resulta na formação de litisconsórcio ativo. Tal formação, por sua vez, se faz integrar no polo ativo, o assistente de acusação ou também conhecido como assistente do Ministério Público (AVENA, 2020).

Nessa linha de intelecção, o assistente de acusação, segundo aludido regramento legal, pode ser o próprio ofendido ou seu representante legal ou, na ausência, qualquer uma das pessoas mencionadas no artigo 31, quais sejam: cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do ofendido (“Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”). Em outras palavras, a figura do assistente é preenchida pela vítima quando se tratar do ofendido, no caso de

incapacidade por seu representante legal e, por fim, sendo a vítima pessoa morta ou ausente, pelas pessoas enumerados no artigo do 31 do CPP.

Nessa perspectiva, faz-se necessário observar que a pessoa jurídica, apesar de divergência doutrinária, também pode ser considerada assistente de acusação, segundo posicionamentos dos Tribunais Superiores. Notadamente, o STJ, em processo criminal a respeito do incêndio ocorrido na Boate Kiss, no município de Santa Maria do Estado do Rio Grande do Sul, no dia 27 de janeiro de 2013, afirmou que: “não obstante o disposto nos arts. 31 e 268 do CPP, é razoável a admissão, no processo, da associação formada entre os familiares das vítimas e os sobreviventes da tragédia da Boate Kiss, como assistente de acusação, visto que essa pessoa jurídica representa exatamente as pessoas previstas nos mencionados dispositivos legais, sendo, outrossim, inviável e fora de propósito exigir-se habilitação individual de todos os ofendidos sobreviventes e dos familiares de todos os mortos no incêndio” (STJ, REsp 1790039/RS, DJ 02/08/2019).

Ainda sobre a pessoa jurídica, Aury Lopes Júnior elucida que, excepcionalmente, órgãos e entidades podem ser assistentes de acusação, desde que haja previsão expressa nesse sentido, posto que, para ele, o rol é taxativo. Nessa esteira, o ordenamento jurídico apresenta duas possibilidades: a) nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, provenientes da Lei nº 7.492/86, inteligência do artigo 26, parágrafo único: “sem prejuízo do disposto no art. 268 do CPP, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização” e b) nos crimes contra as relações de consumo, em que a Lei nº 8.078/90, nos artigos 80 c/c 82, III e IV, autoriza a intervenção do assistente do Ministério Público da seguinte forma: “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código” (de defesa do consumidor), e também as “associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear” (2020, p. 878-879).

A título de complemento, Guilherme de Souza Nucci expõe uma terceira hipótese prevista no Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/94 – no seu artigo 49 ao declarar que: “Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta Lei. Parágrafo único: As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”. Para o referido jurista o mencionado regramento legal deve ser adaptado ao contexto do processo penal, tornando, desse modo, a OAB assistente de acusação nos casos em que envolvam o advogado como réu, cuja demanda insta o interesse jurídico de toda a classe da advocacia (NUCCI, 2016).

Ademais, faz-se necessário mencionar que Lopes contradiz alguns julgados dos Tribunais Superiores ao dizer que não é cabível a intervenção de pessoa jurídica de direito público no processo penal, pois é uma figura que deve ser observada de maneira restritiva, devido ao fato de que o assistente de acusação é portador de “sentimento de vingança e interesse econômico privado” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 883). Em corroboração a ideia

Sob essa égide, o doutrinador explica que para todo o tipo de assistente é aplausível falar em sentimento de vingança e em interesse econômico privado. Nesse diapasão, sentimento de vingança se entende como um objetivo de alcançar uma decisão justa a vítima, a qual somente pode compreendida em uma sentença penal condenatória, pois o ofendido não tem a intenção de se habilitar no processo para fins de interesse social ou até mesmo para obter uma absolvição do acusado. Já o interesse econômico privado se constitui em interesse patrimonial, posto que quando o magistrado profere a sentença condenatória e esta se transita em julgado (sentença condenatória transitada em julgada), há a formação de título executivo judicial passível de ajuizamento de ação de execução na jurisdição cível, ou dependendo do caso, na jurisdição trabalhista. (LOPES JÚNIOR; 2020)

Ainda em arcabouço teórico, outra questão bastante controvertida a respeito da temática abordada é sobre os fundamentos da assistência ao Ministério Público, particularmente, em ação penal pública. Sob essa ótica, boa parte da doutrina anuncia duas posições. A primeira refere-se à ideia de que é permitida a intervenção da vítima

e dos demais legitimados como assistente do órgão ministerial, por causa do interesse civil em obter a reparação do dano patrimonial causado pela conduta da infração penal. Sob essa ótica, o pressuposto da atuação da vítima recai se em alcançar uma sentença condenatória transitada em julgado (título executivo judicial) para posteriormente executá-la, visto que o assistente somente pode auxiliar o Ministério Público.

Já a segunda posição afirma que o assistente de acusação e as demais pessoas previstas no artigo 268 do CPP não têm, apenas, o interesse civil em obter a reparação do dano patrimonial, mas também de atingir a “condenação do réu como forma de repressão ao crime praticado” (AVENA, 2020, p. 292). Dessarte, tal entendimento vem prevalecendo nos Tribunais, os quais, inclusive vem admitindo a possibilidade do assistente de acusação interpor recurso, sem participação do Ministério Público, contra decisão condenatória com a finalidade de aumentar a pena do réu, conforme Recurso Especial nº 1.089.564/DF (STJ, REsp 1.089.564/DF, DJ 07/05/2012 em *Habeas Corpus* 99.857/SP, DJ 19/10/2009).

Vale ressaltar que, ainda no viés da segunda posição, não se permite a interposição de recurso, pelo assistente de acusação por meio de seu advogado devidamente constituído, contra decisão que rejeita liminarmente a denúncia, pois conforme reza o artigo 269 do CPP, o assistente somente começa a intervir no processo penal após o recebimento da peça acusatória.

Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.

O presente dispositivo legal declara que o assistente de acusação não poderá “pleitear a repetição ou pretender a realização de atos cujo momento processual já tenha passado” (LOPES JÚNIOR, Aury; 2020, p.887), mesmo que seja para a produção de provas. Nesse escopo, a intervenção é destinada para os atos processuais futuros, uma vez que não é retroativa.

Outrossim, é admitido à vítima e aos legitimados do artigo 268 do CPP ingressar no processo penal, como assistentes, a qualquer momento, a partir do recebimento da peça acusatória até o trânsito em julgado da decisão. Dito de outro modo, não se reconhece a assistência anterior ao oferecimento da denúncia e no curso da execução

penal. Nessa linha, o artigo 430 do Código de Processo Penal também acrescenta mais uma circunstância temporal para se admitir a assistência nos casos submetidos ao Tribunal do Júri ao anunciar que “o assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar”.

Por fim, cabe salientar que, perante o grande acúmulo de processos em varas criminais, os magistrados, por vezes, são silentes quanto ao pedido de habilitação do assistente de acusação, muito embora conceda oportunidade, por meio de seu advogado, de participar dos atos processuais. Nesse ínterim, o aludido silêncio oriundo da ausência de pronunciamento judicial não pode implicar prejuízo ao assistente, devido ao fato de que referido assistente não atuou no feito, em virtude de se encontrar inabilitado. Logo, caso ocorra prejuízo nesse lapso temporal, o juiz deverá declarar nulidade absoluta dos atos realizados, desde o momento em que foi realizado o protocolo do pedido de habilitação do assistente de acusação. Nesse sentido, os Tribunais Superiores asseveram que: “a falta de decisão que habilita expressamente o assistente de acusação no processo constitui mera irregularidade” (STJ, *Habeas Corpus* 69.570/MT, DJ 10/08/2009 e *Habeas Corpus* 128.570/PB, DJ 03/08/2009).

Art. 270 O corréu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público.

Trata-se de uma regra completamente necessária para impedir a confusão processual de possuir uma pessoa que ocupa, ao mesmo tempo, polos diametralmente opostos na relação jurídico-processual penal, com o intuito de auxiliar a acuação e o réu, de forma simultânea, uma vez que tal auxílio pode resultar em riscos consideráveis de manipulações e fraudes.

Nessa linha, Guilherme de Souza Nucci traz o seguinte ensinamento: “não tem o menor cabimento o corréu pretender a condenação de quem agiu juntamente com ele para a prática da infração penal. O espírito poderia ser de pura emulação ou vingança. Imagine-se, no caso de separação dos processos, que um corréu já tenha sido julgado e condenado. Para buscar a condenação de comparsa seu, que inclusive delatou, pleiteia a intervenção como assistente de acusação. Nota-se, pois, flagrante abuso, visto que seu interesse não é justificado, como ocorre com o ofendido pela prática da

infração penal. O mesmo vale para a situação em que os corréus ocupam as posições de autores e vítimas da infração penal, como ocorre no caso de lesões recíprocas” (NUCCI, 2009, p. 369).

Por outro lado, a doutrina apresenta uma discussão sobre a possibilidade ou não de o corréu interpor recurso em relação à absolvição do outro. Nessa linha de intelecção, o posicionamento prevalecente entende que apesar do corréu estar impedido de habilitar-se, por expressa disposição legal, no mesmo processo como assistente de acusação em face do outro acusado, nada obsta que, como vítima da prática da infração penal imputada, tenha a oportunidade de interpor recurso a despeito da “decisão que o tenha absolvido, impronunciado ou declarado extinta a sua punibilidade – mesmo porque a interposição de recurso pelo ofendido ou pessoas do art. 31 não exige prévia habilitação como assistente de acusação, *ex vi* do art. 598 do CPP” (AVENA, 2020, p. 289).

Por conseguinte, a Suprema Corte alvitra que “a questão diz respeito à interpretação dos artigos 270 e 598 do Código de Processo Penal, dispondo o primeiro que o corréu não pode intervir no processo como assistente, e o segundo que, na ausência de apelação do Ministério Público, o ofendido, mesmo quando não tenha se habilitado como assistente, pode apelar. Harmonizando esses dispositivos, tem-se que o ofendido, mesmo quando lhe é defeso funcionar no processo como assistente (art. 270), a ele, é sempre lícito apelar da sentença absolutória do agressor, se o Ministério Público não apelar” (STF, Ag. 28.318, RTJ 27/25).

Art. 271 Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1.º, e 598.

§ 1.º O juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá acerca da realização das provas propostas pelo assistente.

§ 2.º O processo prosseguirá independentemente de nova intimação do assistente, quando este, intimado, deixar de comparecer a qualquer dos atos da instrução ou do julgamento, sem motivo de força maior devidamente comprovado.

Conforme elucida no *caput* do presente artigo, cabe ao assistente devidamente habilitado participar no processo penal, por meio dos seguintes atos processuais: propor meios de provas, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo (peça

processual ou também chamada de peça inicial de um processo feito pelo Ministério Público) e os articulados, participar de debate oral e arrazoar os recursos, ou seja, apresentar razões recursais interpostas pelo órgão ministerial, ou por ele mesmo, salvo a interposição recursal realizada por assistente não habilitado.

No entanto, apesar da grande maioria da doutrina e da jurisprudência reconhecerem a importância da participação do assistente de acusação no processo penal, não se admite sua atuação em todos os atos processuais, uma vez que considera que o referido rol é taxativo, não autorizando, portanto, analogia ou interpretação extensiva. Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça em decisão no *Habeas Corpus* nº 499052 afirmou que “o art. 271 do Código de Processo Penal arrola de forma taxativa os atos que o assistente de acusação tem legitimidade para praticar” (STJ, *Habeas Corpus* 499052/SP, 5ª Turma, DJ 03/06/2019).

Em corroboração ao exposto, ele complementa que “1. a legitimidade recursal do assistente da acusação limita-se às hipóteses descritas no rol taxativo do artigo 271 do CPP, quais sejam, impugnação da absolvição, da impronúncia (artigo 584, § 1º, do CPP) e da extinção da punibilidade (artigo 581, VIII, do CP). 2. Por ausência de previsão legal expressa, o assistente da acusação carece de legitimidade para recorrer de sentença que homologa suspensão condicional do processo proposta pela acusação” (STJ, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 955.268 - RJ (2016/0191872-2) relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, DJ 25/03/2019).

Em contrapartida à ideia, Norberto Avena (2020, p. 294-295) explica que é possível “admitir a legitimidade do assistente para prática de atos não contemplados no art. 271”, tais como: opor exceção de suspeição do juiz. Ademais, acrescenta que “o mesmo ocorre em relação à correição parcial. Embora não haja previsão expressa desta possibilidade (o art. 271 possibilita ao assistente insurgir-se apenas contra a impronúncia, contra a decisão que declara extinta a punibilidade e contra a sentença final de mérito), pensamos que deve ser oportunizado seu ingresso diante de eventual ilegalidade constatada na atuação do magistrado como, por exemplo, se este negar-lhe vista dos autos para arrazoar recurso interposto pelo Ministério Público, em manifesta violação ao art. 600, § 1.º, do CPP”.

Ainda em linhas de restrições quanto à legitimidade do assistente, há uma aparente contradição entre os artigos 577 e 271, ambos do CPP. O artigo 577 revela

que os legitimados para a interposição recursal são o Ministério Público, o querelante, o réu, seu procurador ou defensor, sem mencionar a figura do assistente de acusação. Por sua vez, o dispositivo legal 271 do CPP expressamente afirma que “ao assistente será permitido (...) arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos artigos 584, §1º, e 598”.

Com essa abordagem, percebe-se, portanto, que os legitimados apresentados no então artigo 577 se referem aos sujeitos recursais genéricos, o que quer dizer que os referidos podem interpor qualquer tipo de recurso previsto em lei. Por outro lado, a previsão legal estabelecida no artigo 271 é mais restritiva e taxativa. Em outros termos, o assistente encontra-se ausente no artigo 577 e presente no artigo 271, pois somente cabe a ele interpor recursos específicos previstos nos dispositivos 584, §1º e 598 do CPP, condicionando-se a que não tenha o órgão ministerial recorrido.

Cabe salientar que o artigo 584, §1º se refere ao recurso em sentido estrito contra as decisões de impronúncia e extinção de punibilidade e o artigo 598 sobre a possibilidade de o assistente interpor apelação sem habilitação. Nesse sentido, faz-se necessário apontar que a regra geral, para praticar qualquer ato elencado no artigo 271 do CPP, é a necessidade de o assistente de acusação requerer previamente ao juiz a sua habilitação, comprovando sua legitimidade. Entretanto, para recorrer com base nas hipóteses supracitadas, não se torna necessária o requerimento dessa habilitação prévia, valendo a própria interposição como pedido implícito de habilitação (AVENA, 2020).

Ainda nessa linha de intelecção, o mesmo jurista levanta a seguinte discussão: “e quanto à decisão do juiz que, no procedimento do júri, desclassifica a infração penal imputada para outra não dolosa contra a vida, nos termos do art. 419, do CPP? De fato, nem o artigo 598 nem o artigo 584, § 1.º, do CPP, contemplam faculdade recursal ao assistente para se insurgir em relação à desclassificação operada na fase da pronúncia. Apesar disso, a jurisprudência majoritária, inclusive o STJ, tem compreendido que o assistente pode, sim, recorrer nessa hipótese, justificando essa orientação no argumento de que a desclassificação se equipara à decisão de impronúncia, decisão esta que comporta recurso do assistente” (AVENA, 2020, p. 296/297).

É com o cenário sobre as possibilidades de cabimento ou não cabimento do recurso do assistente de acusação que o STF editou duas súmulas, nº 210 e nº 208. A

Súmula nº 210 dispõe que “o assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos artigos 584, §1º, e 598 do Código de Processo Penal”, podendo estender ao recurso especial. E a Súmula nº 208, a qual estabelece que “o assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, da decisão concessiva de *habeas corpus*”.

Sabe-se também que além das alternativas que se referem às interposições recursais, o *caput* e o §1º do presente regramento legal trazem a possibilidade de propor meios de prova, que podem implicar perícias, juntada ou requisição de documentos, testemunhas, os quais necessitam ser passadas pelo crivo do magistrado, após ouvir o órgão ministerial para que possa findar eventual tumulto causado pelo assistente.

Arelado a essa ideia de produção de provas, Lopes (2020, p. 887-888) explica que “não pode o assistente da acusação arrolar testemunhas”, uma vez que o “assistente recebe o processo no estado em que se achar e, sua intervenção somente é possível após o recebimento da denúncia (...) e o momento de arrolar testemunhas é na própria denúncia”. Preconiza também que, conforme autorização prevista no artigo 422 do CPP, existe a exceção “nos processos por crime de competência do Tribunal do Júri, em que poderá arrolar testemunhas de plenário, desde que, somadas ao rol do MP, não exceda o limite legal”.

Nesse contexto, o referido dispositivo legal cita o direito de aditar o libelo e os articulados. Por sua vez, o libelo foi extinto com o advento da Lei nº 11.689/2008, fazendo com o esse direito perdesse sentido. Já o direito de aditar os articulados se traduz no direito de apresentar alegações finais.

Por fim, o §2º desse artigo ensina que uma vez o assistente admitido no processo penal, por meio de seu advogado devidamente habilitado, será intimado para todos os atos que devam praticar no feito, mormente, audiência de instrução. Todavia, se não comparecer a qualquer deles sem a devida comprovação de motivo de força maior, desde que seja regularmente cientificado, não poderá mais ser intimado. Tal regra é plenamente plausível, pois a assistente de acusação ocupa, no processo penal, posição de parte acessória, o que significa que sua participação, apesar de relevante, é dispensável. Sob essa ótica, ele deve zelar pela sua própria intervenção processual,

sem abandonar a causa sem justa razão. Uma vez abandonando, não será desabilitado, no entanto, não receberá mais intimações.

Art. 272 O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente.

O órgão ministerial será ouvido previamente, a despeito da admissão do assistente de acusação no processo penal. Contudo, o pedido de habilitação somente poderá ser indeferido em duas situações: em caso de ilegitimidade ou por falta de procuração. Diante desse contexto, caso o membro do Ministério Público venha a se opor contra a referida intervenção por motivo diverso, o magistrado deverá interceder, posto que ao representante da Instituição ministerial não cabe o juízo de discricionariedade, baseado na conveniência e na oportunidade do acompanhamento, segundo entendimento predominante na doutrina, inclusive de Guilherme de Souza Nucci (2016) e Aury Lopes Júnior (2020).

Ainda em conformidade com doutrina prevalecente, Espínola Filho também orienta que a avaliação do membro do Ministério Público deve fundar-se, exclusivamente, no aspecto da legitimidade: “parece-nos que é o único motivo, pelo qual pode ser recusado o assistente, e, se o órgão do Ministério Público se manifestar contrário, invocando a desnecessidade de auxílio, ou outro motivo desta ordem, o juiz, a quem cabe solucionar em caráter definitivo (sem possibilidade de qualquer recurso), o incidente, não deixará de apoiar a pretensão da parte privada, que se apresenta com qualidade legal para tomar tal posição” (ESPÍNOLA FILHO, 1955, p. 272, apud NUCCI, Guilherme de Souza; 2016, p. 525).

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência vem decidindo: “conforme preceitua o art. 272 do CPP, o Ministério Público, como titular da ação penal, deverá ser ouvido previamente sobre a admissão do assistente. Contudo, essa regra não pode ser tida como absoluta, pois não se trata de um juízo discricionário do órgão Ministerial” (TJMT, Apelação 121322/2014 – MT, 2.^a Câmara C., relator Pedro Sakamoto, DJ 16/09/2015).

Art. 273 Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão.

O requerimento de habilitação realizado pelo assistente de acusação será previamente ouvido pelo órgão ministerial (artigo 272 do CPP) e, posteriormente, submetido ao despacho do magistrado que poderá admiti-lo ou não. Da decisão do juiz a respeito da não admissibilidade do assistente, não caberá recurso nominado, porém, por se tratar de direito líquido e certo do ofendido e dos demais legitimados do artigo 268 do Código de Processo Penal, será admitida a impetração do remédio constitucional aclamado de Mandado de Segurança, ressalvados os casos excepcionais, cuja inabilitação seja o motivo justificador.

Em corroboração com o contexto, Eugênio Pacelli (2017, p. 229) complementa que “(...) embora a intervenção do assistente deva ser entendida como direito subjetivo do ofendido e demais legitimados, há casos (e tal seria a hipótese de pluralidade de ofendidos), sobretudo dependendo da fase procedimental em que se encontrar o processo, nos quais, do deferimento do pedido de assistência, poderá resultar prejuízo na tramitação do processo. Deverá o juiz, então, zelando pela regularidade da tutela jurisdicional, indeferir as habilitações pretendidas”.

Ainda nessa linha de intelecção, Norberto Avena (2020, p. 29-/298) inova ao afirmar que “eventualmente, circunstâncias posteriores ao deferimento da habilitação do assistente do Ministério Público facultam ao juiz determinar sua exclusão. É o caso de, em dado momento do processo, o assistente exacerbar suas atribuições legais, adotando posições diametralmente opostas à do Ministério Público e, com isso, desnaturando o fundamento principal de sua habilitação nos autos, que é o de reforçar a tese acusatória. Perceba-se que não se está aqui afirmando que o assistente obrigatoriamente deva aderir ativamente ao entendimento do promotor (defendendo, por exemplo, de modo aguerrido à tese ministerial), mas, sim, que lhe é vedado causar a esses transtornos que possam causar graves prejuízos no desempenho de suas atribuições”.

CAPÍTULO V – DOS FUNCIONÁRIOS DA JUSTIÇA

*Simone Tavares de Andrade*¹¹
*Andréia Chiquini Bugalho*¹²

Os funcionários da justiça também denominados de serventuários são aqueles funcionários públicos que ocupam cargos provenientes de lei e cujos vencimentos são suportados pelo Estado e estão a serviço do Poder Judiciário. Em outras palavras, são os membros que auxiliam o magistrado a dar efetividade a tutela jurisdicional e a proporcionar maior êxito e eficácia no desenvolvimento regular do processo penal. São eles: distribuidor, escrivão ou chefe de cartório, escreventes, oficial de justiça, depositário público, auxiliares de cartório e contador ou partidor.

O distribuidor, em regra, é o indivíduo que exerce a função de registrar e distribuir os efeitos. Por sua vez, o escrivão ou o chefe de cartório é quem decide a respeito dos atos administrativos e para quem são destinados os feitos. Os escreventes são funcionários auxiliares do mencionado escrivão ou do chefe de cartório. Já o oficial de justiça é aquele que executa mandados, tais como: de citação, de intimação, de busca e apreensão, de diligências, de prisão e outros. Há também o depositário público que possui a atribuição de guarda de coisas apreendidas ou sequestradas e os auxiliares de cartório que são as pessoas incumbidas de realizar protocolos, de entregar processos, juntadas e etc. Por fim, o contador ou o partidor é o funcionário público que efetua os cálculos das custas judiciais e da pena.

Ainda nesse prisma de atribuições e auxílio no seguimento regular do processo, faz-se necessário salientar que “todos estes funcionários para o fiel desempenho das suas funções gozam de fé pública, mas pode ser elidida prova em contrário” (AMORIM, Fábio Tavares; 2017).

¹¹ Advogada. Pós- graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Mestranda no programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-SP.

¹² Advogada. Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP);

Art. 274 As prescrições sobre suspeição dos juízes estendem-se aos serventuários e funcionários da justiça, no que lhes for aplicável.

Aos funcionários da justiça são aplicáveis, no que couber, as prescrições acerca das suspeições dos juízes, dado que os aludidos auxiliam o juiz a exercer a atividade jurisdicional e, por essa razão, interferem no desenvolvimento regular do processo. Diante de tais circunstâncias, o referido dispositivo legal procura salvaguardar essas intervenções de eventuais influências pessoais entre os serventuários e quaisquer das partes, ou seja, busca a impessoalidade do serviço público.

Nessa perspectiva, torna-se sábio mensurar a intensidade que deve nortear a participação de cada funcionário no processo, pois eles atuam de maneiras e profundidades distintas. Dessarte, Eugênio Pacelli (2017, p. 229/230) declara que “a nosso aviso, entre todos os integrantes do juízo, apenas a atividade desenvolvida pelo escrivão poderia merecer a preocupação do legislador, no que respeita, especificamente, à possibilidade de alguma interferência na imparcialidade do julgamento. Isso poderá ocorrer diante de sua proximidade com o magistrado e de sua posição de chefia dos serviços de apoio. Entretanto, como, ao fim e ao cabo, o juiz tem o poder correcional e de fiscalização da atividade desenvolvida pelo corpo administrativo, a *impessoalidade* do serviço estará preservada na mesma medida em que se revelar impessoal e imparcial a atuação da própria jurisdição. Por isso, somente o exame de cada caso concreto é que poderá revelar a necessidade de afastamento de servidor ou funcionário da Justiça”.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2016) entende que a existência do supracitado artigo não tem o seu porquê, pois os funcionários da justiça não exercem qualquer ato decisório, de repercussão à parte, no processo penal. Ademais, seus deveres se restringem a cumprir ordens do magistrado, sem qualquer poder de deliberação próprio.

CAPÍTULO VI – DOS PERITOS E INTÉRPRETES

*Simone Tavares de Andrade*¹³
*Andréia Chiquini Bugalho*¹⁴

Os peritos são auxiliares da justiça, concursados ou não, que possuem conhecimento especializado. Em outros termos, são os especialistas em determinada matéria, incumbidos de servir como auxiliar da justiça, clarificando questões específicas e afastadas dos conhecimentos jurídicos dos magistrados. Os peritos podem ser de dois tipos, oficiais e não-oficiais ou louvados.

Os oficiais são aqueles especialistas que integram o quadro da Polícia Judiciária, são, na verdade, os funcionários do Estado, pois se vincularem a função de perito por meio de lei ou por nomeação do juiz, passando, então, a serem compromissados e a desempenhar suas obrigações. Já os não-oficiais ou louvados “são aqueles que por determinada situação são convocados em juízo para prestar serviços em um determinado caso. São nomeados pela autoridade policial ou judiciária, devendo prestar compromisso assim que assumir seus encargos. Para ser perito louvado, é necessário que seja pessoa idônea, com diplomação superior, de preferência na área do exame” (AMORIM, 2017). Ademais, são somente chamados diante da ausência dos oficiais.

Do mesmo modo que o perito, o intérprete também é um auxiliar de justiça, o qual possui o dever de exercer suas funções dentro do processo de forma desinteressada, além de seus atos gozarem de fé pública e de presunção de legalidade. Nesse viés, o intérprete é uma “(...) pessoa que traduz para outrem – no caso autoridade policial ou judiciária e partes – o conteúdo de um escrito redigido em língua estrangeira ou pensamento exposto por pessoa que não pode expressar-se na língua nacional, seja por ignorar o idioma, seja por deficiência orgânica” (MIRABETTE, Júlio Fabbrini; 2008, p. 710).

¹³ Advogada. Pós- graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Mestranda no programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-SP.

¹⁴ Advogada. Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP);

É notório salientar que o referido auxiliar da justiça deve ser conhecedor de determinados idiomas estrangeiros ou linguagens específicas, em razão de atuar como intermediário entre a pessoa a ser ouvida em juízo e o magistrado e as partes na relação jurídico-processual penal.

Art. 275 O perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária.

Conforme dito anteriormente, o perito pode apresentar duas classificações: oficial e não-oficial ou louvado. O oficial é um integrante da Polícia Judiciária que auxilia a justiça, uma de suas relevantes funções. Já o perito não-oficial é aquele portador de idoneidade e de habilitação técnica, prevista no artigo 159, §1º do CPP. Ambos exercem encargos de natureza pública e, por tal razão, são submetidos ao Princípio da Legalidade, um dos princípios basilares da Administração Pública e estão sujeitos à disciplina judiciária no que tange à suspeição e às sanções disciplinares, dentre outras.

Em outras palavras, os peritos oficiais e não-oficiais são encarregados de exercer seus deveres de maneira fiel, além de auxiliar o juiz na verificação e na análise dos fatos para os quais se requer conhecimento técnico e específico. Diante de tal situação, eles passam a ser submetidos à disciplina judiciária, a qual pode ser compreendida como a submissão aos poderes de direção do processo que a lei comete ao magistrado.

Na mesma linha, Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 527) explica que “a disciplina judiciária o coloca em pé de igualdade com os demais funcionários públicos, ainda que se trate de perito não oficial, podendo responder pelos crimes previstos no Capítulo I do Título XI da Parte Especial do Código Penal”.

Art. 276 As partes não intervirão na nomeação do perito.

O referido regramento legal traz a ideia do Princípio da não Intervenção das Partes na nomeação do perito. Tal princípio compreende a ausência do direito das partes de indicar nomes de especialistas para exercer a função de perito, pois na sua grande maioria são funcionários oficiais e independem de qualquer tipo de nomeação ou de compromisso.

Na verdade, “são funcionários do Estado, embora considerados auxiliares da justiça, quando atuam no processo” (NUCCI, 2016, p. 527). Nesse viés, encontram-se impossibilitados de serem indicados pelas partes, segundo o entendimento do STJ ao elucidar que “(...) 5. A corroborar este entendimento, o artigo 276 do Código de Processo Penal é claro ao assentar a impossibilidade de interferência das partes no que diz respeito à indicação do perito (STJ, *Habeas Corpus* nº 154.093/ RJ (2009/0226404-2), relator: Ministro Jorge Mussi, DJ 15/04/2011). Além dos mais, “lembramos, também, que muitos laudos – senão todos – são produzidos na fase policial, sem repetição em juízo, motivo pelo qual descabe a intervenção das partes na nomeação feita pelo delegado ou pelo juiz”. (NUCCI, 2016, p. 527).

Art. 277 O perito nomeado pela autoridade será obrigado a aceitar o encargo, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, salvo escusa atendível.

Parágrafo único. Incurrerá na mesma multa o perito que, sem justa causa, provada imediatamente:

- a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade;
- b) não comparecer no dia e local designados para o exame;
- c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita, nos prazos estabelecidos.

Com base no Princípio Democrático, o dispositivo legal afirma que o perito nomeado pela autoridade deverá colaborar com os seus conhecimentos técnicos e especializados para que a justiça tenha o seu objetivo efetivamente atingido. Nesse escopo, ocorrendo a negação sem justo motivo ou a aceitação com execução de suas funções de forma inadequada, o referido perito incorrerá em sanções pecuniárias.

Em contrapartida a essa ideia, Nucci (2016) ensina que o mencionado preceito deve ser observado com a máxima prudência possível, pois a grande maioria dos peritos são oficiais (funcionários públicos), de modo que não podem recusar o cumprimento do seu dever, sob pena de responsabilização funcional. Da mesma forma acontece com os peritos não oficiais, tendo em vista que a referida prudência também se torna necessária, pois o magistrado “não deve obrigar determinados profissionais a aceitar encargos, que lhes retirarão tempo útil, sem a devida remuneração, o que raramente acontece no processo criminal – diversamente do cível, quando as partes podem suportar os salários periciais” (NUCCI, 2016, p. 527).

Por fim, a multa prevista neste artigo, por falta de atualização legal, encontra-se inaplicável.

Art. 278 No caso de não comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução.

Em regra, além da multa imposta pela negação sem justo motivo ou pela inadequada execução de suas atribuições (artigo 277 do CPP), ao perito também se recai a sujeição da condução coercitiva, ressalvado o direito de comprovação imediata da justa causa.

Sob essa égide, a doutrina majoritária entende que o aludido dispositivo legal se trata de uma determinação aos peritos não-oficiais, em virtude de que os oficiais são obrigados a cumprir com zelo seus deveres, sob pena de responsabilização funcional, e estão sujeitos às penalidades administrativas.

Art. 279 Não poderão ser peritos:

I – os que estiverem sujeitos à interdição de direito mencionada nos ns. I e IV do art. 69 do Código Penal;

II – os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;

III – os analfabetos e os menores de 21 (vinte e um) anos.

O artigo traz as causas de impedimento por razões de indignidade, de incompatibilidade e de incapacidade. Na opinião de Fábio Tavares Amorim (2017), “a lei prevê o impedimento, ainda, na razão das penas restritivas de direitos, interdição temporária de direitos e proibição do exercício da profissão. A indignidade se mostra possível como critério de impedimento quando ela *per si* invalida o exercício do cargo do perito. Incompatibilidade se justifica quando alguém já tiver feito parte do processo sendo por depoimento ou já tendo se pronunciado sobre o objeto da perícia. Mesmo que o perito tiver pronunciado fora do processo ele fica impedido de exercer a função. Em nada obsta, porém, que após ter realizado a perícia o perito venha a testemunhar no processo”.

Ainda nessa linha de intelecção, o inciso III, segundo entendimento dominante, é uma norma vaga de conteúdo de aplicabilidade, pois os peritos oficiais são pessoas

concursadas e que preenchem requisitos legais para o exercício de suas obrigações, dentre eles ser alfabetizado. Na mesma esteira, os não-oficiais devem, minimamente, ser possuidor de diploma de curso superior, conforme reza o artigo 159, §1º do CPP. Logo, estabelecer como circunstância de impedimento o analfabetismo tornou-se algo inútil. O mesmo acontece a despeito da regra do menor de 21 (vinte um) anos, posto que o próprio Código Civil considerou a maioridade aos 18 (dezoito) anos completos (artigo 5º do CC).

Art. 280 É extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos juízes.

A atuação desempenhada pelos peritos é, acima de tudo, técnica e intervém à formação do convencimento judicial na apreciação da prova, haja vista que detém forte influência no poder decisório do juiz, notadamente no processo penal, influenciando, inclusive, na solução da causa. Sob essa ótica, é necessário dimensionar sua relevância ao máximo de cautela quanto à qualidade e à idoneidade do serviço prestado. Dessarte, o mencionado artigo permite que aos peritos incidam as mesmas causas de suspeição dos magistrados, naquele que for compatível (artigo 254 do CPP). Isso acontece, em razão da proteção da imparcialidade, haja vista que, para alcançá-la, é essencial buscar auxílio na interpretação extensiva.

Em corroboração ao exposto, Eugênio Pacelli (2017, p. 230) assevera que “acrescentaríamos nós que não só as disposições pertinentes à suspeição dos juízes, mas também aqueles referentes aos impedimentos e incompatibilidades do magistrado, poderão ser aplicadas aos peritos (e intérpretes), diante da necessidade de se preservar a sua absoluta imparcialidade diante do caso penal. Não é por outra razão que os peritos (e os intérpretes) podem responder pelo crime de falsa perícia, conforme disposto no art. 342 do CP”.

Art. 281 Os intérpretes são, para todos os efeitos, equiparados aos peritos.

Pela semelhança das atividades desenvolvidas no processo penal e pelo fato dos intérpretes também exercerem função de auxiliares da justiça, o Código de Processo

Penal, por meio do respectivo artigo, os equipara aos peritos, disponibilizando tratamento idêntico. Assim, todas as questões que se referem aos peritos são aplicáveis aos intérpretes, pois estes são detentores do dever de exercer suas obrigações de forma desinteressada, com imparcialidade, assim como seus atos são possuidores de fé pública e de presunção de legalidade.

Por conseguinte, cabe salientar que a referida equiparação não se trata “do intérprete da lei, porque aí estaríamos dissertando sobre a figura do magistrado, mas sim da pessoa idônea que traduzirá o texto, documento, figura ou outro meio passível de interpretação” (AMORIM, 2017).

REFERÊNCIAS

AMORIM, Fábio Tavares; **Processo Penal**: dos funcionários, peritos e intérpretes, 2017. Disponível em: <https://fabioamorim.jusbrasil.com.br/artigos/365618434/processo-penal-dos-funcionarios-peritos-e-interpretes>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12^a ed. São Paulo: Editora Forense, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.
BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 13 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 09 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil**. Disponível em: 04 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 152, de 3 de dezembro de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp152.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça: Súmula.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Súmula.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando; **Curso de Processo Penal**, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (orgs.). **Temas Atuais do Ministério Público.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 13. Ed. Niterói: Ímpetus, 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999
JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal anotado.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: Volume único.** 8ªed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020

MARQUES, José Frederico; **Elementos de Direito Processual Penal**, 2009.

MIRABETTE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. São Paulo: RT, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TUCCI; Rogério Lauria; **Habeas Corpus, Ação e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

TÍTULO IX – DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

José Luis Cabral de Melo¹
(arts. 282 ao 300)

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Comentários:

Recentes mudanças estão foram aplicadas ao artigo 282, seus incisos e parágrafos, sendo que em 2011, já ocorreram alterações incluídas pela Lei 12.403 de

¹ Advogado.

2011, mais recentemente pela Lei 13.964, de 2019.

O legislador criou requisitos para a aplicação manutenção da prisão cautelar, bem como a possibilidade de substituição por cautelares substitutivas, medidas alternativas à prisão processual, conforme claramente se vê do disposto no § 6º do artigo 282

É preciso observar que a conjugação dos artigos 282 e 283, acontece, dado ao crescimento da violência e judicialização dos conflitos.

Essas modificações no que diz respeito as medidas cautelares no processo penal, surgiram, para amenizar sobremaneira, a crise que o País enfrenta no que diz respeito a aplicação das medida de prisões preventivas, que, muito embora seja tratada como medida excepcional, ainda vem sendo aplicada de forma ampla. Também nos parece que as recentes modificações dessas medidas cautelares visam amenizar a crise do sistema penitenciário no que diz respeito a superlotação de presídios, considerando que grande parte da população carcerária, são pessoas presas aguardando julgamentos dos processos, e que tiveram decretadas as preventivas.

As espécies de prisão são tratadas no art. 283 do Código de Processo Penal, sendo a prisão em flagrante delito, a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, aquela que ocorre cautelarmente ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Com relação a prisão em flagrante não houve alterações nos artigos 301 a 309 CPP

Analisando as medidas cautelares, em aspectos gerais, temos as modificações consistentes resumidamente:

- § 2º - Devem ser aplicadas pelo Juiz, desde que seja provocado pelas partes;
- Permite o contraditório (art. 282, § 3º);
- Tem exceção aos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida
- Conflita com a Lei 11.340/06 (Maria da Penha) Art. 20;

DECISÃO MOTIVADA – ART. 282, § 3º “in fine”

- Intimação da parte contrária, para manifestação em 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia dos autos;

DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS

- **JUIZ NÃO PODE AGIR DE OFICIO – Art. 282, § 4º , tem que ser Provocado;**

Exceção – Art. 282, § 5º CPPO juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, falta de motivo , e, se sobrevierem razões que a justifiquem.

- **DEVER DO JUIZ** - substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, **nos termos do parágrafo único do art. 312 do Código Processo Penal;**

REVOGAÇÃO DAS CAUTELARES SÓ PODEM SER DE OFICIO NOS TERMOS (ART. 282, § 5º DO CPP.

O texto do artigo 282 traz em seus incisos I e II, uma situação entre a adequação, e também a necessidade, dando condições ao Juiz poder continuar utilizando a prisão preventiva, que é clássica no Direito Penal, mais de certa forma parcialmente restrita de aplicação, pois, só cabível, na forma do “caput” do art. 312 do CP.

É preciso atentar a questão de decretação da prisão preventiva e não aplicação das cautelares, pois no binômio “necessidade x adequação” força o Magistrado analisar com preponderância a aplicação das medidas cautelares, em face da real necessidade da prisão preventiva. No caso da decretação da prisão preventiva, continuará a se observar como fundamento a aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou instrução criminal e, ou, para evitar a prática de infrações penais, conforme regra do art. 312 do CPP, também deve ser adequada à gravidade do crime circunstâncias do fato e condições pessoais do agente. Melhor dizendo, preponderância à proporcionalidade.

O inciso I do referido artigo traz como pressuposto, a necessidade de aplicação da lei penal, tendo como exemplo pratico, a convicção fundamentada de que o acusado poderá se furtar à aplicação da lei penal, como caso de fuga. A questão da necessidade, haverá que ser devidamente fundamentada para que o julgador possa justificar a necessidade, indicando o periculum libertatis, ao decretar a custódia provisória. Geralmente essa medida é adotada quando existir ocorrência de fuga do suspeito para

justificar a manutenção da cautela e diretamente assegurar, caso provada a autoria delitiva, a aplicação da lei penal, após a instrução processual.

A 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça entende “que o perigo para a aplicação da lei penal não deflui do simples fato de se encontrar o réu em lugar incerto e não sabido. Não há confundir evasão com não localização” (STJ, RHC 50.126/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2015.)

Com relação à investigação ou a instrução criminal, necessário esclarecer que é uma decretação quando não se está em situação de flagrante delito, e o crime ocorreu em data pretérita.

Citamos como exemplo quando o acusado ameaça testemunhas, intervém para obstruir ou mesmo atrapalhar as investigações ou a colheita de provas de uma forma geral; e por final para evitar a prática de outras infrações penais, no caso de mostrar-se ineficaz medida cautelar anteriormente imposta.

Para a decretação da prisão preventiva exige-se que tanto o Ministério Público, como a Autoridade Policial, apontem os requisitos essenciais (art. 312) baseados em fatos concretos, atuais, e não meros indícios e suposições, para que possa ser deferida pelo juiz.

Tocante a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado existe no inciso a conjunção de adição “e” de forma explícita, não bastando a conjugação em separado.

Guilherme de Souza Nucci in (Código de Processo Penal Comentado, Editora Forense, 13^a edição, p. 644) “tratando-se da gravidade do crime, em qualquer situação, deve-se ponderar a sua concretude. Pode-se dizer que o roubo é um delito grave, mas, para a decretação da prisão preventiva ou de medida cautelar alternativa, depreende-se da avaliação dos fatos concretos. Faz-se em gradação: quando muito grave, associado a outros elementos, opta-se pela prisão cautelar; quando de média gravidade, pode-se impor medida cautelar.”

A análise do referido inciso I, necessita da demonstração da existência de provas tanto da materialidade do crime, como indícios suficientes da autoria, e a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Relacionados a condições pessoais do indiciado ou acusado, deverá se levar em consideração a idade, condições de natureza psicológica e/ou psiquiátrica.

Em conclusão, o Julgador tem a obrigação de fazer um juízo de necessidade e adequação da medida cautelar, na forma dos incisos I e II, ao decidi-la.

A aplicação das medidas cautelares podem ser de forma isolada ou cumulativa, o Magistrado tem a faculdade de aplica-las, levando-se em consideração a gravidade do crime, o fato em si e a pessoa que será submetida à medida a ser decretada.

Vale ressaltar que as medidas cautelares, diversas da prisão em estabelecimento estatal, são:

1) comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;

2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

3) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstância relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

4) proibição de ausentar-se da Comarca ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;

5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

6) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

7) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

8) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial;

9) monitoração eletrônica e

10) prisão domiciliar, que foi regulamentada em capítulo específico.

Havendo descumprimento de quaisquer das condições impostas, o Juiz poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (artigo 312, parágrafo único).

O § 2º, diz respeito a possibilidade ou não de decretação das medidas de ofício. É clara a disposição que traz que a medida deverá ser requerida pelas partes, defesa ou Ministério Público, e permite o contraditório (art. 282, § 3º). O Juiz não pode agir de ofício (Art. 282, § 4º), tem que ser provocado. No entanto, há exceção (Art. 282, § 5º CPP), onde o Juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, quando verificar a falta de motivo para que subsista, e, se sobrevierem.

Também necessário que possamos atentar a um conflito existente no referido dispositivo, com a LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006 (Lei Maria da penha que diz:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

O § 3º, traz a aplicação, o princípio do contraditório, que na verdade foi criado possibilitando a parte ao receber o pedido de medida cautelar que se manifeste. No entanto, excepcionalmente poderá a partes não ser intimada em casos de urgência ou perigo. Em toda decisão judicial os dispositivos falam em “caso concreto”, ou seja, nada de abstrato, hipotético, não sendo suficiente o enquadramento formal, devendo também existir o enquadramento material (o verdadeiro objetivo da norma).

O § 4º trata de substituição da medida, no entanto, deve haver a provocação das partes, para que haja a substituição da medida, ou imposição de outra, isolada ou cumulativa, ou mesmo a decretação da prisão preventiva.

Já o § 5º, nos remete a necessária a revisão das medidas cautelares aplicadas, vez que estas dependem da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo. Por isso, estão sujeitas à nova verificação de seu cabimento, seja para eventual revogação, quando cessada a causa que a justificou, seja para nova decretação, diante do surgimento de hipótese que a autorize.

Essa leitura, nos remete a disposição legal de reexame da necessidade das cautelares (parágrafo único do artigo 316), no prazo de 90 dias, da mesma forma que a prisão preventiva.

Obedecendo a regra do § 6º, para que seja possível a decretação da prisão preventiva, é necessário, de acordo com o artigo 313, inciso I, do CPP, que o crime seja punido com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, ou que se trate de uma das hipóteses previstas nos incisos II e III, bem como no parágrafo único, do mesmo dispositivo. As medidas cautelares são alternativas e preferíveis em relação à prisão preventiva, para privilegiar meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais do cidadão. Desta forma, quando nenhuma das medidas alternativas for adequada para a finalidade assecuratória que o caso esta a exigir, seja pela sua aplicação isolada, seja por sua imposição cumulativa, é que se deverá verificar o cabimento da medida mais gravosa, que é a prisão preventiva.

Tem que ser motivada no caso concreto explicando, qual o perigo que a liberdade da pessoa trará ao andamento do processo, ou seja **fundamentação concreta**.

“Art. 312 § 2º CPP - Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”

Deve-se ficar atento, para o artigo 315 CPP, quando fala em decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada, ou seja tem que haver fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida – ou seja motivo atual ou novo. É necessário que o juiz indique e demonstre concretamente da necessidade de decretação da prisão preventiva, porque tem que determinar a prisão, e quais os fundamentos que levam a crer que a pessoa ira frustrar a aplicação da lei

A prisão preventiva é a extrema ratio, somente podendo ser determinada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas, e mais, se houver medida adequada diversa da prisão para sanar o risco, deverá o magistrado dar preferência a ela, devendo percorrer todo o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, estabelecidas no art. 319, e somente decretar a custódia preventiva e temporária quando insuficientes as medidas elencadas em rol próprio. A clareza do dispositivo em

comento traz à luz que a prisão sempre deve ser a exceção, na medida que a liberdade é a regra.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Recapitulando, as espécies de prisão são: Flagrante, por ordem fundamentada (prisão preventiva ou temporária) e a prisão, após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

A Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece no art. 5º, inciso LXI, que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*”.

A prisão em flagrante, é a que acontece quando a pessoa está cometendo o crime, acabou de praticar a infração, é perseguido em situação que se faça presumir ser o autor do crime, ou que é encontrado com instrumentos, armas ou demais objetos do delito. O flagrante delito poderá ser próprio, ou impróprio, quase flagrante ou flagrante presumido, podendo ser preso pelas autoridades ou pode ser detido por qualquer um do povo.

A norma constitucional fala também em prisão cautelar, essencialmente prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária. O art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal não dispõe sobre a prisão decorrente de sentença condenatória, e, a hipótese da prisão não cautelar, tem aplicação e acolhimento no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, quando traz à aplicação que: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

Forçoso entender que, com relação a prisão decorrente de sentença penal condenatória, exige-se o trânsito em julgado.

A exigência de ordem escrita e fundamentada da decisão judicial, para determinar as prisões cautelares e/ou a prisão após condenação definitiva, obrigatoriamente tem que apresentar as razões concretas que justifique o encarceramento da pessoa, principalmente, no caso de prisão cautelar, na medida em que ela é provisória, e não existe qualquer pena/punição a ser cumprida e, nessa fase, a lei presume a inocência da pessoa.

A ordem escrita e fundamentada razões, de fato e de direito, que conduzem o Magistrado até uma decisão, isenta de arbitrariedades, não admite suposições e subjetivismos.

No mês de novembro do ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal, revisitou entendimento anterior e proibiu a execução provisória, julgando procedentes as ADCs 43, 44 e 54 e reafirmando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Na ocasião, ficaram vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Atualmente (2020), por consequência, a execução da pena só está autorizada após o trânsito em julgado. A discussão continua nos meios sociais até a presente data, de forma que prevalece o entendimento adotado em 2019, proibindo a execução provisória da pena, até o esgotamento das vias recursais.

Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

O dispositivo, somente autoriza o agente que vai efetuar a prisão a utilização da força física e psicológica necessária, caso seja indispensável em razão de resistência ou de tentativa de fuga daquele que se deva prender. Viola esse dispositivo o uso de excesso de força, podendo o agente que estiver efetuando a prisão, com o uso de força ou violência incorrer em delitos diversos, como exemplo violência arbitrária, abuso de poder, abuso de autoridade, lesões corporais, homicídio.

Nos Estados Unidos da América e em vários países europeus, já operam há muitos anos câmeras de monitoramento em viaturas policiais e em coletes dos policiais, para coibir o uso de força desnecessária empregadas em prisões. Já no Brasil há aproximadamente seis anos, alguns Estados como Distrito Federal, Rio de Janeiro,

Rio Grande do Sul e Santa Catarina, bem como no âmbito federal, vem adotando o mesmo sistema.

Ante o avanço tecnológico, e principalmente a existência de aparelhos celulares e câmeras de monitoramento particulares, a maioria das ações policiais vem sendo registradas pela população o que reforça a aplicação do referido artigo.

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

São requisitos do mandado de prisão, devendo obedecer rigorosamente o que diz as alíneas de “a” a “e”.

O mandado de prisão somente poderá ser firmado por Magistrado com exceção ao estado de defesa e transgressão militar.

Além dos requisitos acima exigidos, necessário que conste do mandado de prisão a comarca e vara de origem, número do processo ou inquérito, teor da decisão, data da decisão, data do trânsito em julgado, pena aplicada quando for o caso, prazo de validade do mandado, o qual equivale ao lapso prescricional.

A falta dos requisitos, em especial, “a”, “b” e “c”, lavratura por escrivão e assinatura da autoridade, designação da pessoa, que tiver de ser presa, (por seu nome, alcunha ou sinais característicos) e menção da infração penal que motivar a prisão, implica no reconhecimento de nulidade do mandado de prisão (artigo 564, IV do CPP), devendo ser atacado o ato através de habeas corpus.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - ...

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Art. 286. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas.

Trata-se também de requisitos do mandado de prisão com previsão constitucional e em legislações ordinárias, os quais visam abonar prisões ilegais e abusivas.

O artigo 5º inciso XI, diz que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

É comum ocorrências de invasões sem que os agentes possuam os respectivos mandados de busca, atentando contra a inviolabilidade do domicílio e proteção da habitação.

Em duas situações resta autorizado o ingresso no domicílio independentemente do consentimento do ‘proprietário’, sendo para prender em flagrante ou por determinação judicial que deve ser cumprida durante o dia.

O Supremo Tribunal Federal, julgando Recurso Extraordinário em Repercussão Geral, sob o n.º/RE 603616 RO-Rondônia, que teve como Relator o Ministro GILMAR MENDES, fixou tese: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”, vencido o Ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, participando como palestrante do XVI Encuentro de Magistradas de los más Altos Órganos de Justicia de Iberoamerica, em Havana, Cuba, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.11.2015.

Daí a importância requisitos do mandado de prisão.

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.

Com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019, o artigo 287, passou a ter nova redação, quando traz a realização da audiência de custódia pelo juiz que expediu o mandado de prisão.

Assim, vemos que a audiência de custódia, não está restrita aos casos de prisão em flagrante, mais sim, a outros tipos de prisões cautelares, não só para se coibir abusos, como também avaliar a necessidade da manutenção ou não do encarceramento.

Alguns juristas entendem que referida redação é dúbia, pois a audiência é indispensável, sendo o crime afiançável ou não.

O Supremo Tribunal Federal atualmente discute sobre o cabimento da audiência em outros tipos de prisão no julgamento da reclamação 29303. No caso, trata-se de um agravo, onde a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, questiona decisão do Tribunal de Justiça estadual (TJ-RJ) que limita a medida (audiência de custódia) aos casos de prisão em flagrante, e, sustenta que a interpretação é equivocada em relação ao que decidiu o STF no julgamento de liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. A liminar foi indeferida.

O defensor Eduardo Newton argumentou que o núcleo decisório da medida cautelar compreendeu os pontos mais mencionados pelos presos no Brasil: a repressão à tortura e o exame da legalidade e da necessidade da prisão. “*Com essa limitação da audiência de custódia realizada pelo TJ-RJ, não há como falar que o direito a não ser torturado se encontra legitimamente tutelado naquele estado da federação*”.

Na data de 10/12/2020, o MINISTRO EDSON FACHIN, deferiu a liminar constando de sua decisão: *diante da plausibilidade jurídica do pedido nesta reclamação e da possibilidade de lesão irreparável a direito fundamental das pessoas levadas ao cárcere, reconsidero a decisão agravada e defiro medida liminar, ad referendum do E. Plenário, para determinar que a autoridade reclamada realize, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas. Comunique-se, com urgência. Inclua-se em pauta, para fins de referendo desta medida liminar, na imediata sessão virtual do E. Plenário com início em 05.02.2021. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 10 de dezembro de 2020, Dia Internacional dos Direitos Humanos.*

Entendo que, a tendência será o reconhecimento do direito do cidadão preso, submeter-se a audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas.

Art. 288. Ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora.

Parágrafo único. O recibo poderá ser passado no próprio exemplar do mandado, se este for o documento exibido.

O dispositivo proíbe o recolhimento a prisão sem a exibição ao Diretor Penitenciário ou ao Agente Penitenciário do mandado cumprido em relação a prisões em flagrante provisórias e prisões temporárias.

Já o artigo 107 da Lei das Execuções Penais, disciplina a formalidade, com relação a cumprimento de pena privativa de liberdade, por sentença condenatória, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

O procedimento visa o controle da juridicidade das prisões, evitando com isso sejam recolhidas ao cárcere, pessoas que não estejam legalmente presas, exigindo-se também, uma cópia do exame de corpo de delito do preso. É uma formalidade que se não cumprida, implica em responsabilização dos agentes que recolheram o preso, por abuso de autoridade.

Já, a necessidade do recibo aludido em referido artigo, o documento assinado, serve assim, para registro e também o controle do tempo de prisão, detração penal, prisão provisória, prisão preventiva e, para efeito de contagem da execução criminal.

Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.

Com as alterações incluídas pela Lei nº 12.403, de 2011, o dispositivo recebeu um acréscimo (art. 289-A).

De certa forma, manteve-se inalterada a depreciação da prisão da pessoa que estiver fora da jurisdição do juiz processante e dentro do território nacional.

Para os casos em que a pessoa a quem tenha mandado de prisão expedido contra si, estiver fora do território nacional, deverá ser expedido o pedido de extradição que será formulado pela instância diplomática ao invés da Carta Rogatória.

O parágrafo primeiro do artigo 289 traz em seu texto uma inovação, para casos de urgência, quando permite ao Magistrado a requisição da prisão por qualquer meio de comunicação, mais com cumprimento dos requisitos do mandado de prisão, quais sejam, o motivo e o valor da fiança se foi assim arbitrada.

Diferente da redação anterior do artigo 289 § 1º que previa a comunicação por via telegráfica, hoje com o avanço tecnológico, o Poder Judiciário, utiliza de mecanismos mais rápidos e eficientes para proceder as comunicações. Atualmente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criou O Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) que é um sistema eletrônico que auxilia as autoridades judiciárias da justiça criminal na gestão de documentos atinentes às ordens de prisão/internação e soltura expedidas em todo o território nacional, materializando um Cadastro Nacional de Presos.

Conforme devidamente esclarecido pelo CNJ, o sistema promove o controle na porta de entrada e de saída das pessoas privadas de liberdade por intermédio do cadastramento dos indivíduos e registro de documentos processuais (além dos mandados de prisão, alvarás de soltura, mandados de internação, guias de recolhimento e de internação...), o que permite identificar todas as pessoas procuradas ou custodiadas, nas diversas categorias de prisão, civil ou penal, estejam elas em situação de prisão provisória, definitiva, ou em cumprimento de medida de segurança na modalidade internação.

Também, podem ser consultados os Mandados de Prisão pendentes de cumprimento em todo o território nacional.

O atual sistema adotado pelo CNJ permite identificar, em tempo real e de forma individualizada, as pessoas privadas de liberdade, procuradas e foragidas, com a

listagem nominal e identificação única, com atribuição de um número de Registro Judiciário Individual – RJI.

Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.

Para que seja possível a inscrição junto ao sistema juiz competente deverá determinar o imediato registro do mandado de prisão junto ao banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, e inclusive mantê-lo atualizado com as informações necessárias, conforme determina o Art. 289-A.

Contudo, somente o registro junto ao CNJ não é impeditivo para que se realize a prisão nessas condições, sendo que o § 2º do artigo 289-A, disciplina que “**Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.**”

Imprescindível, também, que prisão seja imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida, onde a pessoa foi presa, a prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a

decretou o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informação ao juízo que a decretou, sob pena de não sendo cumprido o dispositivo seja procedida a imediata soltura.

Observe-se que de acordo com o Art. 7º da Resolução Nº 251 de 04/09/2018, fala em registro de mandados de prisão e de outros documentos, nos termos do art. 289-A do CPP. Desta forma, deverão ser obrigatoriamente expedidos no BNMP 2.0

O mandado de prisão; II – certidão de cumprimento de mandado de prisão; III – contramandado de prisão ou de internação; IV – alvará de soltura ou ordem de liberação; V – mandado de internação; VI – certidão de cumprimento de mandado de internação; VII – ordem de desinternação; VIII – guia de recolhimento provisória e definitiva; IX – guia de internação provisória e definitiva; X – guia de recolhimento (acervo da execução); XI – guia de internação (acervo da execução); XII – certidão de alteração de regime prisional; XIII – certidão de alteração de unidade prisional; XIV – certidão de arquivamento de guia; e XV – certidão de extinção de punibilidade por morte.

Assim, pessoa privada de liberdade, procurada ou foragida será cadastrada no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões e receberá um número de registro único, denominado Registro Judicial Individual (RJI), composto do ano, sete dígitos sequenciais, e 2 dígitos verificadores, no formato AANNNNNNN-DV.

Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 1º Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;

b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

§ 2º Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida.

Muitas pessoas têm a impressão que por inteligência do art. 4º do CPP, que policiais só podem praticar atos nas suas respectivas jurisdições (Art. 4º A polícia

judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria).

No entanto, o artigo 290 do Código de Processo Penal, diz que, somente se houver perseguição, o réu poderá ser preso em flagrante no território de outro município ou comarca, por policiais de outra circunscrição.

É preciso saber que a polícia não exerce jurisdição, mas sim, atribuições, o que é diferente de competência, na medida em que não estão submetidos às regras previstas nos arts. 70 e 71 do CPP – competência *ratione loci*.

A jurisprudência é firme neste sentido: “[...] a polícia não exerce jurisdição, pelo que não se pode imputar aos atos policiais qualquer vício decorrente de incompetência *ratione loci*. Assim, não há que se falar em nulidade do flagrante pelo fato de serem os policiais- condutores de circunscrição territorial diversa daquela em que ocorreu a prisão. Ordem denegada.” (STJ. HC 9.900/PR, julgado em 19/10/1999. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca).

Art. 291. A prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, lhe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo.

Já é preceito constitucional inserido no artigo 5º inciso LXIV, que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial, para que a pessoa possa saber não só do executor da prisão, bem como do Juiz que a decretou, e por tais razões é que deverá sempre o preso, ficar com uma via do mandado de prisão em mãos, para ter conhecimento da legalidade e identificação de seus executores.

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.
Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

O “caput” do artigo, diz respeito a meios necessários de defesa para vencer a resistência à prisão em flagrante. Não nos parece muito claro o que seria meios necessários de defesa, e, na atual situação, não é o que vemos no dia a dia, onde, essa utilização de meios necessários, pode levar a prática de outros crimes, como lesões corporais, abuso de autoridade, por uso de força excessiva ou mesmo excesso de zelo tanto por parte dos policiais como aquele que auxilia na execução da medida.

A questão aqui de falta de clareza do que sejam meio necessários cria um confronto entre a necessidade de o executor da prisão defender-se de agressão do autuado, e de abusar do meio para atingir seu objetivo que é a prisão. A coercibilidade, atributo do poder de polícia, e, só justifica o emprego de força moderada em situações de oposição da pessoa a uma prisão em flagrante por ordem legal, ou reação do agente infrator contra a determinação do agente público.

É preciso, no caso, que o agente executor da prisão, tenha em mente a existência de limites legais, quando for necessária aplicar a força física, sempre visando a proteção dos direitos e garantias individuais das pessoas, agindo com a técnica necessária, sob pena de incorrer, como dito acima, em tipos penais, como lesões corporais e abuso de autoridade, tanto na Justiça comum como na Justiça Especial, na Justiça Militar.

Com relação ao uso de algemas em mulheres grávidas houve em verdade um aperfeiçoamento com a Lei 13.434/17, até porque, anteriormente já era vedado. Nota-se um crescimento significativo do número de prisões de mulheres, com aumento significativo da população carcerária feminina. A mencionada lei (13.434/14), trouxe regras para procedimentos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, e durante o período de puerpério imediato.

Mais, há exceção a regra, quando ocorra “fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros e, fora esse caso, haverá a responsabilização do agente público quando não forem atendidos os comandos para sua utilização. O Brasil, é integrante do Pacto sobre as Regras Mínimas da ONU para Tratamento da Mulher Presa, conhecido como Regras de Bangkok, e, na regra nº 11, veda o uso de qualquer instrumento de contenção no parto ou no puerpério, assim recomendando: “1. Durante os exames deverá estar presente apenas a equipe médica, a menos que o médico julgue que existam circunstâncias excepcionais ou solicite a presença de um funcionário da prisão por razões de

segurança ou a mulher presa especificamente solicite a presença de um funcionário como indicado no parágrafo 2º da regra 10 acima. 2. Se durante os exames houver necessidade da presença de um funcionário que não seja da equipe médica, tal funcionário deverá ser mulher e os exames deverão ser conduzidos de modo a salvaguardar a privacidade, dignidade e confidencialidade do procedimento”. (<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cooperacao-internacional-2/traducao-nao-oficial-das-regras-de-bangkok-em-11-04-2012>).

Tal medida visa a proteção da grávida e do nascituro, ou seja, princípio constitucional de proteção a vida (art. 5º “caput”).

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito.

Contemplam os artigos 5º, LXI, da CRFB/88 e artigo 283 do Código de Processo Penal, que: *Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”,* sendo que ordem escrita se refere a Mandado de Prisão.

No entanto, a mesma Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, traz como comando, que : *XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”,* que se trata de garantia individual da inviolabilidade do domicílio.

Havendo o consentimento do titular do direito, poderão adentrar os agentes autoridades policiais, durante a noite, e em caso de flagrante delito; qualquer do povo e autoridades em caso de desastre, e para prestar socorro, e, durante o dia, e, todos os

casos acima mencionados, e por determinação judicial, lembrando que casos de prisão somente os agentes.

Essas regras, são previstas constitucionalmente o que se chama de regras constitucionais. E, se casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (CRFB/88, art. 5º, XI), as únicas exceções admissíveis e permitidas legalmente para violação de domicílio são as contidas na própria norma.

Agora indaga-se: É lícita a incursão em domicílio, sem a presença de exceção constitucional, para se cumprir de mandado de prisão? Particularmente comungo da corrente que não, porque não existe margem a se interpretar de forma constitucional que venha a admitir que o mandado de prisão afaste a incidência da regra do artigo 5º, XI, da Constituição Federal.

Mas, e o referido artigo 293 do Código de Processo Penal dizendo outra coisa?

Na hermenêutica a lei maior CF/88 tem eficácia, e este tema há muito se discute e causa dúvidas de interpretação, até porque não podemos afastar a incidência da norma constitucional fazendo referência à *norma infraconstitucional*, *vendo que a norma*, infraconstitucional, não foi devidamente recepcionada pela Constituição Federal.

Indagado, o Mestre FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (In: TÁVORA Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2012), traz a possível solução “... o cumprimento do mandado de prisão em domicílio somente é possível caso o morador autorize o ingresso naquele ambiente. assim, “se o mandado de prisão não vier acompanhado de uma autorização para entrada no domicílio e autorização judicial, os executores nada poderão fazer. Restará apenas, cercar a casa e providenciar a autorização judicial”.

Havendo autorização, não há que se falar em infringência da norma.

Art. 294. No caso de prisão em flagrante, observar-se-á o disposto no artigo anterior, no que for aplicável.

Também nos reportamos aos comentários do artigo 293 do CPP.

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I - os ministros de Estado;

II- os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

§1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Estamos diante do instituto da prisão especial, que lembramos, só cabe a título provisório e não definitivo, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva. Está em tramitação o Projeto de Lei PL 3293/2020, que altera a redação do inciso XI e acrescenta os incisos XII, XIII e XIV ao art. 295 do Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, para instituir prisão especial para outros integrantes das carreiras que especifica, ainda não aprovado, permanecendo inalterado o artigo 295 da forma publicada.

Na verdade, a prisão especial, nada mais é do que o recolhimento, do indiciado ou réu (*preso especial*), em um local distinto da prisão comum e preferencialmente em estabelecimento específico para esta finalidade, e, inexistindo, deverá ser recolhido em

cela distinta do mesmo estabelecimento, em razão de seu caráter provisório, obedecendo-se a norma constitucional do princípio da presunção de inocência.

Visa assim, separar-se o preso especial não condenado, dos demais condenados, inclusive no momento de seu transporte.

Mas há uma limitação estabelecida em lei, o que não implica em qualquer outro traço de diferenciação no que diz respeito aos deveres e direitos daquele preso que já se encontra condenado.

Ha uma diferenciação, no que diz respeito aos funcionários da Administração da Justiça Criminal e dos policiais civis, pois com relação aos policiais civis, prevê a Lei 4.878 de 3 de dezembro de 1965, em seu artigo 40 e § 3º, que os policiais civis têm o direito de cumprir pena em local isolado dos presos não abrangidos pelo regime de prisão especial, significando que, a prisão especial perdurará mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em relação aos funcionários da Administração da Justiça o artigo 84, § 2º, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que o “o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal, ficará em dependência separada, assegurando ao detido de acordo com o art. 3º Lei nº 10.258, de 11/7/2001, os direitos previstos nos incisos I à XI da referida lei, e, perdurará também, no tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Feitas as ressalvas, e, no mais recente entendimento legislativo que revisou o artigo, vem o inciso “V” e parágrafos foram acrescentados pela Lei n. 10.258/2001.

Mas ainda existem outras leis que concedem regime de prisão especial, à pessoas não elencadas no artigo 295 do CPP, como:

Lei n. 8.906/1994: no seu artigo 7º, inciso V diz ser direito do advogado, não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

Lei Complementar n. 35/1979 - artigo 33, inciso III, que diz ser prerrogativa do Magistrado ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

Lei n. 8.625/1993- Artigo 40, inciso V - Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: V- ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

Lei n. 5.350/1967: Estende aos funcionários da Polícia Civil dos Estados e Territórios Federais, ocupantes de cargos de atividade policial, o regime de prisão especial estabelecido pela Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965.

Lei n. 799/1949: Modifica o art. 295 do Código de Processo Penal, e em seu artigo 1º determina que os oficiais da Marinha Mercante Nacional, que já tiveram exercido efetivamente as funções de comando, estende-se a regalia concedida pelo artigo 295 do Código de Processo Penal.

Lei n. 7.172/1983 - Outorga a regalia da prisão especial aos professores do ensino de 1º e 2º graus

Lei n. 3.988/1961: Estende aos pilotos de aeronaves mercantes nacionais a regalia concedida pelo art. 295, do Código de Processo Penal, que trata de prisão especial.

Lei Complementar n. 75/1993 que Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, prescrevendo no artigo 18, inciso II, alínea e, ser prerrogativas dos membros do Ministério Público da União, ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para o julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena;

Lei n. 3.313/1957: Assegura aos servidores do Departamento Federal de Segurança Pública, com exercício de atividade estritamente policial, prisão especial, aposentadoria aos 25 anos de serviço e promoção post-mortem.

Lei n. 2.860/1956: Estabelece prisão especial para dirigentes de entidades sindicais e para o empregado no exercício de representação profissional ou cargo de administração sindical.

Lei n. 4.878/1965 - Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal e no Capítulo VI) Distrito Federal, em

seu artigo 40, §§ 1-4, que preso preventivamente, em flagrante ou em virtude de pronúncia, o funcionário policial, enquanto não perder a condição de funcionário, permanecerá em prisão especial, durante o curso da ação penal e até que a sentença transite em julgado

Referindo-se ao Presidente da República e o caso dos Governadores dos Estados, conforme o artigo 86, § 3º, da Constituição Federal, sendo autoridade máxima do Executivo Federal, nos casos de crime comum, não estará sujeito à prisão antes da sentença condenatória. Justamente por isso, a hipótese de aplicação de prisão especial nesse caso torna-se não necessária.

Muita confusão tem estabelecido, no que diz respeito ao inciso V do artigo 295, quando se refere a prisão dos diplomados por qualquer das faculdades superiores da República.

Ainda que possa não parecer justo na opinião de algumas pessoas, é um privilégio a prisão especial que beneficia os possuidores de diploma de curso superior, sem qualquer razão ou justificativa na legislação, não nos distanciando do fato de que esse privilégio se estende até perdurar a provisoriedade da prisão, mudando, contudo, a partir do momento em que a sentença condenatória tem determinado seu trânsito em julgado.

Merece nossa atenção, a disposição do inciso IV do artigo 295, que dispõe que “os cidadãos inscritos no ‘Livro de Mérito’” também possuem o direito à prisão especial.

“Livro de Mérito” - A definição de “livro de mérito”, vem prevista no Decreto-Lei n. 1.706/1939, consiste na inscrição em documento, dos nomes das pessoas que, por doações valiosas ou pela prestação desinteressada de serviços relevantes, hajam notoriamente cooperado para o enriquecimento do patrimônio material ou espiritual da Nação e merecido o testemunho público do seu reconhecimento.

Também, segundo o artigo 295, inciso VIII, serão beneficiados, os ministros de confissão religiosa, o que poderá gerar conflitos de posições, em se considerando que o Brasil é um estado laico.

Segundo o Doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

“O quadro exposto retrata um Brasil dividido por castas, em matéria de prisão cautelar: os comuns, os especiais e os super especiais. Nada disso é compatível com

a igualdade de todos os brasileiros perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O cuidado com a prisão provisória deve existir, sem dúvida, porém voltado à pessoa do criminoso (o que fez, quem é e qual seu passado em matéria criminal). Separações, por cautela e para preservação da dignidade e da vida humana, somente devem ser acolhidas, quando disserem respeito a fatos e não a títulos.” (Fim da Prisão Especial: posição favorável. Jornal Carta Forense, 5 outubro 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6061>>. Acesso em: 08 outubro 2010).

Art. 296. Os inferiores e praças de pré, onde for possível, serão recolhidos à prisão, em estabelecimentos militares, de acordo com os respectivos regulamentos.

Também no presente dispositivo, o Código de Processo Penal, prestigiou o direito dos militares de menor posição na hierarquia (subtenente, sargento, cabo e soldado, do recolhimento em estabelecimentos militares.

Art. 297. Para o cumprimento de mandado expedido pela autoridade judiciária, a autoridade policial poderá expedir tantos outros quantos necessários às diligências, devendo neles ser fielmente reproduzido o teor do mandado original.

O artigo 144 da CF diz ser a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgão e o § 4º, que polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Dentre os poderes legais do delegado de polícia, estão os de requisitar; intimar e conduzir pessoas; apreender coisas e efetuar buscas; interditar locais e poder de prender pessoas, dentre outros.

Notadamente observamos que existem prerrogativas próprias ao delegado de polícia, sendo-lhes conferidos poderes, e amplos, totalmente justificáveis, portanto, o explícito no artigo acima, um poder-dever no intuito de cumprimento da finalidade atribuída pela Constituição Federal à Autoridade judiciária.

Art. 298. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.

A redação do artigo, foi dada pela Lei nº 12.403, de 2011, sendo que o procedimento do artigo 299, aplica-se, sendo o crime afiançável ou não, mas, sendo o crime afiançável, mesmo assim se torna obrigatória a exibição do mandado.

Surge uma polêmica no caso e um certo conflito, com àquelas hipóteses tratadas anteriormente, onde o cumprimento do mandado de prisão, tem que ser efetivado após o registro em banco de dados nos órgãos de segurança pública, que não podem deixar de ser lançados no sistema e deixar de promover a prisão daquele cujo nome e qualificação está registrado o mandado de prisão ainda não cumprido.

No caso, expedido o mandado e averiguado a sua autenticidade, poderá ser procedida a captura.

Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.

Outra redação incluída pela Lei nº 12.403, de 2011, certo de que, a separação dos presos provisórios, passa ser uma determinação de lei, e não simplesmente uma faculdade da administração prisional.

Lembramos, que, a inexistência de vagas no estabelecimento penitenciário faz com que o Magistrado tenha que decretar a prisão domiciliar ou outra medida cautelar. Para que seja possível, o defensor deverá solicitar certidão de inexistência de vaga separada e instruir o pedido de prisão domiciliar ou substituição por medida cautelar. Caso não atenda está agindo em detrimento do preso provisório, além de causar sério risco ao processo.

O mesmo, se aplica ao militar preso em flagrante após o procedimento legal.

CAPÍTULO II – DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Eudes Quintino de Oliveira Júnior¹
Antonelli Antonio Moreira Baracat Secanho²
(arts. 301 ao 305)

Art. 301 Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

A prisão em flagrante delito, na ótica do legislador processual, é considerada a prisão mais perfeita e a mais adequada medida cautelar, pois dispensa a ordem judicial e confere tal faculdade a qualquer pessoa do povo, no âmbito da mais ampla legitimidade, assim como determina a obrigação às autoridades policiais, de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. É uma medida Cautelar, provisória, com previsão Constitucional no artigo 5º, LXI.

Doutrinadores mais modernos têm defendido que a prisão em flagrante delito é, em verdade, uma medida pré-cautelar, já que ausente o *periculum libertatis* que fundamenta o sistema cautelar.

É importante observar a etimologia da palavra flagrante. Vem do latim, *flagrans*, que está pegando fogo, ardendo, crepitando, com o significado daquilo que está acontecendo em um determinado momento. Os romanos usavam a expressão para simbolizar que o fogo tem um tempo de duração, quando é visível e, mesmo após cessada a chama, permanece ainda a fumaça. Daí a outra expressão utilizada na concessão das medidas cautelares, *fumus boni juris*, com o significado de fumaça do bom direito, apontando que a fumaça é fator indicativo que em determinado local ocorreu o fogo, que passa a ser o fator de certeza de um fato revelando determinada ocorrência.

Diz-se que a prisão em flagrante é a mais perfeita das prisões porque ela revela, a um só instante, num mesmo ato, a autoria do ilícito, circunstância exigida pelo artigo

¹ Promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, advogado.

² Advogado.

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela PUC/SP, professor de Direito Penal e de Processo Penal na UNORP - Centro Universitário do Norte Paulista.

41 do Código de Processo Penal e permite o início da persecução penal em razão da certeza visual do cometimento do crime. A prisão preventiva, por sua vez, pela sua própria caracterização processual, representa uma prévia análise laboratorial =- de uma fundamentação convincente e obrigatória. Tanto é que referida prisão vai exigir um debruçar engenhoso e cauteloso para fazer incidir os requisitos da necessidade e conveniência da decretação da segregação provisória. Quando a regra é a autoridade policial realizar diligências e investigações para buscar a autoria do crime, no ato flagrancial ela é translúcida, brota instantaneamente, isenta de qualquer dúvida. Daí que tamanha certeza permite a lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Hoje, no entanto, a prisão preventiva apresenta-se como a preferida dos tribunais, por ser exatamente a que reúne e preenche os requisitos de segurança exigidos pela nova processualística penal. Pela valoração dada pelo Código de Processo Penal, desprezando a prisão temporária pela sua curta eficácia e mínima exigência probatória, tem-se a impressão que a prisão em flagrante delito seria a que congrega todos os predicados para aperfeiçoar a detenção e torná-la aceitável perante as regras do devido processo legal. Basta a configuração do *flagrans crimen*, que carrega a certeza visual do cometimento do ilícito, ofertando ao mesmo tempo a autoria e materialidade, para que o cidadão seja levado coercitivamente à presença da Autoridade Policial, por seus agentes ou até mesmo por qualquer um do povo.

A prisão preventiva, no entanto, vem revestida de um *plus* diferenciador. Pode-se até dizer que seja resultado de uma construção laboratorial em que a centrífuga do Judiciário tem que analisar criteriosamente determinada conduta e sentir sua repercussão social para adotar a decisão mais apropriada. Na realidade, busca-se o critério da segurança jurídica para a prisão preventiva, pois o que se pretende é estabelecer uma medida que seja preenchida pelas razões de conveniência e necessidade. Quer dizer, a prisão não subsiste por ser simplesmente prisão, como no caso da flagrancial, e sim porque vem acompanhada de elementos de convicção fundados em razões sociais que justifiquem a segregação provisória. Daí porque a prisão flagrancial só será consolidada se presentes os requisitos da preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Há diversas classificações doutrinárias quanto às fases da prisão em flagrante. Guilherme Madeira apresenta a mais completa delas:

- a. Prisão-captura;
- b. Condução coercitiva para a delegacia de polícia;
- c. Lavratura do auto de prisão em flagrante;
- d. Prisão-detenção;
- e. Comunicações obrigatórias;
- f. Análise Judicial.

Após receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo máximo de 24 horas após a prisão, deverá promover a audiência de custódia (com a presença do acusado, de seu advogado e do Ministério Público) e poderá, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva (desde que haja pedido expresse neste sentido, sendo vedada a conversão *ex officio*) ou conceder liberdade provisória (com ou sem fiança), nos termos do artigo 310 do CPP.

Flagrante obrigatório e facultativo

Tem-se, de um lado, o flagrante considerado obrigatório ou compulsório. Esse é realizado em razão do ofício das Autoridades Policiais e seus agentes, responsáveis pela manutenção da ordem pública, com a exceção prevista na Lei 12.850/13, quando ocorrer ação controlada e que exige retardamento do flagrante, para que o ato restritivo seja realizado no momento mais oportuno da operação.

A prisão facultativa, por sua vez, é aquela realizada por qualquer um do povo. Merece um comentário mais alongado. Oliveira Júnior esclarece:

“É comum o leigo em Direito achar estranho o particular ser detentor de tamanho poder. Da mesma forma questiona a participação do cidadão como membro do Tribunal do Júri, nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. Sem falar ainda que o legislador conta também com a participação do qualquer do povo, franqueando-lhe a comunicação oral ou por escrito à autoridade policial para levar a *notitia criminis* em que caiba ação pública.

Das prisões cautelares - compreendendo a temporária e a preventiva - a flagrancial é a que reúne a maior carga de credibilidade pois ocorre quando o agente está praticando o crime, acabou de praticá-lo, foi perseguido logo após ou foi encontrado logo depois em situação de presunção de autoria. Nesta escala decrescente, as duas primeiras hipóteses são consideradas de flagrante perfeito, pois congregam, ao mesmo tempo, todos os predicados para aperfeiçoar

a detenção e torná-la aceitável perante as regras do devido processo legal. É a verdadeira configuração do *flagrans crimen*, que carrega a certeza visual do cometimento do ilícito, ofertando, de imediato, a autoria e materialidade, requisitos indispensáveis para o *fumus bonis juris* e o *periculum libertatis*, para que o preso seja levado coercitivamente à presença da autoridade policial, por seus agentes ou até mesmo por qualquer um do povo.

Diferentemente do que ocorre com a decretação da prisão preventiva, considerada uma prisão laboratorial, com a necessidade de se pinçarem os fatos e circunstâncias com lentes voltadas para o bom senso, atendendo os critérios de legalidade, conveniência e necessidade.

Tamanha legitimidade do particular remonta à própria filosofia do Direito. Todo discurso público tem como destinatário o cidadão que irá não só introduzir como também apontar uma lei considerada fundamental e que atenda os motivos determinantes da razão pública, que busca, em síntese, o bem comum. A pessoa, tanto na sua individualidade como ente do agrupamento social, é o fato gerador em torno do qual serão edificadas as propostas compatíveis com o anseio popular. Daí que, em alguns casos especiais no Direito, o Estado confere ao cidadão um verdadeiro múnus público, elegendo-o como seu *longa manus*.

É o que acontece no caso específico da prisão flagrancial. O Estado tem a obrigação de cumprir sua função relacionada com a segurança pública e, na impossibilidade de exercê-la no exato momento do cometimento de um crime, delega ao particular a legitimidade de agir e falar em seu nome. É como se fosse uma procuração com poderes específicos para determinada situação. E o particular, nesta investidura, age como se fosse um policial.

Com muita perspicácia já advertia Sandel: "Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de incutir nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum".

Flagrante delito pela Guarda Municipal

É de se indagar, e trata-se de questão até mesmo rotineira, se os agentes da Guarda Municipal podem realizar a prisão em flagrante delito? O agente é considerado autoridade competente ou é equiparado ao particular?

A Constituição Federal, em seu artigo 144, § 8º, abriu a permissão para que os componentes da Guarda Municipal tivessem participação na segurança pública, destacando a proteção dos bens, serviços e instalações do município. A Lei nº 13.022/2014, que criou o Estatuto Geral das Guardas Municipais, estabeleceu no artigo 5º, dentre outras, as seguintes funções:

XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;

XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário; (...)

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento.”

Percebe-se, claramente, que os agentes municipais de segurança são detentores da legitimidade de dar a ordem e efetuar a prisão em flagrante da pessoa que estiver praticando ilícito, encaminhando-a em seguida para a autoridade responsável. A Guarda Municipal, carece de legitimidade, no entanto, de praticar atos exclusivos da competência da Polícia Judiciária, como, por exemplo, ingressar na residência do suspeito sem a devida ordem judicial e qualquer ato ali realizado será considerado inválido em razão da sua ilicitude *ex radice*.

Esta é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Inexiste óbice à prisão em situação de flagrância, efetivada por guardas municipais ou qualquer outra pessoa, não havendo falar, em tais casos, em ilicitude das provas daí decorrentes. 2. Na hipótese, entretanto, após denúncia anônima, guardas municipais abordaram o réu e, com ele não encontrando entorpecentes, seguiram até terreno localizado nas proximidades, onde foram apreendidos, além de maconha, 10 reais, um filme plástico utilizado para embalar a droga e documento relativo à execução criminal do réu. 3. Desempenhada atividade de investigação, deflagrada mediante denúncia anônima, que desborda da situação de flagrância, deve ser mantido o reconhecimento da invalidade das provas dela decorrentes. 4. Recurso especial improvido” (REsp 1854065/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020).

No mesmo diapasão o Tribunal de Justiça de São Paulo:

HABEAS CORPUS. Tráfico de drogas. Pleito de trancamento da ação penal. Possibilidade em relação ao paciente. Drogas apreendidas por guardas civis municipais, no interior de residência, após atos de investigação, o que só seria cabível por agentes da Polícia Judiciária. Atuação dos agentes municipais que não encontra

respaldo no artigo 144, §8º, da CF e na Lei n. 13.022/2014. Ilícitude da prova evidenciada. Ordem concedida (Habeas Corpus 2207704-51.2020.8.26.0000. 16ª Câmara de Direito Criminal. Relator Leme Garcia).

Flagrante pela apresentação do agente

Uma outra questão que se apresenta de interesse processual é saber se a pessoa que praticou um crime de autoria até então ignorada, ao se apresentar *sponte propria* perante a autoridade policial, pode ser presa em flagrante delito? Não existe na legislação brasileira a modalidade de “prisão por apresentação”. O dever do Estado, em crimes de autoria desconhecida, é realizar a investigação necessária para apontar o responsável pelo delito. Ora, se o autor se apresenta e assume a autoria até então desconhecida, facilitando e em muito o trabalho policial, não é de bom senso lavrar contra ele o auto de prisão em flagrante delito, pois sua espontaneidade revela o espírito colaborativo. Pode-se, se presentes os requisitos, postular pela decretação da prisão preventiva.

Da mesma forma não será preso na modalidade flagrancial o motorista que que prestar imediato socorro à vítima de delito de trânsito culposos segundo determina o artigo 301 da Lei 9.503/1997: “*Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.*”

Flagrante em ação penal pública e ação penal privada e Contravenção Penal

É de se observar que o artigo 301 do Código de Processo Penal permite a prisão de quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Dá-se a impressão que o legislador excluiu as contravenções, vez que não são consideradas delitos. Na realidade, é uma mera questão de interpretação, pois no artigo 302, de forma clara, o legislador usa a expressão “infração penal”, abrangendo as contravenções. Mas, na realidade processual, não há mais que se falar em prisão em flagrante de fato contravençional, pois o a parágrafo único do artigo 69 da Lei n.9099/95, é taxativo em afirmar: “*Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.*”

Quando se tratar de ação penal pública incondicionada, a não ser o estado flagrancial, não há nenhuma outra exigência a ser observada, pois se trata do modelo

padrão determinado pelo legislador. Quando, no entanto, for caso de de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal exclusivamente privada, o titular do direito deve ser ouvido em primeiro lugar para que possa confirmar seu interesse na persecução penal coercitiva.

Espécies de flagrante

Art. 302 Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

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

O legislador processual penal, seguindo rigorosamente os ditames da legislação italiana, capitaneada por Vincenzo Cavallo como ministro da Justiça, estabeleceu as modalidades flagranciais, observando uma escala decrescente de condutas. Inicia-se com o flagrante perfeito, aquele delineado como o preferencial e vai diminuindo a credibilidade até atingir um patamar de presunção. Embora haja diferenças entre eles, todos estão englobados como flagrante legais. Assim temos:

a) Flagrante próprio ou real (artigos 312, incisos I e II)

Em tal situação, como definido pelo verbo, a prisão ocorre no mesmo momento em que o crime está sendo praticado. É exatamente a idealização feita pelo Direito Romano: o fato está visível, o fogo existe e é incontestável em toda sua intensidade. A autoria é certa, delimitada, sem qualquer dúvida para o agente da lei que efetuou a prisão ou mesmo do particular. Nesta situação, a autoridade policial, encarregada da persecução penal receberá, de pronto, a prova maior que se busca no processo penal: a autoria do delito e, às vezes, até mesmo a materialidade. Daí que a prisão, diante de tal quadro, vem a ser um ato administrativo realizado pelo delegado de polícia, diferentemente da regra geral, que é a prisão por ordem judicial.

Também é considerado flagrante próprio aquele em que a pessoa acaba de cometer a infração penal. O exemplo clássico, com relação à primeira modalidade é

ser o agente flagrado desferindo golpes com uma faca na vítima e, na segunda, é surpreendido com a arma e a vítima prostrada aos seus pés. Percebe-se, sem muito esforço, que há uma significativa diferença entre as duas modalidades. No inciso I do artigo 302, tem-se a certeza incontestada e imediata de se flagrar o agente praticando o núcleo do tipo penal. Já no seguinte, vê-se o agente com a arma do crime, tudo indicando que seja seu autor. Pela boa regra processual, as duas primeiras modalidades são suficientes para a configuração da flagrância. Mas o legislador pátrio, elencou outras duas que se assemelham ao flagrante verdadeiro. Talvez até, em um país em que seja alto o índice da criminalidade, a medida seja salutar.

b) Flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase flagrante (302, III)

Nesta modalidade já há um diferencial que se contrapõe à prisão genuína: trata-se da perseguição a ser feita pelo agente da lei ou qualquer do povo ao provável autor do delito. Tal perseguição deve ter um marco inicial e com caráter de continuidade. Isto que dizer que perseguir significa, de acordo com a própria etimologia da palavra (*jus persequendi*), ir atrás de alguém, seguir literalmente seus passos, sem abandonar tal empreitada. Mas há, também, uma locução temporal que se resume no “logo após”, que vem explicitar o sentido de absoluta imediatidade, entre o momento da prática do crime e a prisão. Não há prazo estabelecido pelo legislador. No vácuo prevalece a interpretação judicial, observando que tal lapso temporal compreende em si mesmo uma noção de continuidade imediata. Mas, em razão das novas tecnologias existentes e que podem ser utilizadas no campo penal, deve-se dar uma outra interpretação à expressão temporal. A evolução da tecnologia acarreta, obrigatoriamente, uma revisão de muitos procedimentos descritos nas legislações. Principalmente as mais envelhecidas e que carregam um arsenal de exigências desproporcionais com os novos tempos. O Direito deve pensar e projetar todas as transformações sociais. Oliveira Júnior, em artigo publicado, criou uma situação que possibilita tal conclusão:

“Imagine que quatro ladrões encapuzados invadam um estabelecimento e, mediante emprego de arma de fogo, subtraíam valores e pertences do proprietário e frequentadores. Colocam-se em fuga com a utilização do carro de uma das vítimas. Mais adiante, seguindo um plano adrede concebido, abandonam o veículo da fuga e apoderam-se do próprio para chegar ao destino pretendido. Sem deixar qualquer pista.

Ocorre que, de uma das vítimas foi roubado um celular, equipado com o aplicativo do GPS (global positioning system) e, ao ser acionado, enviou a informação precisa a respeito da localização de

um dos roubadores que, imediatamente, sem qualquer desconfiança a respeito da operação policial, foi preso e autuado em flagrante delito, numa conexão temporal que corresponde à perseguição contínua e ininterrupta, aquela que é recomendada pelos juristas.

A prisão flagrancial exige a concorrência de pelo menos uma das modalidades previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, resumidamente: a) quem está cometendo ou acaba de cometer a infração penal; b) for perseguido, logo após; c) for encontrado, logo depois. Percebe-se claramente que a premissa do legislador vem elencada em escala valorativa decrescente de credibilidade: aponta os casos de verdadeiros flagrantes nas duas primeiras situações, quer dizer não há nenhuma dúvida com relação à certeza visual do cometimento do crime; já nas duas outras elege o quase-flagrante ou flagrante presumido para dar validade ao ato coercitivo. Mas, lançando mão da interpretação evolutiva, pode-se dar equivalência outra a uma determinação pretérita evoluindo-se até nossos dias, com a aplicação dos arsenais que são colocados à disposição da segurança do homem. Desta forma, razoável a interpretação que ocorreu uma perseguição, num lapso temporal recomendado, coordenada por satélites e que substitui com sobras o trabalho de ir ao encalço de alguém, com a utilização de um veículo.

A localização por satélite, sem dúvida, corresponde a uma *longa manus* do Estado em sua função persecutória. Irá proporcionar a localização precisa do infrator e a realização de uma justiça mais condizente com a realidade e, sobretudo, conferir a segurança que tanto a população reclama.”³

No mesmo sentido, a jurisprudência traz hipótese de flagrante impróprio quando a esposa da vítima fornece elementos de convicção: “(...) *No caso dos autos, os policiais iniciaram a perseguição aos suspeitos logo após a prática criminosa, logrando encontrar o paciente após a esposa da vítima haver informado que o ofendido seria um dos autores do delito, estando-se diante de flagrante impróprio*” (STJ – 5ª Turma, AgRg no HC 601797/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 09/09/2020).

c) Flagrante presumido ou ficto (302, IV)

Esta é a hipótese mais frágil da prisão flagrancial. Não se exige a visualização do cometimento do delito, muito menos a perseguição logo após de quem o cometeu. Trata-se até mesmo de um encontro fortuito em que o agente é abordado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir se ele o autor da infração. A presunção não combina com o Direito Penal, que exige, pelo menos para dar início à ação penal, de indícios que sejam suficientes para apontar a autoria. Com

³ <https://migalhas.uol.com.br/leitores/186153/artigo-o-gps-e-a-perseguiçao-virtual>

total razão elucida Oliveira, quando critica tal presunção: “Aqui, todo cuidado é pouco, porque o que se tem por presente não é a a visibilidade do fato, mas apenas da fuga, o que dificulta, e em muito, as coisas diante das inúmeras razões que podem justificar o afastamento suspeito de quem se achar em posição de ser identificado como autor do fato.”⁴

Com relação ao lapso temporal compreendido na expressão “logo depois”, pela melhor interpretação, deve-se concluir que tal período seja superior ao do “logo após”. Como já se disse anteriormente, tudo vai depender da interpretação judicial de cada caso.

Como forma se buscar a adequação da situação normativa abstratamente descrita, o Superior Tribunal de Justiça entende, de modo pacífico, que:

(...) 1. "O flagrante presumido ou ficto (art. 302, IV , do CPP) se caracteriza quando o agente é encontrado, logo depois da prática do delito, portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal" (HC n. 386.410/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017). 2. In casu, o ora paciente foi abordado por policiais no dia seguinte ao fato delituoso, ocasião em que ele e um de seus comparsas - um adolescente - trafegavam em via pública portando diversos dos itens objetos do roubo cometido, tendo sido encontrados, em diligências imediatamente posteriores, vários itens oriundos do mesmo fato criminoso na residência do paciente, circunstâncias que demonstram a ocorrência do chamado flagrante presumido” (STJ – 5ª Turma - HC 433488/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe 30/04/2018).

Além das situações previstas na lei processual, a doutrina construiu outras modalidades de flagrante:

I. Flagrante esperado

Encontra-se na situação normal de prisão vivenciada no cotidiano dos acontecimentos policiais. Imagine-se que Autoridade Policial tome conhecimento de que um crime vai ser praticado em determinado local. Para lá se dirige e, como se diz no linguajar policial, monta campana aguardando a noticiada ocorrência, que realmente acontece. Diante disso pode legalmente proceder à prisão, pois não houve por parte da autoridade qualquer intervenção e muito menos indução ou condução para

⁴ Oliveira, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal, 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.533.

a prática ilícita. Toda a movimentação anterior foi realizada no âmbito investigativo, que poderia até mesmo não resultar em detenção e a prisão só ocorreu pela iniciativa do agente em perpetrar o delito. Flagrante normal, roborado pela legislação.

Assim entende o STJ:

“(...) no **flagrante** preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível; ao passo que no **flagrante** forjado a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico. Hipótese totalmente diversa é a do **flagrante esperado**, em que a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão” (HC 307.775/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/03/2015).

II. Flagrante preparado ou provocado

Diz-se provocado porque, diferentemente da hipótese anterior, conta com a colaboração de um agente estranho, rotulado de agente provocador, à prática do crime. Ocorre quando o terceiro, geralmente um agente da polícia, prepara ou provoca a cena do delito. O exemplo clássico aponta o comerciante que, suspeitando da prática de furto continuado em sua empresa, solicita o concurso policial que, por sua vez, prepara uma situação favorável para a prática da subtração e quando o suspeito parte para a prática costumeira sua ação é interrompida pela ação policial que ali se encontrava vigilante. Pode-se dizer que se trata de uma mise-en scène adrede preparada e que impossibilita a consumação do ilícito. O Supremo Tribunal Federal, pela edição da Súmula nº 145 entendeu que se tratava de um delito putativo por obra de agente provocador, sem validade, portanto: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

III. Flagrante forjado

Trata-se de uma situação inexistente de flagrante e sua ocorrência se dá com a participação de maus policiais e inescrupulosos particulares que criam uma situação inexistente de crime, por exemplo, colocam substância entorpecente no veículo para incriminar o motorista. É, sem dúvida, uma prova forjada, de nenhuma valia probatória. Não se confunde com o flagrante provocado porque nesse existe uma

rotineira prática do crime cuja autoria repousa sobre uma determinada pessoa. No forjado, ao contrário, a prova ilegal tem como destinatária certa pessoa que está sendo incriminada injustamente.

IV. Flagrante diferido, controlado ou protelado.

O tema da violência urbana se exhibe, há muitos anos, como se fosse a última grife e rende dividendos inesgotáveis de notícias e comentários. Todos os dias, mais mesmo que o esporte favorito dos brasileiros, atropela os acontecimentos e vem estampado na primeira página, principalmente as condutas praticadas pelo crime organizado. É frustrante ver a escalada estarrecedora de crimes de conteúdo explícito de violência continuar a crescer sem limites e a sociedade acuada, com o torniquete de sua liberdade apertado ao extremo. A evolução ou até mesmo a revolução da violência, ocorreu de forma rápida, num crescendo previsível com a antevisão de dias piores. A sociedade, que aceita regras e normas de conduta, por sua vez, na omissão estatal, foi, por sua própria iniciativa, assimilando as novas regras do jogo e procurou conviver com a violência. Não adormecida em berço esplêndido, mas a exigir que a violência se mantivesse em nível razoável.

A Lei nº 12.850/13, acompanhando a necessidade de uma atualização legislativa condizente com o crime organizado, criou uma nova modalidade de prisão em flagrante, agora norteadada pela ação controlada, prevista em seu artigo 8º. Consiste no estudo detalhado das ações criminosas dos grupos organizados, acompanhando as condutas dos seus agentes para que se possa conhecer todas as circunstâncias que gravitam em torno da macrocriminalidade e, com tal desiderato, retardar o momento da intervenção policial com a efetivação do flagrante. O momento flagrancial, desta forma, apesar de se consumir a cada ação praticada, somente no momento oportuno e quando a Autoridade Policial achar conveniente em razão das provas já coletadas, poderá eclodir. Na realidade, a intenção do legislador foi conferir à atividade policial a possibilidade de postergar o momento consumativo flagrancial, justamente para angariar um maior número de provas, visando uma ação penal contundente em desfavor de todos os participantes do crime organizado.

V. Entrega Viglada

Hipótese prevista no artigo 53, inciso II, da Lei 11.343/200:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

(...)

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Consiste na não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Assim, na entrega viglada, é imprescindível que o provável itinerário a ser percorrido, pelos investigados, seja conhecido pelos policiais, bem como que os autores do crime (e partícipes) sejam devidamente identificados pelos agentes da lei.

Prisão em flagrante nos crimes permanentes

Art. 303: Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Ainda permanece a clássica definição de crime permanente como sendo aquele em que a ação se protraí no tempo, nos moldes dos delitos de sequestro e cárcere privado (artigo 148 do CP), por exemplo. Com tal permissivo consumativo o crime vai se alastrando no tempo e, a qualquer momento, enquanto durar a detenção da vítima, pode ser realizada a prisão em flagrante, consoante disposição do artigo 303 do CPP. No auto, no entanto, a autoridade responsável deverá justificar o momento consumativo do crime.

Prisão em flagrante nos crimes habituais

Pouco autores se dedicaram a escrever especificamente a respeito deste tema. Uma definição interessante e que agrega todos os componentes exigidos pelo crime é a de Sznick, assim proclamada: “*Delito habitual é a reiteração de fatos por si só não puníveis singularmente, mas sim em conjunto.*”

Trata-se de uma modalidade de prisão em que se exige a comprovação dos atos criminosos praticados anteriormente. O crime habitual, como é sabido, é plurissubsistente e consiste na reiteração habitual da ação criminosa, como se fosse um hábito de vida. As ações vistas isoladamente não constituem fato punível e só serão puníveis quando se repetirem demonstrando que há por parte do autor a necessária habitualidade. Assim, uma só ação, isoladamente, não o caracteriza, como é o caso do crime de curandeirismo.

Outrossim, a doutrina enfrenta o tema com certa divisão, trazendo relevante questionamento: como pode falar-se em prisão em flagrante, se o crime habitual exige a reiteração de condutas para sua caracterização? Vale dizer: parece ser natural que a prisão em flagrante ocorra com a prática do crime (flagrante próprio) e não com a constatação tardia, em que deve se aguardar a reiteração da conduta para, então, prender o acusado em flagrante delito.

Por esta razão, a maioria de nossa doutrina (Aury Lopes Júnior, Tourinho, Guilherme Nucci, dentre outros) entende não ser possível a prisão em flagrante delito, nas hipóteses de crime habitual.

De outro lado, há doutrinadores que entendem, minoritariamente, ser possível a prisão em flagrante para os crimes habituais. Nada obstante, para a validade do flagrante, que irá retratar um ato do elo do juízo de reprovação, há necessidade de se demonstrar a ocorrência continuada dos atos reprováveis.

Assim, imagine-se o famoso exemplo do crime habitual tipificado no artigo 229 do CP (envolvendo casa de prostituição). Para a doutrina minoritária, a prisão em flagrante, no dia da inauguração do estabelecimento, não seria mesmo possível. Contudo, caso os policiais comprovem a habitualidade da conduta, a prisão em flagrante, em momento posterior, seria em tese admissível.

Prisão em flagrante delito na Lei 9.099/95

Quando se tratar de ocorrência de ilícitos descritos na lei que disciplina as infrações penais de menor potencial ofensivo, deve ser seguida a regra disposta na legislação própria, a qual estabelece que não se imporá prisão e nem mesmo fiança quando o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir, por termo nos autos, o compromisso de comparecer quando for intimado (artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95). Neste caso prevalece a regra do direito romano *de minimis non curat praetor*, com o significado de que os fatos considerados de pequena relevância jurídica receberão tratamento diferenciado daqueles mais graves e que exigem uma proteção maior da sociedade. *A contrario sensu*, se o autor se negar em assinar o termo de compromisso de comparecimento à presença do Juizado Especial, a autoridade policial poderá lavrar o auto de prisão flagrancial. Tanto é que, para os delitos de pequena monta, legislador estabeleceu os seguintes princípios:

a) Oralidade (concentração da causa na mesma audiência – imediatidade – acusação oral, artigo 77, “caput” e parágrafo 3º); defesa oral (art. 81 “caput”; debates orais e sentença; dispensa do relatório da sentença (art. 81,§ 3º) ; só serão feitos registros dos atos havidos por essenciais e poderão ser gravados em fita magnética (art. 65, parágrafo 3º).

b) Simplicidade e Informalidade – Leva-se em conta a “deformalização”, não se exige o exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia (art. 77, parágrafo 1º); as intimações são mais simples.

c) Economia Processual e Celeridade – afasta o inquérito, busca o acordo civil ou penal. Todo o procedimento concentra-se numa audiência. E nenhum ato será adiado (art. 80).

d) Reparação dos danos – prestígio à vítima – forma-se o título executivo – acordo civil – presença da vítima – representação – renúncia ao direito de representar – presença no processo do responsável civil.

e) Aplicação de pena não privativa de liberdade.

Art. 304: Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que lhe tenham ouvido a leitura na presença do acusado, do condutor e das testemunhas.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Apresentação do preso

Na realidade, quando o Código de Processo Penal usa a palavra “preso”, pretende dizer “capturado”. Isto porque a ordem de prisão flagrancial será dada pela autoridade policial competente, após ouvir o condutor e testemunhas. Tal providência se faz necessária para que seja feito o crivo de viabilidade, tanto a respeito da ocorrência do fato como até mesmo pela caracterização do flagrante. A partir desta oitiva é que a autoridade policial receberá a informação necessária a respeito da *notitia criminis* de condução coercitiva e o homologará ou não. Prisão é termo próprio e específico de ato determinado pela autoridade policial ou judicial.

Autoridade competente para a lavratura do auto é aquela do local onde ocorreu a prisão, diferente da regra processual do *locus commissi delicti*, que é o local da consumação do delito. Após a lavratura, o auto será encaminhado para a autoridade policial competente pela regra processual consistente na prática do último ato de execução para dar continuidade ao procedimento inquisitivo.

É de se observar que o juiz também é competente para lavrar o auto quando o fato criminoso for praticado em sua presença ou contra ele, no exercício de suas funções. Nestes casos, porém, quer tenha servido como testemunha (252, II, parte final, CPP) ou por ser parte (252, IV CPP), não poderá presidir a ação penal. O representante do Ministério Público, em nenhuma hipótese, pode presidir a lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Condutor

A primeira pessoa a ser ouvida no auto de prisão é o condutor. Pode até ser ele o responsável pela captura ou que tenha recebido de qualquer pessoa do povo o autor do ilícito. O importante é que irá fazer o relato esclarecedor a respeito do fato que será perquirido. Tão importante a importância de seu depoimento que a autoridade policial irá balizar sua conduta de acordo com suas informações. O condutor, pela importância que representa, pode também figurar como testemunha numerária, mesmo não tendo presenciado o fato a ser investigado. Após ter sido ouvido, o condutor irá assinar seu depoimento e dele receberá a cópia e o recibo de apresentação do capturado.

Testemunhas do Auto

O Código de Processo Penal (art. 304) fala em testemunhas, dando a impressão que uma única testemunha somente não seja suficiente para lavratura do ato coercitivo. Na realidade, serão ouvidas as testemunhas necessárias, podendo ser uma apenas ou mais. A regra do brocardo *testis unus, testis nullus*, não tem qualquer aplicação. O Código se satisfaz com a oitiva das testemunhas que tenham presenciado o fato ou que assistiram à apresentação do capturado.

Nenhuma menção é feita pelo estatuto processual com relação à oitiva da vítima. No entanto, deverá ela também dar sua contribuição em suas declarações, principalmente quando se tratar de crime de ação penal pública condicionada à representação e ação penal privada, que exigem sua concordância para o procedimento.

Interrogatório do acusado

A terminologia correta seria interrogatório do autuado, vez que a expressão acusado compreende a instauração do contraditório, com todas as garantias asseguradas legalmente. O autuado, conforme já foi dito, tem o direito de não responder às perguntas feitas pela autoridade policial.

Antes mesmo de dar início ao interrogatório propriamente dito, a autoridade policial deve informar ao autuado a respeito de seus direitos, compreendendo dentre eles, a identificação dos responsáveis pela sua prisão ou por seu interrogatório policial

(art. 5º, inc. LXIV da CF); a imediata comunicação da prisão ao juiz competente e à família do autuado ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, inc. LXII, da CF); o direito de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, inc. LXIII, da CF).

No roteiro traçado pelo legislador processual no artigo 6º, uma das funções do delegado de polícia é ouvir o indiciado, sendo este a pessoa que figura no polo passivo da investigação policial. Apesar de ali constar o verbo “ouvir”, o ato realizado perante a autoridade é um verdadeiro interrogatório, devendo ser seguida as mesmas regras que norteiam o interrogatório judicial, nos termos do artigo 185 e seguintes do CPP.

Como já foi mencionado anteriormente, o autuado pode exercer o direito ao silêncio em seu interrogatório. A esse respeito elucida Oliveira Júnior:

O direito ao silêncio é tutelado constitucionalmente e o acusado pode se recusar a responder às perguntas que venham incriminá-lo. Cinge-se na esfera do também preceito constitucional da ampla defesa, corolário inseparável dos direitos da personalidade, assim denominado por Pontes de Miranda. Não compreende somente a zona de intimidade do infrator, mas, também, o alargamento das fronteiras defensivas, não permitindo, desta forma, que produza provas contra si mesmo, quando for convidado a testemunhar o próprio opróbrio, como diz Tomás de Aquino.

Ao leigo passa a impressão de que a postura de indiferença, de antipatia e de arrogância daquele que está sendo inquirido e se cala, representa um deboche às autoridades encarregadas da arguição e já proporciona um julgamento antecipado. Diante de tal cena, a população brasileira, aquela que não conhece a técnica jurídica, vê dinamitar e implodir os conceitos tão arduamente construídos pela crença popular e, no exercício de sua indignação, conclui, de forma frustrada, que o direito individual deve prevalecer sobre o coletivo, mais uma vez desprestigiado.

A Carta Constitucional estende os braços para o princípio da presunção da inocência, que guarda estreita vinculação com a regra do *nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo), direito assegurado nas constituições democráticas, conforme se constata da norte-americana no instituto do *privilege against self-incrimination* (privilégio da não autoincriminação). O exercício desse direito não pode ser visto como uma penalização, um suplício, um antídoto da liberdade consagrada. E a liberdade do cidadão somente pode ser limitada em nome

de outra liberdade mais prevalente, no critério estabelecido por seres iguais e livres, com liberdade de escolha.

O silêncio pode se estender até a fase judicial quando do interrogatório do acusado e o juiz, depois de cientificá-lo do inteiro teor da acusação, irá observar que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (parágrafo único, do artigo 186, do Código de Processo Penal). Conforme salienta Tourinho Filho, com sua incontestável argúcia, de um modo geral “todos reconhecem ser o interrogatório meio de defesa. Sendo-o, evidente que o réu pode preferir calar-se. E o Juiz nem sequer pode tirar ilações desse silêncio contrárias ao réu, tal como disposto em lei, pois do contrário estaria neutralizando a Defesa, cerceando-a grosseiramente”.⁵

Incumbe ao Estado, por meio de seus agentes persecutórios, demonstrar a prática de um ilícito pelos meios probatórios admissíveis nas regras jurídicas e não coagir o eventual infrator a consentir na realização de provas espúrias, prostrando-o diante de sua própria cidadania. É o aniquilamento de direitos obtidos com muito custo pela população brasileira. É a reserva que assegura ao cidadão o direito de não realizar provas contra si mesmo.

Liberdade provisória concedida pela autoridade policial?

Art. 304 §1º: Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

Já foi dito que o condutor apresentará o conduzido perante a autoridade policial, que tomará seu depoimento, assim como das testemunhas apresentadas e interrogará o autor da infração a respeito do fato perquirido e as circunstâncias em que ocorreu a captura. Se, por ventura, o responsável pelo procedimento policial não encontrar correspondência probatória com relação aos fatos ou evidenciar que a captura não se enquadra em nenhuma das modalidades presenciais, vez que são taxativas, deverá, *a contrariu sensu* da regra decretada no §1º do artigo 304 Código de Processo Penal,

⁵ Tourinho Filho. Processo penal, vol. 2.. Ed. rev. de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 566.

não poderá lavrar o auto e muito menos recolhê-lo à prisão. E, nessa hipótese, a autoridade deverá fundamentar sua decisão. Trata-se, na espécie, de um caso atípico de concessão de liberdade provisória, que, pela regra processual, é da competência exclusiva da autoridade judicial.

Tal medida, apesar do legislador não deixar transparecer de forma lúcida, é coerente com os princípios processuais adotados, dentre eles o da estrita legalidade, pois não se deve recomendar e muito menos autorizar a lavratura do auto de prisão em flagrante delito se não existir o mínimo probatório com relação à autoria e se ausentes as circunstâncias exigidas para a caracterização da flagrância. Seria uma total incoerência e até mesmo desrespeito às garantias constitucionais do cidadão dar a ele a ordem de prisão se ausentes os requisitos básicos exigidos. Posteriormente a autoridade encaminhará os autos para a Justiça, oportunidade em que o Ministério Público, como *dominus litis*, irá apresentar sua manifestação.

Neste sentido a interpretação feita por Tourinho Filho a respeito da conduta do delegado de polícia:

“E, se assim não pode proceder, conclui-se que a Autoridade Policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5º, LXII.”

Pode até a Autoridade Policial reconhecer que o painel probatório é frágil com relação ao conduzido e optar pela não lavratura do auto. Posteriormente, em diligências realizadas no inquérito policial, se encontrar provas inconcussas a respeito do fato e da autoria, nada impede que, nesta oportunidade, represente pela decretação da prisão preventiva do autor do fato.

Da audiência de custódia e da vedação da conversão da prisão em flagrante em preventiva pelo juiz, de ofício

Inicialmente, vale destacar a nova redação do artigo 287, do CPP, trazida pelo “Pacote Anticrime”: *Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.*

Assim, nossos tribunais deverão enfrentar a primeira grande questão tormentosa: a audiência de custódia, a teor do citado artigo 287, deve ser realizada,

obrigatoriamente, apenas para os crimes inafiançáveis? Ou legislador disse menos do que deveria dizer?

O fato é que a audiência de custódia, inicialmente prevista na Resolução 213, do CNJ, hoje encontra previsão legal expressa e exige que o preso (quaisquer das prisões processuais) seja apresentado a um juiz de direito em até 24 horas de sua prisão, nos exatos termos do artigo 310 do CPP.

E este artigo 310 permite que o juiz adote três posturas, cada qual prevista em seus respectivos incisos (I a III).

Dentre elas, destaca-se a que permite o magistrado “*converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*” (inciso II, do artigo 310, do CPP).

É que, no mês de outubro de 2020, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 188.888/MG, por meio do voto do Ministro Relator Celso de Mello, entendeu que “o magistrado competente não pode converter, *ex officio*, a prisão em flagrante em prisão preventiva no contexto da audiência de custódia, pois essa medida de conversão depende, necessariamente, de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público.”⁶

Nesta mesma oportunidade, “reconheceu-se a impossibilidade jurídica de o magistrado, mesmo fora do contexto da audiência de custódia, decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), tendo em vista as inovações introduzidas nessa matéria pela recentíssima Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), que deu particular destaque ao sistema acusatório adotado pela Constituição, negando ao Juiz competência para a imposição, *ex officio*, dessa modalidade de privação cautelar da liberdade individual do cidadão (CPP, art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311)”.

Assim, os novos tempos da prisão em flagrante exigirão especial atenção do operador do Direito, na medida em que se farão necessárias adequações práticas ao

⁶ <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452951&ori=1>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

instituto, como forma de manter a harmonia com a previsão legal da audiência de custódia.

Apenas a título de exemplo, por não ser objeto do presente estudo, imagina-se as prisões em flagrante efetuadas em comarcas pequenas e distantes entre si, em que apenas um juiz é o responsável por elas, e o prazo de 24 horas para a realização da audiência de custódia – que deve, como regra geral, ser presencial.

Como se vê, nossos tribunais deverão enfrentar ainda inúmeras questões sobre o tema, mas é certo que, ao menos neste início, têm se manifestado de maneira contundente e de acordo com sistema processual acusatório, hoje regra explícita de nosso ordenamento jurídico processual penal.

Falta ou impedimento do escrivão policial

Art. 305: Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.

Em razão da organização administrativa dos Estados, a falta do escrivão policial será suprida pela designação a ser feita pela autoridade competente. Mas, em sendo ato a ser realizado com prioridade, poderá ser designada terceira pessoa estranha à carreira policial, que deverá, obrigatoriamente, prestar o compromisso legal.

Mas pode ocorrer que, mesmo com a presença do escrivão, pode ele dar-se por impedido de funcionar no inquérito policial. Neste caso, aplica-se subsidiariamente a regra do artigo 254 do Código de Processo Penal, que aponta os casos de suspeição do juiz.

REFERÊNCIAS

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª Ed., ano 2019, pg. 852. Oliveira Júnior, Eudes Quintino.

Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/332055/a-voz-de-prisao-pelo-particular>, acesso em 02/12/2020.

SANDEL, Michael J. Justiça - O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias Maria Alice Máximo - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 325.

SZNICK, Valdir. Delito continuado. São Paulo: Lejus, 1994, p. 102.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 674.

CAPÍTULO II – DA PRISÃO EM FLAGRANTE (continuação)

Anaclara Pedroso Fernandes Valentim da Silva¹
(arts. 306 ao 314)

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

A redação do caput do artigo 306 é decorrente da previsão constitucional a respeito da obrigatoriedade de comunicação acerca da prisão de indivíduo, constante do artigo 5º, LXII. Trata-se de medida para coibir abusos contra o indivíduo privado de sua liberdade e, em caso de desobediência, poderá configurar crime de abuso de autoridade. Ainda, a ausência de comunicação à família ou pessoa indicada pelo preso viola direito e garantia fundamental prevista na Carta Magna e que deverá ser objeto de investigação por parte da Corregedoria da Polícia Judiciária e Civil.

Caso a Autoridade Policial se nega a realizar tal comunicação ou a mesma não se mostre efetiva, o preso poderá negar-se a assinar a lavratura do auto de prisão e comunicar em juízo a ocorrência. Isto porque, o não cumprimento de tais obrigações acarretará na ilegalidade da prisão e necessário relaxamento e soltura do indivíduo privado de sua liberdade.

Note-se que a previsão do caput em questão não se confunde com a do parágrafo 1º. Isso porque, a primeira versa sobre a necessidade de se informar o juízo competente, ao órgão ministerial e aos familiares do preso sobre a sua prisão, enquanto a segunda trata do envio dos autos da prisão em flagrante. Ademais, o §1º estabelece prazo de até 24 (vinte e quatro) horas para que tal providência seja tomada.

¹ Advogada e professora universitária. Graduada, pós-graduada, mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutoranda em Direito pela mesma instituição de ensino.

Mencionado prazo é improrrogável e deve ser contado a partir do momento da prisão.

Não obstante, deve-se ressaltar que o preso tem direito a ser assistido por um advogado – constituído ou dativo - ou Defensor Público, conforme previsão constitucional por força do artigo 5º, LXIII. Desta feita, tanto o advogado constituído quanto o defensor designado poderão acompanhar todos os atos, devendo orientar o assistido. O impedimento de comunicação entre defesa e o assistido incorre em infração do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e além de invalidar o ato praticado, também poderá configurar crime de abuso de autoridade, uma vez que viola a prerrogativa profissional de tratar com o seu cliente de forma pessoal e reservada. A garantia de assistência jurídica durante a realização do ato tem como objetivo principal evitar a prática de abusos estatais, assim como ocorria com a previsão constante do caput deste dispositivo legal. Ressalva deve ser feita, entretanto, acerca dos limites de atuação do defensor; a despeito de poder orientar o assistido, este não poderá interferir nas perguntas feitas e respostas apresentadas pelo condutor e pelas testemunhas ouvidas na ocasião.

Por fim, o parágrafo 2º trata do documento que deverá ser entregue ao indivíduo preso: nota de culpa, que é o documento que contém informação acerca do motivo de sua prisão, bem como indica quem é a autoridade responsável pela lavratura do auto. Do referido documento, que necessariamente deverá ser assinado pela autoridade competente, além do motivo da prisão – não bastando que seja indicado o artigo correspondente a suposta infração, também deverão constar o nome do condutor e das testemunhas ouvidas. Isso porque tais informações são de significativa importância para a defesa técnica do preso, que analisará a ocorrência de algum abuso ou vício que será impugnado.

Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

Referido dispositivo legal versa sobre a hipótese em que alguma autoridade – juiz ou delegado – passa a ser vítima de uma infração penal. Neste caso, aquele que

tiver sido ofendido pelo fato praticado não poderá mais atuar na condução do ato processual, quer se trate da presidência da ação penal ou do inquérito policial. Tal acontecimento se deve ao fato de que, a partir do momento em que a autoridade passa a ser vítima, ela terá interesse direto no deslinde da questão e, por isso, não isentos para a condução do caso.

No que diz respeito ao juiz, este estará impedido de presidir a ação penal nos termos do artigo 252, IV, do Código de Processo Penal, enquanto o delegado de polícia deverá se declarar suspeito na presidência do procedimento investigatório. Cumpre dizer que, jurisprudencialmente, o posicionamento acerca da suspeição da autoridade policial é em sentido contrário, ainda que de maneira controversa à uma interpretação sistemática da lei processual penal.

Na hipótese em tela, do auto de prisão em flagrante deverão constar os motivos para a prisão, os nomes do condutor e das testemunhas. Mencionado conteúdo possibilitará à defesa do autuado que verifique a ocorrência de eventual abuso ou vício que precise ser sanado, podendo acarretar na invalidação do ato.

Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo.

Na hipótese de não haver autoridade policial na comarca na qual o flagrante for realizado, admite-se que este seja lavrado em comarca distinta – de preferência naquela mais próxima ao local da detenção, desde que as formalidades do ato sejam seguidas, inclusive no que diz respeito às previsões dos artigos anteriores, e no atinente aos direitos do preso.

Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.

A autuação de um flagrante não necessariamente implica na privação da liberdade do indivíduo autuado. Isso porque a lavratura do flagrante, a priori, trata-se de um ato pré-processual que não se confunde com a prisão. No que tange à infrações de menor potencial ofensivo a lei processual penal estabelece que o autuado deverá

ser posto em liberdade ao final do procedimento pré-processual.

Ou seja, não havendo a previsão legal sobre a prisão após a autuação do flagrante, o autuado deverá ser liberado, permanecendo na Delegacia apenas enquanto não for finalizado o ato – durante a formalização do auto de flagrante, não sendo permitido o cerceamento de sua liberdade após o término do procedimento.

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

O dispositivo legal em tela foi alterado pela Lei nº 13,964/2019 – Pacote Anticrime – e sua nova redação passou a regulamentar a chamada “audiência de custódia”, que antes do advento da lei em comento tinha previsão restrita à Convenção Interamericana de Direitos Humano e na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional

de Justiça. Para além da regulamentação do referido procedimento, houve a implementação do dever legal acerca da realização da audiência de custódia.

A audiência de custódia consiste na apresentação do suspeito em juízo, acompanhado de advogado constituído, defensor dativo ou Público, juntamente com o membro do Ministério Público, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para que o juiz avalie o contexto no qual se deu a prisão do indivíduo, bem como a sua regularidade. Na hipótese de ser verificada alguma irregularidade, o magistrado deverá relaxar a prisão. Outra circunstância que ensejaria a soltura do suspeito é a ausência de representação por parte da Autoridade Policial ou pedido do órgão ministerial. Ainda, trata-se de momento oportuno para análise de concessão de medidas cautelares, caso tenham sido requeridas pela Autoridade Policial ou Ministério Público.

Note-se que antes do advento da Lei nº 13.964/2019 o prazo para a realização da apresentação do sujeito privado de sua liberdade era estabelecido na Resolução do Conselho Nacional de Justiça supra mencionada, a qual determinava que toda pessoa presa em flagrante delito fosse apresentada à autoridade judicial competente em até 24 (vinte e quatro) horas, a partir da comunicação do flagrante. O caput do artigo 310, por sua vez, estabeleceu que a contagem do prazo para a realização da audiência de custódia deverá ser contado a partir do momento da realização da prisão.

Vale ressaltar a importância da audiência de custódia: ao ter o suspeito diante de si, o magistrado terá oportunidade de colher elementos sobre eventual ocorrência de abuso de autoridade ou tortura. Isso porque, a despeito de não se poder negar aos agentes estatais o uso de força durante a realização da prisão, esse uso deve ser moderado e adequado às necessidades do caso concreto. Esse objetivo já constava das orientações feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do estabelecimento da audiência de custódia como procedimento indispensável para a garantia de direitos fundamentais do indivíduo privado de sua liberdade.

Ademais, é durante a audiência em questão que poderá haver a conversão da prisão em flagrante, se estiverem presentes as circunstâncias indispensáveis do artigo 312 – que serão comentadas a diante - e se as medidas cautelares diversas da privação de liberdade forem insuficientes ou inadequadas.

A respeito do §2º em tela, este versa sobre a proibição da concessão da liberdade provisória quando o agente for reincidente, integrante de organização ou milícia ou,

ainda, tiver porte de arma de fogo de uso restrito. Aqui cabe ressalva o fato de ter havido previsão semelhante na Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas, em seu artigo 44, que outrora foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, pode-se aventar que o mesmo se dará com o §2º, do artigo 310, haja vista que, da mesma maneira que acontecia com o dispositivo legal da Lei de Drogas, a proibição da concessão de liberdade provisória – com ou sem fiança – viola o princípio da inocência, constitucionalmente previsto e protegido (art. 5º, LVII, da Carta Magna), ao determinar a manutenção da privação de liberdade, de modo automático, em qualquer que seja o caso concreto. Não bastasse ainda deve-se falar na violação da separação dos poderes, também constitucionalmente tutela, posto que impede que o julgador avalie a necessidade (ou não) da aplicação da privação de liberdade cautelar (JUNQUEIRA; VANZOLINI; FULLER; PARDAL, 2020).

O terceiro parágrafo, por sua vez, trata das consequências do descumprimento do prazo legal para realização da audiência de custódia: para a autoridade que permitiu o transcurso do prazo – improrrogável – sem justificativa idônea, caberá a responsabilização administrativa, civil e penal; para o agente que não foi apresentado ao juízo em até 24 (vinte e quatro) horas da realização da prisão, esta deverá ser relaxada em razão da ilegalidade da privação da liberdade, sem que haja prejuízo na decretação da prisão preventiva, se presentes os requisitos do artigo 312.

No que diz respeito ao parágrafo 4º deste artigo, cumpre ressaltar que o mesmo teve sua eficácia suspensa em razão de decisão liminar proferida nos autos da ADI nº 6.305.

CAPÍTULO III – DA PRISÃO PREVENTIVA

Anaclara Pedroso Fernandes Valentim da Silva²

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

² Advogada e professora universitária. Graduada, pós-graduada, mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutoranda em Direito pela mesma instituição de ensino.

O artigo 311 também foi alvo de alterações pela promulgação do Pacote Anticrime. Com isso, estabelece que além da Autoridade Policial, tanto o membro do órgão ministerial quanto o assistente de acusação poderão representar pela aplicação de medidas cautelares. Outra modificação implementada pela nova redação do dispositivo legal em comento se deu no sentido de que não é mais possível que o juiz decrete, sem provocação, a prisão preventiva do indivíduo. Assim, pode-se afirmar que a decretação de prisão de ofício pelo magistrado apenas poderá ocorrer quando se tratar de indivíduo que teve sua prisão decretada e, posteriormente, revogada pela incidência das hipóteses do artigo 316, do mesmo diploma legal (DEZEM, 2020).

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

O artigo em tela traz as hipóteses em que a prisão preventiva poderá ser decretada pelo magistrado. Em que pese a privação de liberdade em caráter cautelar ser amplamente utilizada nos meandros judiciais atualmente, a privação de liberdade deve acontecer apenas em situações excepcionais e tal afirmação encontra respaldo no princípio da presunção de inocência, constitucionalmente previsto (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) e que impede o cumprimento antecipado de pena – sem que haja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Deste modo, a prisão cautelar – sempre excepcional – só deve ser aplicada quando qualquer outra medida, também de natureza cautelar, for cabível.

Indispensável, para aplicação de tal medida, é que: i) haja probabilidade de que o indivíduo cerceado de sua liberdade seja, de fato, autor da conduta delituosa; e ii) haja perigo na demora em impor a medida. No que diz respeito a este segundo requisito, importa dizer que a demora pode implicar no perecimento de um bem jurídico penalmente ou processualmente tutelado ou mesmo na continuidade de

práticas delituosas. Qualquer que seja, ele deverá ser demonstrado e fará parte da fundamentação da decretação da prisão preventiva. Isso porque a sua imposição não pode advir de conjecturas, mas de necessidade demonstrada nos autos (FRAGOSO, 1982). Não obstante, o perigo apresentado pela manutenção do imputado em liberdade deve atual, contemporâneo, uma vez que a privação da liberdade por atos já cessados seria violação os ditames constitucionais.

Assim, urge compreender em quais circunstâncias o legislador entendeu ser adequado restringir a liberdade de um indivíduo cautelarmente. Primeiramente, tem-se a necessidade de garantia da ordem pública que é, indubitavelmente, a hipótese mais vaga – e escolha mais desastrada do legislador, no que diz respeito a terminologia – dentre as elencadas neste dispositivo legal. Significa dizer que sempre que uma prática delituosa grave afetar significativamente a ordem social, causando apreensão e insegurança, deve-se avaliar a decretação da prisão preventiva. Aqui cumpre dizer que a criminalidade e violência são parte do cotidiano de qualquer grupamento social e a mera ocorrência de um delito, ainda que gere intranquilidade nos cidadãos, não pode ser utilizada como argumento para impor uma medida tão restritiva quanto a privação de liberdade; necessário que haja um impacto significativo e a afetação de muitos para que isso se dê. Da mesma maneira, a gravidade em abstrato do delito, por si só, não deve importar para a decretação da medida cautelar de privação de liberdade; deve-se analisar o caso concreto, bem como as condições pessoais do agente. Ainda, o Supremo Tribunal Federal entende que a periculosidade, no sentido de que há probabilidade de o agente volte a delinquir, caracterize ameaça à ordem pública e, portanto, enseje a aplicação da prisão preventiva (HC 112.547, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, 27.08.2013; AgR no HC 141146, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, 15.03.2019).

Por sua vez, por garantia da ordem econômica entende-se a proteção da saúde econômico-financeira de uma instituição ou órgão estatal. Logo, sempre que houver a necessidade de se tutelar a higidez e pleno funcionamento do sistema financeiro, quer seja pelo perigo de perdas financeiras de magnitude em decorrência da recorrência de práticas delituosas ou por colocar em risco a credibilidade das instituições impinge-se a aplicação da prisão preventiva (LOPES JUNIOR, 2013). De outro lado, ainda, tem-se a conveniência da instrução criminal: trata-se de garantir a realização do devido processo legal de maneira regular, lisa e imparcial, sem que qualquer tipo de atuação

do acusado perturbe a instrução probatória (NUCCI, 2020). Enfim, por assegurar a aplicação da lei penal, nada mais é que o atingimento do objetivo do processo penal que é permitir o exercício do direito/dever de punir estatal sempre que alguém pratica uma infração penal. Portanto, se o acusado atuar no sentido de impedir o trâmite regular e idôneo da colheita de provas ou se furtar à aplicação da lei penal – por exemplo, empreendendo fuga – estará configurada hipótese que permite ao julgador a decretação da prisão preventiva.

A nova redação desse artigo, com a vigência da Lei nº 13.964/19, trouxe como inovação a necessidade de haver geração de perigo pela manutenção em liberdade do imputado. Ou seja, além da exigência dos demais requisitos pré-existentes, o legislador entendeu por bem adicionar um novo requisito para a decretação da prisão preventiva. Ainda que se possa dizer que, em se tratando da privação de liberdade excepcional, toda cautela deve ser aplicada, no caso em tela trata-se de alteração desnecessária. Isso porque, o requisito essencial para a decretação da prisão cautelar – o *periculum libertatis* – já estava amplamente materializado nas hipóteses anteriormente elencadas.

O §1º trata da hipótese de decretação de prisão preventiva por descumprimento de medidas cautelares alternativas. Ou seja, o acusado foi beneficiado pela aplicação de medidas diversas da privação de liberdade mediante o cumprimento de determinadas condições (art. 282, §4º, do Código de Processo Penal) e não adimpliu com o acordado. Dado o caráter de *ultima ratio* da prisão, tendo-se esgotado as possibilidades de se manter em liberdade o agente, o descumprimento das medidas alternativas ensejará a decretação da prisão preventiva.

Por sua vez, o parágrafo 2º implementado pelo Pacote Anticrime trouxe em seu bojo a necessidade de que o perigo oferecido pelo imputado seja atual. Desta feita, faz-se necessário que o magistrado fundamente sua decisão de decretar a privação de liberdade cautelar em fatos novos e concretos que demonstrem a contemporaneidade do perigo representado pelo sujeito em questão.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Além das circunstâncias que permitem a decretação da prisão preventiva, o artigo 313 também elenca outros elementos relacionados com a privação de liberdade cautelar. Assim, para que essa medida excepcional se aplique, é necessário que ao menos um dos elementos trazidos no bojo deste dispositivo legal deve estar presente (DEZEM; ANDERSON DE SOUZA, 2020).

A quantidade de pena privativa de liberdade máxima ser superior a 04 (quatro) anos se relaciona com a decretação da prisão preventiva, posto que crimes apenados com privação de liberdade em limite inferior a esse teriam a prerrogativa de terem a apenação convertida em restrição de direitos por força do artigo 44, I, do Código Penal, sendo um contrassenso permitir a prisão preventiva em casos nos quais a própria pena seria de natureza diversa da privação de liberdade. Por sua vez, a autorização da prisão preventiva quando o réu for reincidente serve para mero realce; a não-primariedade não reflete obrigatoriamente a presença dos requisitos obrigatórios dispostos no artigo 312, supra, assim como a primariedade não afasta compulsoriamente a imposição da privação de liberdade cautelar ante a existência de necessidade de garantia da ordem pública, ordem financeira, conveniência da instrução processual ou assecuração da aplicação da lei penal.

A previsão do inciso III excepciona aquela do inciso I. Em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, pessoa com deficiência – todas essas vítimas que compartilham a característica da vulnerabilidade e hipossuficiência – a quantidade da apenação não restringe a aplicação da prisão cautelar. Não se deve olvidar que a ocorrência de infrações penais ora mencionadas não ensejam a prisão cautelar de modo automático; deve-se, sempre,

verificar a sua necessidade, fundamentação quanto à ineficácia das medidas alternativas (TORON, 2020).

O parágrafo primeiro traz elementos que podem estar associados com os requisitos essenciais – artigo 312. A ausência ou dúvida quanto a identidade do acusado ou investigado poderá prejudicar a instrução processual ou até mesmo o procedimento investigatório, ensejando a decretação da prisão cautelar. No entanto, sanada a questão da identificação civil, o indivíduo deverá ser colocado, imediatamente, em liberdade já que restará inexistente a motivação da privação da liberdade.

O segundo parágrafo desse artigo traz inovação implementada pelo Pacote Anticrime, que entrou em vigor em janeiro de 2020. Ele prevê a inadmissibilidade da privação de liberdade cautelar como antecipação do cumprimento de pena, como decorrência da investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia. Trata-se de mais um mecanismo encontrado pelo legislador de assegurar a aplicação do princípio da presunção de inocência e manutenção da prisão como último recurso, impedindo que os acusados respondam os processo penais privados de sua liberdade de maneira automática (JUNQUEIRA; VANZOLINI; FULLER; PARDAL, 2020).

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

O artigo em tela trata de mais uma hipótese impeditiva de decretação de prisão preventiva. Nesse escólio, a privação de liberdade cautelar não é autorizada quando houver a identificação, pelo juízo, de que o fato praticado pelo agente estivesse acobertado por alguma circunstância que exclua a ilicitude ou antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal).

Considerando que a regra é que o agente responda ao processo em liberdade e que a privação de liberdade em caráter cautelar se restringe a casos extremos e legalmente previstos, é possível dizer que o dispositivo legal em análise seria dispensável. Contudo, haja visto que, na prática, as decisões judiciais que decretam

prisões preventivas se baseiam em indícios indiciários de culpa, trata-se de previsão de significativa importância: não há lógica em se manter preso alguém que, futuramente, será absolvido ou receberá sanção diversa da privação de liberdade.

REFERÊNCIAS

Código de Processo Penal Comentado - Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró (Organizadores), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo - SP, 2019

DEZEN, Guilermr Madeira. SOUZA, Luciano Anderson. Comentários ao Pacote Anticrime , Editora Revista dos Tribunais, São Paulo - SP, 2020

DEZEN, Guilermr Madeira Curso de Processo Penal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo - SP, 2020

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Jurisprudência Criminal, Editora Forense, Rio de Janeiro - RJ, 1982

JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia, FULLER Paulo Henrique e PARDAL Rodrigo. Lei Anticrime , Editora Saraiva Jus, São Paulo - SP, 2020.

JÚNIOR, Aury Lopes, Direito Processual Penal, Editora Saraiva, São Paulo - SP, 2013

NUCCI, Guilherm de Souza. Código de Processo Penal Comentado, Editora Forense, Rio de Janeiro - RJ, 2020

CAPÍTULO III – DA PRISÃO PREVENTIVA **(continuação)**

Marcelo Valdir Monteiro¹
(arts. 315 ao 316)

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A atual redação do art. 315, CPP foi dada pela Lei 13.964/19, o chamado pacote anticrime, e entrou em vigor em janeiro de 2020.

Critica-se a técnica legislativa por alocar os assuntos tratados neste artigo, como sendo específicos da prisão preventiva, sendo que não são restritos à esta medida cautelar. Como bem observa Vinícius ASSUMPÇÃO:

Tanto o § 1º quanto o § 2º representam, à sua medida, má técnica legislativa. O § 1º por tratar, além da prisão preventiva, das outras medidas cautelares. A norma deveria estar inserida no art. 282, que trata do regime geral das cautelares. A situação do § 2º é ainda mais grave, uma vez que trata de qualquer decisão e não apenas das decisões de prisão, embora esteja alocado em dispositivo que disciplina a fundamentação da prisão preventiva (ASSUMPÇÃO, p. 107).

¹ advogado, mestre em Direito Penal pela USP, professor titular da Faculdade de Direito de Sorocaba e de Itu. Professor de curso preparatório para OAB e carreiras jurídicas. Professor de pós-graduação da Escola Superior de Direito (ESD). Foi professor concursado da PUCC por 10 anos, Vice-Presidente da OAB-Campinas e Presidente da Associação dos Advogados de Campinas e Região.

O *caput* do art. 315 determina que para decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva o magistrado sempre terá que motivar e fundamentar sua decisão. Este dispositivo observa o art. 5º, LXI, CF/88, *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*, bem como o princípio da motivação das decisões, previsto no art. 93, IX, CF/88:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Não poderia ser diferente, pois a motivação e fundamentação das decisões é o que assegura o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. E, nas lições de Bernardo Gonçalves FERNANDES:

Hoje, o contraditório é entendido como simétrica paridade das partes na preparação do provimento. Por isso mesmo, importante ter em mente que o contraditório é garantia das partes, ou seja, daqueles a quem se destinam os efeitos do provimento. Sua inobservância representa causa de nulidade, de modo que deve sempre ser observado (FERNANDES, p. 519).

Nos lembra Guilherme de Souza NUCCI que “**motivar** significa fornecer as razões lógicas que levam a determinada decisão; **fundamentar** tem o significado de apontar, nos autos, provas concretas para sustentar certa decisão. Ambos – *motivar e fundamentar* – são exigidos para a decretação da prisão preventiva” (NUCCI, p. 85)

No mesmo sentido Luigi FERRAJOLI afirma que:

a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja *de direito*, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja *de fato*, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas. E não só em apelação como em cassação (FERRAJOLI, p. 497-498).

E mais, Renato Brasileiro de LIMA entende que a necessidade de motivação das decisões vem prevista no capítulo do Poder Judiciário, na Constituição Federal, justamente porque se trata de uma obrigação do juiz demonstrar sua imparcialidade no julgamento do caso e que agiu nos termos da legislação vigente no exercício da sua função jurisdicional, *in verbis*:

Muito além de uma garantia individual das partes, a motivação das decisões judiciais funciona como exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. Não por outro motivo, a garantia da motivação vem prevista na Constituição Federal no capítulo pertinente ao Poder Judiciário, e não no capítulo dos direitos e garantias individuais, em que se encontra grande parte das garantias processuais. (LIMA, p. 1094)

Também Eugênio PACHELLI afirma que:

A necessidade de *fundamentação judicial* está presente em qualquer medida coercitiva de direitos individuais, não só como apanágio das liberdades públicas do cidadão diante do Poder Público, mas também como meio de se permitir o controle de legalidade do ato judicial construtivo.

Aliás, estamos a falar de uma *decisão judicial*, o que bastaria para atrair a exigência de motivação, nos termos do disposto no art. 93, IX, da Constituição da República. Assim, tanto a decisão que *decreta* a preventiva quanto aquela que a *substitui* por outra medida cautelar deverão ser fundamentadas (PACHELLI, p. 842).

No mesmo sentido DELMANTO (p. 309):

Diante do primado da presunção de inocência, que abrange em matéria probatória o *in dubio pro reo* e, em matéria de prisão cautelar, o *in dubio pro libertate*, se houver qualquer dúvida quanto à existência do crime ou se inexistir indício suficiente acerca de sua autoria, a prisão preventiva será ilegal.

Na prática da advocacia criminal nos deparamos com inúmeras decisões judiciais que violam a previsão constitucional de motivação das decisões, tanto que Renato MARCÃO leciona ser necessário o legislador repetir o texto constitucional para fins didáticos:

Mesmo diante da clareza da regra constitucional, é comum a edição de súmulas pelos tribunais e também normas infraconstitucionais enfatizando a imprescindibilidade daquilo que assim já se encontra expresso no texto constitucional, porém, numa clara ratificação da regra Constitucional frente às inúmeras decisões mal fundamentadas que grassam no funcionamento da maquinaria processual penal, genéricas, que pela vaguidão cabem em qualquer processo, *prêt à porter*, o legislador, pela via da Lei 13.964/2019, a reafirma (MARCÃO, p. 820).

Assim, por expressa previsão constitucional e infra-constitucional, a doutrina ensina que não há mais espaço para decisões genéricas de prisão preventiva, sem análise detalhada do caso em concreto, ainda mais quando se trata de uma medida

restritiva de liberdade, como a prisão antes da certeza da culpa, ou seja, antes do trânsito em julgado de uma sentença confirmando a culpabilidade do réu e sua necessidade de segregação.

Nesse sentido também se manifesta Aury LOPES JR. (p. 635):

O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie* giuridica processuale, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil. Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela”. Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto.

Ocorrendo violação a estas normas expressas de motivação e fundamentação da prisão preventiva, haverá constrangimento ilegal, passível de *habeas corpus* para imediata soltura do paciente, além de eventual crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 9º, parágrafo único, Lei 13.869/19 (Lei de Abuso de Autoridade).

O legislador deixa, agora, expresso no art. 315, CPP a necessidade de motivação e fundamentação, proibindo simples alegações genéricas, situação que já era amplamente reconhecida pela jurisprudência (MARCÃO, p. 821):

“A prisão preventiva pressupõe dados concretos, ligados ao acusado e à ação em que envolvido, enquadráveis no art. 312 do Código de Processo Penal, não cabendo adentrar o campo das suposições. A gravidade do crime, por si só, é elemento neutro quanto à prisão preventiva, não sendo a auto-maticidade agasalhada pela ordem jurídica” (STF, HC 127.729/MG, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 29-3-2016, DJe n. 184, de 31-8-2016).

“A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes” (STF, HC 127.962/SP, 1ª T.,

rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o Acórdão Min. Rosa Weber, j. 29-3-2016, DJe n. 085, de 2-5-2016).

“A jurisprudência da Corte já afirmou que ‘a mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa’ (HC n. 115.613/SP, 2a T., rel. Min. Celso de Mello, DJe de 13-8-14)” (STF, HC 132.520/MT, 2a T., rel. Min Dias Toffoli, j. 31-5-2016, DJe n. 225, de 21-10-2016).

A decisão judicial que decreta a prisão preventiva deve ser motivada em fatos atuais, contemporâneos ao decreto prisional, sob pena de nulidade. Exatamente nesse sentido leciona Renato Brasileiro de LIMA (p. 1063-1.064):

Para fins de decretação de toda e qualquer medida cautelar, esse *periculum libertatis* que a justifica deve ser atual, presente. Afinal, as medidas cautelares são ‘situacionais’, ‘provisionais’, tutelam uma situação fática presente, um risco atual. É dizer, não se admite a decretação de uma medida cautelar para tutelar fatos pretéritos, que não necessariamente ainda se fazem presentes por ocasião da decisão judicial em questão. É exatamente isso o que a doutrina chama de princípio da atualidade (ou contemporaneidade) do perigo (ou do *periculum libertatis*). É dentro desse contexto que deve ser compreendida, portanto, a parte final do art. 312, §2o, incluído pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Em sentido semelhante, o art. 315, §1o, do CPP, também incluído pelo Pacote Anticrime, passa a dispor que na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

A despeito de se tratar de regramento inédito no âmbito do Código de Processo Penal, pelo menos de maneira expressa, sua aplicação às medidas cautelares, principalmente às prisões, já era amplamente admitida pelos Tribunais Superiores. A propósito, em caso concreto em que o acusado teria sido intimado acerca de medidas protetivas de urgência no dia 12 de agosto de 2014, sendo registrado no dia seguinte um boletim de ocorrência narrando fatos consistentes em ameaça de morte a sua ex-companheira, mas cuja prisão foi decretada quase um ano depois, no dia 30 de junho de 2015, sem nenhuma referência a outro evento ocorrido nesse intervalo, concluiu a 6ª Turma do STJ que a medida em questão não guardaria atualidade e contemporaneidade com os fatos que a justificaram, descaracterizando, assim, o

periculum libertatis, daí por que deliberou pela revogação da preventiva. Em sentido semelhante, confira-se: “(...) No caso concreto, o fundamento da manutenção da custódia cautelar mostra-se frágil, porquanto, de acordo com o que se colhe dos autos, as 3 ameaças, em tese praticadas pelo paciente, teriam ocorrido entre os anos de 2015 e 2016, cumprindo-se salientar que a segregação em exame foi decretada em abril de 2018, havendo, portanto, um lapso temporal de cerca de 2 anos entre a data da suposta prática criminosa e o encarceramento do paciente, tudo a indicar a ausência de contemporaneidade entre os fatos a ele imputados e a data em que foi decretada a sua prisão preventiva”.

O legislador teve o cuidado de exemplificar situações comuns (rol meramente exemplificativo) onde se violava o dever de fundamentar as decisões judiciais, não sendo mais aceitas tais alegações:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida: desta forma “para fundamentar uma decisão, não basta reproduzir o texto jurídico, necessita demonstrar por qual motivo aquele texto jurídico incidiu sobre aquele caso concreto preciso que faça concretização do conceito jurídico indeterminado em relação àquela situação” (METZKER, p. 73), sob pena de nulidade da decisão do magistrado, nos termos do art. 564, V, CPP.

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso: assim “a decisão do magistrado deve fugir ao lugar comum, evitando frases feitas, verdadeiros “carimbos”, que permitem sua reprodução em série, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem o mínimo de individualização da situação posta em apreciação. Deve ficar evidente o porquê de o juiz ter tomado aquela decisão. Nessa linha de raciocínio, menções, por exemplo, à gravidade em abstrato do delito são repugnadas. Não basta afirmar que o crime de tráfico de drogas é grave, em observação de resto, conhecida por todos” (CUNHA, p. 296-297)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão: as decisões judiciais precisam observar a forma exigida pela legislação, mas seu conteúdo também precisa ser explorado pelo magistrado. Hoje com a utilização da informática fica muito fácil, e tentador, usar decisões como “copia e cola” de outros processos para uma maior agilidade. É exatamente isto que o legislador quer proibir.

Como afirma RANGEL (p. 731), “a decisão privando o indivíduo de sua liberdade é por demais severa dentro de um processo penal democrático banhado pela estrutura acusatória de processo penal não sendo lícito ao juiz se limitar a indicação, reprodução ou à paráfrase de ato normativo sem demonstrar de forma clara sua relação com a causa ou com a questão decidida”. O magistrado deve sim observar a forma exigida pelo legislador, mas também tem que adentrar no caso concreto, para que suas decisões não sejam genéricas ao ponto de servirem para qualquer caso, pois não se analisa a individualidade e as peculiaridades do caso em tela.

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador: isto porque “não raras vezes, encontramos precedentes dos Tribunais Superiores afirmando que o magistrado não é obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já tiver encontrado motivos suficientes para fundamentar sua decisão. Esse entendimento deve ser interpretado com redobrada cautela, notadamente no âmbito processual penal, sob pena de evidente violação à ampla defesa e ao contraditório, visto sob a perspectiva substancial. Com efeito, por mais que o juiz da instrução e julgamento delibere pela condenação do acusado, por entender estar comprovada, por exemplo, a prática de um crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (CP, art. 157, §2o-A, I, incluído pela Lei n. 13.654/18), recai sobre ele a obrigação de analisar todos os argumentos apresentados pela defesa técnica e pelo próprio acusado (autodefesa), tais como eventual álibi no sentido de que estaria em outro local por ocasião da prática do delito, atipicidade em virtude da insignificância, impossibilidade de incidência da causa de aumento de pena em virtude da não apreensão e perícia da arma de fogo, etc. Não o fazendo, sua decisão deverá ser anulada por falta de fundamentação, consoante disposto no art. 315, §2o, IV, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19. E nem se diga que a análise de todos os fundamentos da tese derrotada não teria relevância prática. Pelo contrário. A omissão nessas hipóteses poderá, mais adiante, inviabilizar a discussão da matéria nas instâncias superiores, seja por meio de Recurso Extraordinário, seja por meio de Recurso Especial, daí por que, em casos tais, o ideal é que a parte ingresse com embargos de declaração para fins de pre-questionamento. Aliás, não por outro motivo, dispõe o art. 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC, subsidiariamente aplicável ao processo penal (CPP, art. 3o), que se considera omissa, para fins de oposição de embargos de declaração, a decisão que

incorrer em qualquer das condutas descritas no §1º do art. 489 do CPC (leia-se, no nosso caso: art. 315, §2º, do CPP)” (LIMA, p. 1097-1098);

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos: mais uma vez o legislador quer evitar decisões judiciais genéricas, que não analisam o caso concreto, simplesmente se limitando a trazer súmulas ou precedentes sem cuidado devido a todas as decisões fazer a subsunção do fato a norma, demonstrando o porquê da aplicação da súmula ou precedente naquele caso concreto.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento: no mesmo sentido do inciso anterior, o legislador busca exigir do Poder Judiciário a demonstração, no caso concreto do porquê não se aplica a súmula ou precedente naquele caso específico. É de se ressaltar ainda que “aqui, todo cuidado ainda será pouco se não atentar para alguns detalhes relevantes. É que a invocação de um “precedente” (*ainda mais diante de inúmeros casos com remissão a ementas que, muitas vezes, não revelam efetivamente o que decidido, ou então transcritas parcialmente, descontextualizando-a do precedente originário*) por certo poderá ser minoritário (e há muitos) diante de jurisprudência reiterada e preponderante a respeito de determinados temas jurídicos. Desse modo, deverá se observar sempre não só a hierarquia do órgão do qual emanou o precedente invocado, mas sobretudo o *conteúdo das fundamentações* que justificaram os precedentes supostamente colidentes. Nesse cotejo de identificação das questões fáticas é que se deverá analisar qual é efetivamente a validade da fundamentação” (PACELLI, p. 843).

Este acréscimo do rol exemplificativo de decisões não-fundamentadas é praticamente idêntica a ocorrida no NCPC no art. 489, §1º que também prevê:

Art. 489, § 1º, CPC/2015: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Destarte, tanto o Código de Processo Penal, quanto o Código de Processo Civil buscam nortear as decisões do Poder Judiciário para que sejam individualizadas e não entrem num processo de mecanização se esquecendo das peculiaridades de cada caso concreto.

A diferença do CPP para o CPC nesta matéria, é que corretamente o CPC trata do assunto no capítulo de “sentença”, enquanto no CPP preferiu colocar no tópico referente à prisão. No CPC se prevê expressamente a possibilidade de embargos de declaração, caso o magistrado não observe este dispositivo (art. 1.022, parágrafo único, II, CPC), enquanto o CPP foi omissivo, mas, por analogia (art. 3º, CPP), entendo que também é cabível embargos de declaração ou *habeas corpus*, dependendo do caso.

Outra questão tormentosa refere-se a possibilidade do juiz se valer das alegações do Ministério Público para motivar e fundamentar suas decisões (chamada de fundamentação *per relationem*). Norberto Avena leciona favoravelmente a esta possibilidade, desde que haja efetivamente motivação e fundamentação:

Questão importante concerne à possibilidade de o magistrado, no decreto prisional, limitar-se a acolher os fundamentos constantes do parecer do Ministério Público, opinando pela decretação da prisão cautelar do investigado/acusado. Trata-se da chamada fundamentação *per relationem*, assim compreendida a que faz remissão ao teor de outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos. Há posições antagônicas a respeito. Particularmente, entendemos que, se o parecer ministerial contiver a necessária fundamentação quanto aos motivos de fato e de direito que justificam a medida, nada impede o acolhimento. Adepto dessa linha de pensamento, já decidiu o STJ que nenhuma ilegalidade há em que adote o juiz a motivação deduzida pelo Ministério Público em pedido de decretação de custódia cautelar. Idêntica posição foi agasalhada pelo STF, compreendendo que a adoção do parecer do Ministério Público como razão de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas

sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa (AVENA, p. 1.025)

No entanto, mais adequada e cautelosa a posição de exigir a decisão do magistrado e não simples remissão a posição do MP, pois pode gerar nulidade do decreto prisional, como lecionam REIS e GONÇALVES (p. 449-450):

Na decisão, o magistrado, caso entenda tratar -se de hipótese de decretação, não deve se limitar a encampar os argumentos utilizados pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, pois existe forte orientação jurisprudencial no sentido de que é nulo o tipo de decisão onde apenas se lê: “nos termos do requerimento do Ministério Público, decreto a prisão preventiva de João da Silva” ou “presentes os requisitos legais, nos termos da representação da autoridade policial, decreto a prisão preventiva”. Veja-se a esse respeito: “a fundamentação do decreto de prisão preventiva não pode limitar -se a acolher o pedido do representante do Ministério Público. No caso, a decisão impugnada, além de sucinta, limita-se a repetir os termos da lei, nada adiantando o Juiz sobre sua própria convicção quanto à necessidade da prisão cautelar” (STJ — RHC — Rel. Min. Jesus Costa Lima — RT 703/358). Apesar de existirem também julgados em sentido contrário, admitindo a fundamentação por remissão (per relationem), não faz sentido os juízes correrem o risco de verem suas decisões reformadas e, por consequência, de pessoas perigosas serem colocadas em liberdade, apenas para não perderem alguns minutos justificando a contento o decreto de prisão, pois, repita-se, o art. 5º, LXI, da Constituição expressamente exige fundamentação da decisão que decreta a prisão e a nova redação do art. 310 do CPP, dada pela Lei n. 12.403/2011, também a exige de forma expressa.

Assim, verifica-se que o mais acertado é o magistrado sempre fundamentar e motivar suas decisões. Obviamente não há necessidade de fazer uma fundamentação ou motivação extensa, mas precisa ser claro e de forma objetiva demonstrar a real necessidade de manutenção da prisão preventiva, sob pena de nulidade.

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

A atual redação do art. 316, CPP foi dada pela Lei 13.964/19, o chamado pacote anticrime, e entrou em vigor em janeiro de 2020.

A prisão preventiva é uma medida cautelar utilizada em último caso, quando não cabível aplicação de outras medidas cautelares. No entanto, ela não é eterna e o magistrado deve analisar periodicamente a necessidade de sua manutenção, uma vez que se trata de medida severa, restringindo a liberdade do investigado ou acusado, sem haver, ainda, a certeza da culpa. Por isso, o juiz pode, a qualquer momento, revogar a prisão preventiva se verificar falta de motivo para que ela subsista. Obviamente, nada impede que, uma vez revogada a medida cautelar ela possa ser novamente decretada, caso sobrevierem razões que a justifiquem.

Assim, importante ressaltar que “esse dispositivo reforça a ideia de transitoriedade, que é inerente à prisão preventiva” (CUNHA, p. 299).

A decretação da prisão provisória é utilizada de forma excepcional e transitória, quando não há outra medida cautelar mais eficiente e adequada ao caso concreto e essa exigência e manutenção da prisão terá que ser revista periodicamente pelo magistrado, justamente porque, com o passar do tempo, outra medida pode ser mais adequada do que a prisão. Tanto que, para a prisão exige-se “mais do que mera necessidade. Exige a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo. A custódia cautelar tornou-se medida excepcional. Mesmo verificada sua urgência e necessidade, só será imposta se não houver nenhuma outra alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal” (CAPEZ, p. 426).

O art. 316 prevê expressamente a possibilidade do juiz revogar a prisão preventiva casos seus motivos determinantes deixarem de existir. Assim, aquela prisão preventiva decretada regularmente pelo magistrado, quando este verificar que suas condições ou requisitos deixaram de existir deve revogá-la.

O advogado, verificando que não estão mais presentes os motivos da prisão preventiva deve requerer ao próprio magistrado que determinou a prisão (que na época da decretação era legal) sua revogação, pois a situação de agora mudou. Caso o magistrado não revogue a prisão, tal decisão desafiará *habeas corpus* e ainda, dependendo da situação concreta, até mesmo crime de abuso de autoridade por parte do magistrado (art. 9º, parágrafo único, Lei 13.869/19).

Gustavo BADARÓ (18.2.3.10) nos traz a diferença entre revogação e relaxamento da prisão preventiva:

Não se deve confundir o relaxamento da prisão preventiva com a sua

revogação . A **prisão preventiva ilegal será relaxada** . É mandamento constitucional que “ *a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária* ” (art. 5.º, *caput* , LXV). Coisa distinta é a **revogação** da prisão preventiva que foi legalmente decretada, mas no curso da persecução penal **tornou-se desnecessária** .

Assim, por exemplo, a prisão preventiva será ilegal quando decretada em processo penal que tenha por objeto crime culposos, ante a vedação do art. 313, *caput*, do CPP. A prisão também poderia ser originariamente legal, mas que no curso do processo tenha se tornado ilegal, por exemplo, se houve excesso de prazo na duração da prisão preventiva (CR, art. 5.º, *caput* , LXXVIII). Assim, seja por ilegalidade originária ou superveniente, a prisão ilegal será relaxada.

A revogação da prisão preventiva, por sua vez, ocorre quando esta era legal e necessária, mas no curso do processo tornou-se desnecessária. O exemplo clássico é a prisão para a conveniência da instrução criminal, porque o acusado está ameaçando a vítima ou a testemunha, e a prisão torna-se desnecessária após a audiência em que elas foram ouvidas.

O novo parágrafo único do art. 316 estabeleceu importantíssima novidade, consistente na **revisão periódica da necessidade de manutenção da prisão preventiva**, no prazo máximo de 90 dias.

Assim, ante os abusos que vinham ocorrendo, com investigados ou réus presos preventivamente por anos, sem que houvesse sequer andamento do processo, o CNJ editou a Resolução 66 de 27/01/2009 estabelecendo no seu art. 3º que

“verificada a paralisação por mais de três meses dos inquéritos e processos, com indiciado ou réu preso, deverá a Secretaria ou o Cartório encaminhar os autos imediatamente à conclusão do juiz para que sejam examinados”. Agora, com o pacote anticrime, o legislador deixa expressa a necessidade de análise da prisão preventiva a cada 90 dias.

Apesar desta expressa previsão legal, nos alerta DELMANTO (p. 342) que:

infelizmente, nos tempos atuais, temos assistido a decretação de prisões preventivas sendo mantidas por tribunais, única e exclusivamente sob o argumento da gravidade do crime, sem nenhuma motivação cautelar – ABSOLUTAMENTE NENHUMA. Um exemplo, dentre tantos, ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 0001651-52.2017.4.03.0000/SP, julgado por votação unânime pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Nesse caso, o Juízo da 6ª Região, em 24 de abril de 2017¹⁴² . Vara

Federal em Santos, São Paulo, converteu a prisão em flagrante dos pacientes em preventiva, em um primeiro momento afirmou: Passo a apreciar .

Os requisitos da prisão em flagrante foram atendidos, de forma que se encontra em ordem .

É caso, pois, conversão da prisão em flagrante, em que pese a manifestação da defensoria .

O delito imputado aos indiciados ultrapassa a pena de 04 anos e é de extrema gravidade, de tal forma que a aplicação de outras medidas cautelares não são recomendáveis .

Outrossim, a quantidade de droga apreendida (32,11kg) e as circunstâncias, notadamente serem presos no mesmo ambiente onde a droga foi acondicionada, sendo por eles afirmado o fato de alocarem volumes no container, evidenciam prova da materialidade e indícios de autoria pelos indiciados .

Estão presentes, pois, as condições expressas em lei para a decretação da prisão preventiva.

Ou seja, quando Sua Excelência conclui que “estão presentes, pois, as condições expressas em lei para a decretação da prisão preventiva”, nada, absolutamente nada fala sobre qualquer um dos requisitos cautelares do art. 312 do Código de Processo Penal.

Tentando evitar situações como a acima narrada, o legislador prevê no art. 316, CPP que a revogação da prisão preventiva (*aquela legalmente decretada, mas cuja motivação agora deixou de existir*) é feita pelo próprio magistrado que a decretou. Não se trata aqui de recurso ou ação constitucional para instância superior, mas simples constatação, pelo juiz, que a situação mudou, não é mais a mesma, os requisitos deixaram de existir, e portanto a prisão deve ser revogada ou mesmo substituída por outras medidas cautelares diversa da prisão. Neste sentido:

Observe-se que a *revogação* do ato (a prisão) deve ser feita pelo mesmo juiz que a decretou, não se cuidando, propriamente, de *revisão* da decisão, na medida em que nada se revê, no sentido de se emitir juízo distinto acerca da mesma matéria já analisada. A *revogação* se justifica no exaurimento dos motivos que justificaram a adoção do ato.

E nada impede a renovação da prisão preventiva, seja pelo mesmo ou por outro de seus fundamentos legais (PACELLI, p. 845).

A revogação da prisão preventiva pode ser feita de ofício pelo juiz ou mediante requerimento das partes. Lembramos que o juiz não pode mais decretar prisão preventiva de ofício, mas pode revogá-la de ofício. Se o pedido for feito por uma das partes, o juiz deve obrigatoriamente analisar e fundamentar sua revogação ou não, ante o princípio da motivação das decisões, previsto no art. 93, IX, CF/88, bem como pelo

próprio Código de Processo Penal, no art. 315. Nas palavras de REIS e GONÇALVES (p. 460):

Uma vez decretada a prisão preventiva, as partes podem, a qualquer momento, requerer sua revogação, hipótese em que o juízo estará obrigado a apreciar o pedido, mantendo ou revogando a prisão. Igualmente, poderá ser impetrado habeas corpus contra a decisão que decretou ou não revogou a prisão preventiva. A novidade do dispositivo é determinar que, a cada 90 dias, o juiz deve, de ofício (independentemente de requerimento das partes), analisar se persiste necessária a prisão preventiva. A prisão tornar-se-á ilegal se referida providência não for tomada, bem como se a decisão não for fundamentada como exige o texto legal.

O parágrafo único do art. 316 trouxe uma demonstração clara da provisoriedade da prisão preventiva, ao exigir que a medida seja revista pelo magistrado, de ofício, a cada 90 dias, sob pena de torná-la ilegal. Neste sentido leciona Paulo RANGEL (p.732):

Se, passados os 90 dias de prisão, não houver nova decisão do juiz fundamentando a necessidade de manutenção da prisão cautelar ela tornar-se-á ilegal. É nova modalidade de ilegalidade da prisão: exigência de renovação de 90 em 90 dias, evitando com isso que o réu fique esquecido na prisão como costuma acontecer.

A prisão preventiva é aquela que pode perdurar enquanto preenchido seus requisitos e condições, ou seja, não tem prazo (diferente da temporária) e infelizmente era muito comum situações onde o processo tinha uma tramitação extremamente morosa (por diversos motivos) e o réu aguardava anos o desfecho de um processo sem fim encarcerado por uma única decisão do Judiciário fundamenta anos atrás. Neste sentido, a novel redação do art. 316, busca evitar estas situações de descaso com o investigado ou réu e obriga o magistrado a analisar periodicamente e de forma motivada e fundamentada a necessidade da manutenção da prisão.

Assim, Vinícius ASSUMPÇÃO (p. 108) afirma que:

O parágrafo único do art. 316 preenche uma lacuna antiga do processo penal. Historicamente, a prisão preventiva é aquela que não tem prazo determinado de duração, no que difere da outra espécie de prisão provisória/cautelar, a prisão temporária (prazo de 5 dias, renováveis, ou de 30 dias, renováveis, conforme o tipo de delito). Com a nova Lei, a prisão preventiva segue sem prazo determinado, contudo passa a existir o dever de a autoridade judiciária, de ofício, apreciar novamente a matéria no prazo de 90 dias. Não o fazendo, a prisão passa a ser ilegal, devendo ser relaxada.

E no mesmo sentido Aury LOPES JR. (p. 644):

Grande evolução que evita que o juiz simplesmente “esqueça” do preso cautelar, bem como impõem o dever de verificar se persistem os motivos que autorizaram a prisão preventiva ou já desapareceram. Tal agir deverá ser de ofício, independente de pedido, até porque se trata de controle da legalidade do ato, um dever de ofício do juiz. Por fim, chamamos a atenção de que finalmente temos o dever de revisar periodicamente a medida e, também, de que esse é um prazo com sanção (não cumprido o prazo e o reexame, a prisão será considerada ilegal).

O legislador ao obrigar o magistrado a analisar periodicamente a necessidade da manutenção da prisão preventiva, busca respeitar o princípio da presunção de inocência e o da brevidade das medidas cautelares. A justificativa da aplicação de qualquer medida cautelar deve ser constantemente analisada pelo juiz, pois, como medida excepcional que é, caso sua motivação não subsista mais, nada mais justo do que imediatamente fazer cessar as medidas cautelares aplicadas ao investigado ou réu. Nesse sentido, MENDES (p. 86) afirma:

Sobre a provisionalidade é de se entender que as medidas cautelares são eminentemente contingenciais, pois tutelam uma situação fática ancorada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*. Deixando de existir esses requisitos nada justifica(ria) a manutenção da prisão. Destarte, conforme a Lei 13.964/2019, o juiz ou a juíza poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316). A provisoriidade também é princípio orientador da medida cautelar que deverá ser breve e temporária. Daí ser de fundamental importância a alteração trazida no bojo do Pacote, segundo a qual decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa dias), mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal (art. 316, parágrafo único). Ainda dentro do conjunto principiológico é de falar-se ainda na excepcionalidade, posto que somente se justifica a decretação de uma prisão preventiva quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Apesar de todo o esforço legislativo e doutrinário para brevidade e cautelaridade da prisão preventiva, infelizmente e ilegalmente, não é o que observamos na prática, pois a recente jurisprudência dos Tribunais superiores ainda mantém uma cultura arcaica e que deveria ter sido já superada desde a Constituição Federal de 1988. Inúmeros julgados recentes tentam abrandar a exigência da revisão da prisão cautelar após 90 dias, como bem demonstra NUNES (p. 2-3):

Nada obstante a literalidade do artigo 316, parágrafo único, do CPP, de um modo geral, a inobservância do reexame obrigatório no prazo de 90 dias não tem conduzido, em sede de Habeas Corpus, à automática revogação da preventiva pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Apesar de reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da ausência de renovação da manutenção do decreto, os tribunais têm optado por deferir a ordem para determinar que o juízo correspondente reavalie, com urgência, os fundamentos da prisão imposta ao investigado ou acusado.

Deveras, na apreciação monocrática do HC 181.187 ED/SP, em 21/9/2020, o ministro Gilmar Mendes concluiu que a ausência da revisão prevista no artigo 316, parágrafo único, em que pese representar um direito do réu à reanálise da necessidade da prisão a cada 90 dias, não conduz ao afastamento imediato da segregação, *"cabendo ao Poder Judiciário determinar sua pronta satisfação"*.

Nessa mesma linha, no AgRg no HC 606.872/GO (15/9/2020), a 6a Turma do STJ assentou que o prazo de 90 dias para reavaliação da prisão preventiva *"deve ser examinado pelo prisma jurisprudencialmente construído de valoração casuística, observando as complexidades fáticas e jurídicas envolvidas, admitindo-se, assim, uma eventual e não relevante prorrogação da decisão acerca da manutenção da necessidade das cautelares penais"*.

No entanto, em sentido diverso, o ministro Marco Aurélio entende configurado o excesso de prazo da prisão *"ante a não constatação da existência de decisão posterior, na qual reiterada a necessidade da medida"* (HC 179.932 MC/MS, j. 5.3.2020; HC 190.463 MC/SC, j. 9.9.2020), determinando a imediata expedição de alvará de soltura clausulado.

Não obstante, quando do julgamento do mérito das impetrações, a 1a Turma do STF tem refutado o argumento, cassando a liminar anteriormente implementada pelo ministro, uma vez que *"a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-juiz"*. Em outras oportunidades, o colegiado assentou ainda que a falta de renovação da preventiva no prazo legal não compreende teratologia ou excepcionalidade apta a ensejar a superação dos óbices ao cabimento do writ na corte.

Intensificando ainda mais o debate sobre a eficácia do dispositivo introduzido

no ordenamento processual penal pelo chamada lei "anticrime", consoante noticiado nesta **ConJur**, no último dia 22 de setembro, ao examinar o HC 589.544/SC e aludindo a idêntico entendimento adotado pela 5ª Turma (HC 569.701/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 9.6.2020), a 6ª Turma do STJ estabeleceu que a obrigação de revisar a manutenção da prisão, a cada 90 dias, é imposta apenas ao "*órgão emissor da decisão*" — juízo ou tribunal que impôs a cautela.

Mais especificamente, segundo o superior tribunal, tendo em vista que "*a inovação legislativa se apresenta como uma forma de evitar o prolongamento da medida cautelar extrema, por prazo indeterminado, sem formação da culpa*", proferida sentença ou prolatado acórdão condenatório, a impugnação à custódia deve ser feita através das vias recursais ordinárias, não remanescendo o dever judicial a que se comina sanção processual de ilegalidade da prisão.

Desta forma, como se verifica pelos recentes julgados acima transcritos, os Tribunais estão querendo se eximir da responsabilidade de analisar a cada 90 dias a necessidade de manutenção da cautelar de prisão preventiva, sob a justificativa desta obrigação ser apenas do órgão que emanou a decisão ensejadora da prisão e que, caso contrário abarrotaria os Tribunais Superiores com a obrigação de periodicamente verificar a necessidade de manutenção da prisão.

Faço aqui severas críticas a este posicionamento que começa a se desenhar nos Tribunais, pois, como já dito por Aury LOPES JR. (p. 639-640), explicando o princípio da atualidade ou contemporaneidade do perigo:

Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja atual, presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A "atualidade do perigo" é elemento fundante da natureza cautelar. Prisão preventiva é "situacional" (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual. No RHC 67.534/RJ, o Min. Sebastião Reis Junior afirma a necessidade de "atualidade e contemporaneidade dos fatos". No HC 126.815/MG, o Min. Marco Aurélio utilizou a necessidade de "análise atual do risco que funda a medida gravosa". Isso é o reconhecimento do Princípio da Atualidade do Perigo.

Assim, a necessidade de manutenção da prisão preventiva (que não é antecipação de pena), deve ser feita pelo órgão onde está tramitando os autos do processo principal, ou seja, se o juiz de 1ª instância já proferiu a sentença, esgotou sua jurisdição e o magistrado fundamentou a necessidade da prisão preventiva quando da prolação da

sentença, mas, e se houver mudança da situação ? Entendo que cabe ao Tribunal onde está tramitando o recurso fazer esta análise de alteração da situação, assim como de manutenção da prisão preventiva. Aliás, frise-se que 90 dias ou 180 dias é um prazo que deveria ser mais do que razoável para o julgamento de um recurso ! Não pode o Estado querer impor o ônus da morosidade judicial ao réu, sacrificando seu *status libertatis*.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13964/2019, São Paulo: Saraiva, 2020.

AVENA, Norberto. Processo Penal, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal (livro eletrônico), 6ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019, Salvador: Editora JusPodvm, 2020.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Liberdade e prisão no processo penal: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, teoria do garantismo penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único, 8ª ed., Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019, São Paulo: Atlas, 2020.

METZKER, David. Lei Anticrime (Lei 13964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento, São Paulo: Editora Cia do eBook, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote anticrime comentado, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Mariana Madera. O estéril dever de revisão da manutenção da preventiva no prazo de 90 dias, in Revista Consultor jurídico, 08/10/2020, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-08/pensando-habeasa-revisao-manutencao-preventiva-prazo-90-dias>. Acesso aos 08/12/2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 28ª ed., São Paulo: Atlas, 2020.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Processual esquematizado, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

CAPÍTULO IV – DA PRISÃO DOMICILIAR

Haroldo Francisco Paranhos Cardella¹

Ralph Fraga²
(arts. 317 ao 320)

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

1.Caráter e Aplicação. Quando falamos em prisão domiciliar, atualmente, precisamos entendê-la como um instituto inovador no Código de Processo Penal, tornando-se necessário estabelecer a existência de seu caráter processual e seu caráter de apenamento. Conforme cediço, a Lei de Execução Penal já trazia o instituto da prisão domiciliar com previsão no bojo das hipóteses elencadas em seu artigo 117. Naquele dispositivo legal, sua incidência ocorre como forma de apenamento aos condenados, tornando-se permitida, exclusivamente, nas circunstâncias de regime aberto, cujo condenado tenha mais do que 70 (setenta) anos ou esteja acometido de doença grave, ou ainda, nos casos de deficiência física ou mental, bem como aos que possuem filhos menores ou estejam em estado de gestação. Trata-se de cumprimento de pena absolutamente excepcional. Porém, tendo em vista a realidade do sistema prisional em nosso país, cujo descaso com a segurança pública revela-se pelo desprovimento de quantidade adequada dos estabelecimentos conhecidos como “Casas do Albergado”, onde deveria ser cumprida a pena em regime aberto, tem sido cada vez mais comum que os presos sob este regime cumpram suas penas em albergue domiciliar. Eis o caráter de apenamento da prisão domiciliar. Como exemplos relevantes que demonstram o caráter excepcional, menciona-se o HC 152.707- DJe 04.04.2018 julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Eminente Ministro Dias Toffoli em que fora concedida a ordem para o cumprimento de pena em prisão domiciliar ao ex-deputado Paulo Maluf. Por sua vez, o instituto da prisão domiciliar atualmente possui também caráter processual que funciona como uma espécie de medida cautelar utilizada em substituição à prisão preventiva. Trata-se de excelente alternativa, sobretudo, quando se puder perceber a desumanidade da custódia cautelar desnecessária.

¹ Advogado, Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal.

² Advogado com atuação especializada em Direito Penal Econômico e da Empresa.

2.Aplicação como medida cautelar autônoma. O juiz, ao verificar como ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva e entender suficiente a custódia domiciliar (art. 282, §6º e art. 310, II do CPP) poderá aplicá-la como medida cautelar a qualquer indiciado ou acusado. Importa ter atenção que tal medida é cabível ainda que o indivíduo não figure nas hipóteses previstas no artigo 318 do CPP.

3.Aplicação como medida cautelar substitutiva. Nessa modalidade a aplicação é diferente. Primeiro porque se torna necessária a existência da prisão preventiva no caso concreto e, ainda, o indiciado ou acusado deve se encontrar nas hipóteses previstas no art. 318. O Juiz substitui a prisão preventiva em decorrência da situação específica de cada indivíduo.

3.Diferença para o chamado “recolhimento domiciliar”. O instituto da prisão domiciliar não pode ser confundido com a espécie de medida cautelar constante do art. 319 do CPP que trata do recolhimento do indivíduo em domicílio no período noturno. Na prisão domiciliar o recolhimento é durante todo o dia e não apenas por um período. O Juiz deve decidir se aplica uma ou outra, haja vista que ambas se tratam de medidas cautelares (art. 282, I e II, CPP).

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I-maior de 80 (oitenta) anos;

II-extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III-imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV-gestante;

V-mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI-homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

.Não taxatividade dos incisos. Antes de mencionarmos o procedimento de substituição da prisão preventiva pela domiciliar em cada uma das hipóteses previstas nos incisos, é preciso destacar que o Código de Processo Penal, no presente artigo, não

possui caráter de taxatividade, ou seja, poderá incidir outras situações cuja análise deverá ser realizada

pelo magistrado. Como exemplo, podemos mencionar as condições do cárcere. Sabemos que nosso país é extremamente mal afamado pelas condições de seus presídios que na sua totalidade se encontram sob o comando de organizações criminosas e, muitas vezes, representam séria ameaça ao custodiado, seja do ponto de vista da saúde ou mesmo de integridade física. Dessa forma, à título de exemplificação, podemos imaginar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar ao acusado cujas medidas previstas no artigo 319 não se mostrem suficientes para assegurar os interesses do Estado-Juiz e que se encontre sob séria ameaça em estabelecimento prisional. Importa destacar que a substituição sempre deverá ser precedida de fundamentação idônea por parte do Poder Judiciário.

2.Da substituição nas hipóteses trazidas pelo dispositivo legal. O **inciso I** nos traz a possibilidade de substituição nos casos em que o preso tenha mais de 80 (oitenta) anos. Aqui, deve-se fazer comprovação da idade por meio de certidão de nascimento ou qualquer documento que seja equivalente, em obediência ao mandamento do parágrafo único do dispositivo. Ressalta-se não se tratar de uma obrigação do magistrado, que deverá decidir de acordo com concepções humanitárias. Logo, tendo o acusado mais de 80 (oitenta) anos, prova-se a idade e aguarda-se o bom senso do julgador. O **inciso II** trata do preso extremamente debilitado em razão de doença grave. Obviamente, aqui também se deve fazer prova da condição de saúde do preso. Surge a dúvida acerca do conceito de doença grave, que muitas vezes pode ser subjetivo. Neste sentido, devemos entender que doença grave é aquela que se mostra totalmente incompatível, em termos de tratamento, com o estabelecimento prisional. Ressalta-se que a avaliação do preso deverá ser realizada por laudo oficial, não impedindo, obviamente, a avaliação também realizada por médico particular, em obediência à Lei de Execução Penal. Sobre esta espécie de substituição da custódia preventiva pela domiciliar, menciona-se que o STF já vinha deferindo-a antes mesmo da previsão legal, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana (STF, HC 98.675/ES). Em síntese, conforme aduz Maciel (2012), o que importa é constatar as condições do estabelecimento prisional para a efetivação do tratamento do preso portador de doença grave, devendo o magistrado realizar a substituição pela prisão domiciliar caso inexistentes as condições do presídio. O **inciso III** nos traz a questão

do preso responsável por pessoa menor de 6 (seis) anos ou com deficiência. Diferentemente da previsão existente na Lei de Execução Penal, em que o preso definitivo pode ser beneficiado com a prisão domiciliar em razão de ser responsável por filho menor ou deficiente físico/mental, aqui a substituição existe para o preso responsável por pessoa menor de 6 anos ou portadora de deficiência. A leitura deste dispositivo, conforme nos ensina Maciel (2012) deve ser entendida como falta de sensibilidade por parte do legislador. É preciso analisar que a norma, na verdade, visa “proteger” a pessoa necessitada de cuidados e não o indivíduo custodiado e não por outra razão, não deveria ter sido delimitada idade tão baixa. Afinal, completos os 6 anos pela criança, o preso deverá retornar ao sistema prisional? Entendemos que não, pois a mesma ainda necessitará de cuidados. Logo, melhor seria se tivesse seguido a disposição prevista na LEP. Destaca-se que, de acordo com Badaró (2020) este inciso deve ser analisado com consonância com o inciso V. O **inciso IV** nos traz a situação de presa gestante. Aqui, basta fazer prova da gravidez para a substituição. É algo assegurado à gestante, independentemente se sua gravidez se mostra de risco ou não. Eis o entendimento esposado em julgamento de HC coletivo pela Segunda Turma do STF (HC 143.641). No referido julgado, aliás, fora conferida ordem para colocar em regime domiciliar as mulheres gestantes, puérperas, ou mãe de crianças com até 12 anos de idade. O **inciso V** confere segurança à mulher mãe de criança até 12 anos incompletos no sentido de que esta possa ter sua prisão preventiva substituída pela domiciliar. Tal segurança advém do HC acima referido (143.641 – STF). Destaca-se que por esta razão o inciso III deve ser analisado em consonância com o inciso V. Por fim, chegamos ao **inciso VI**. Aqui, se trata de uma equiparação do inciso anterior, destinado às mulheres, aos homens em situação semelhante. A partir do correto entendimento de que a norma do inciso V se destina à proteção da criança menor de 12 anos, nada mais correto do que estender seus efeitos também aos homens. Isso porque, não são raros os casos em que estes são os únicos responsáveis por menores de 12 anos e assim, nada mais justo do que concedê-los o mesmo benefício. Afinal, não importa se a criança é cuidada pela mãe ou pelo pai, pois precisa de cuidados da mesma forma.

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I- não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II- não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente;

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Estes dispositivos adicionais vieram no sentido de restringir as hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos de mãe responsável por pessoa deficiente e também das gestantes. Na verdade, cria uma condição para o direito então assegurado nos incisos do artigo 318. Assim, a leitura é autoexplicativa: Se a gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência tiver cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa, ou ainda, crime contra o próprio filho/dependente, permanecerá em prisão preventiva em estabelecimento prisional. Ressalta-se que, de acordo com Badaró e Toron (2020) se trata de rol taxativo de crimes. Não se pode abranger outras situações de prática criminosa, podendo incidir sobre os incisos III, IV, V e VI do art. 318. Ressalta-se que o art. 318-B permite a aplicação de outras medidas cautelares, com previsão no art. 319, de forma conjunta com a prisão domiciliar, desde que adequadas.

CAPÍTULO V – DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Haroldo Francisco Paranhos Cardella³
Ralph Fraga⁴

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I-comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II-proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III-proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV-proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

³ Advogado, Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal.

⁴ Advogado com atuação especializada em Direito Penal Econômico e da Empresa.

V-recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
VI-suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
VII-internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
VIII-fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
IX-monitoração eletrônica.

1.Tutela Cautelar no processo penal. *Ab initio*, importante ressaltar que no bojo do processo penal, assim como no processo civil, temos presente a chamada tutela cautelar, materializando-se pelas chamadas medidas cautelares, cuja aplicabilidade se dá de forma incidental, seja por meio de requerimento das partes ou até mesmo de ofício pelo juiz da causa. Não há qualquer necessidade de uma ação cautelar incidental para que sejam aplicadas.

2.Natureza jurídica do instituto: as medidas de natureza cautelar contam com previsão durante todo o procedimento penal, desde a investigação criminal até à execução de pena. As medidas de índole cautelar são aplicáveis em matéria de execução penal, bem como nos dispositivos concernentes à suspensão condicional do processo, livramento condicional, liberdade provisória e outros. Em conformidade à clássica divisão doutrinária, as medidas cautelares podem ser referentes à própria pessoa do investigado ou do réu do processo, e/ou ao patrimônio do mesmo; coisas com relação a elementos circunstanciais da investigação ou do próprio processo acusatório; conjunto probatório em produção na investigação ou nos autos processuais; segurança e bem-estar do querelante ou da vítima. Introduzidas no ordenamento processual penal pela Lei n. 12.403 de 2011, mais especificamente no capítulo V do Título IX do CPP, as “outras medidas cautelares diversas da prisão” fazem referência à pessoa do investigado ou acusado. Diferentemente das medidas cautelares de natureza substitutiva, como a prisão preventiva domiciliar, as medidas cautelares alternativas à prisão são distintas da prisão processual, isto é, “significa que se está diante de uma situação que, concretamente, ou se admite a prisão preventiva, ou se admite (...) uma das medidas cautelares dos artigos 319 ou 320” (BADARÓ, 2011). O rol previsto pelos incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal contempla

alternativas à decretação da prisão de caráter preventivo, o que representa um benefício ao acusado. De forma análoga à aplicação da medida cautelar em outros institutos do processo penal “pretende-se aplicar, agora, as mesmas medidas restritivas à liberdade como forma de contornar a decretação da prisão preventiva” (NUCCI, 2017). Nesse sentido, a medida cautelar alternativa à preventiva também detém o escopo de restringir a liberdade, porém de forma menos danosa ao réu em comparação com o cárcere prisional.

3. Propósitos legais e aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão.

Em atenção aos propósitos legais da imposição da medida de natureza cautelar durante a investigação e persecução do Estado, a legislação processual penal visa a garantia da aplicação da lei da penal no caso concreto, assegurar a própria investigação e a instrução criminal, além de evitar a prática de infrações criminais nos casos expressamente previstos. Com previsão na redação dos incisos I e II do artigo 282 do CPP, esses propósitos perfazem os requisitos legais referentes à necessidade e adequação da medida cautelar em conformidade ao caso concreto. Ademais, em consonância com reiterado posicionamento jurisprudencial e doutrinário, a aplicação da cautelar diversa da prisão necessariamente ampara-se pela “fumaça da prática de delito”, do latim *fumus commissi delicti*. À vista dessa premissa, os indícios de autoria e materialidade do delito vigoram suficientemente presentes no momento da aplicação da medida pela autoridade judicial, bem como o *periculum libertatis*; a periculosidade oriunda da plena liberdade do acusado também constitui pressuposto para imposição da medida. Na hipótese concreta de qualquer circunstância correlata ao caso provocar a inobservância de alguma dessas elementares durante os trâmites investigativos ou processuais, a determinação expressa do §5º do artigo 282 preceitua a imediata revogação ou substituição da medida cautelar. Reitera-se que os incisos constantes no artigo 319 do mesmo diploma legal são alternativos à preventiva e, portanto, sua aplicabilidade se submete a situações nas quais não é cabível a decretação da preventiva. Nesse sentido, ao determinar a aplicação das medidas cautelares em detrimento da prisão preventiva, o §6º do artigo 282 do CPP institui o caráter excepcional da prisão preventiva. Assim, no caso de observância concomitante do disposto no artigo 312 e nos incisos do artigo 313 do CPP, Badaró (2011) acentua que “o grau de cautelaridade exigido para o caso é máximo, sendo insuficiente a imposição de medidas menos gravosas, porque não assegurarão a instrução ou os fins do

processo”. Por outro lado, no tocante ao caso concreto que comporta a aplicação de medida cautelar prevista pelo artigo 319 do CPP, a decretação de preventiva mostra-se decisão de rigor excessivo, o que remete à suficiência da medida cautelar enquanto forma de assegurar a ordem social. Em outubro de 2019, o STJ consolidou o entendimento jurisprudencial acerca da temática por meio do julgamento do RHC 115.038/CE. A exemplo dos requisitos genéricos, os elementos circunstanciais do caso concreto e a contribuição do acusado ao bom andamento do trâmite investigatório e processual, bem como a gravidade do delito e as condições de personalidade do agente, também configuram fatores de análise à aplicação da medida cautelar. Os fatores concretos e determinantes acerca de eventual emprego da medida cautelar devem ser devidamente fundamentados de forma a atender os requisitos dos incisos do artigo 282 do CPP. Assim, as próprias elementares de caráter fático que determinam o grau de proporcionalidade e compatibilidade da medida cautelar com o caso concreto. A individualização da medida cautelar alternativa à prisão pelo magistrado define-se de cunho imprescindível para observação dos fins almejados pela legislação processual penal. Nesse sentido, leciona Nucci (2017) que “em perfeita harmonia com os fins do princípio constitucional da individualização da pena, que abomina a padronização da sanção penal, quer-se individualizar a restrição à liberdade na fase processual”.

4.Espécies de medidas cautelares. Antes de adentrarmos especificamente às medidas cautelares existentes no CPP, importa-nos atentar para suas espécies, podendo as mesmas serem classificadas em **a)** medidas cautelares pessoais (que se dignam a incidir sobre o suspeito, acusado); **b)** medidas cautelares de natureza civil ou também chamada de reais (que se dignam a reparar o dano eventualmente causado); **c)** medidas cautelares relativas à prova (FERNANDES, 2002).

4.1. Medidas cautelares patrimoniais. Também chamadas de medidas assecuratórias, possuem previsão de três modalidades – arresto, sequestro e hipoteca legal – sendo o verdadeiro objetivo a garantia da reparação do dano eventualmente sofrido pela vítima com a prática do ilícito penal. Realizando-se uma análise mais abrangente, pode-se perceber que as referidas medidas nunca foram utilizadas com frequência no Processo Penal. Isso porque, desde sua criação e agora não de forma distinta, vê-se uma aplicação das leis processuais penais voltada à punição do agente e não à proteção de todos os interesses da vítima. Trata-se de uma materialização do *jus puniendi* estatal.

4.2. Medidas cautelares pessoais. Aqui se encontram as medidas que se dignam a exercer tutela

sobre o agente, como as prisões cautelares e as medidas cautelares diversas da prisão. Numa linha de raciocínio bastante objetiva, torna-se evidente que tais medidas visam garantir a atividade efetiva do Estado no curso da persecução penal, aplicação da lei penal e garantia da ordem pública e econômica.

5.Cabimento das medidas cautelares diversas da prisão. Da mesma forma que abordamos o cabimento da prisão domiciliar, insta ressaltar que as medidas cautelares alternativas também podem ser aplicadas de forma autônoma, nos delitos em que não exista previsão legal de prisão preventiva ou temporária, ou ainda, no caráter substitutivo dessas prisões. Sob o viés autônomo mencionado, as cautelares diversas devem ser aplicadas em contexto de necessidade de aplicação da lei penal, instrução criminal ou investigação criminal e garantia da ordem pública. Seu cabimento se dá para qualquer infração penal, salvo as chamadas contravenções, uma vez que estas não possuem pena privativa de liberdade. Importante salientar que na aplicação das medidas diversas, deve-se atentar para a efetiva proporcionalidade com eventual apenamento em caso de condenação. Não se pode estipular uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que eventual pena condenatória. Já sob o viés substitutivo, a decretação das medidas cautelares se dá, exclusivamente, nos crimes com previsão legal de prisão preventiva ou temporária. Nesses casos, o magistrado verificará a suficiência das medidas alternativas para o cumprimento da mesma finalidade da prisão cautelar, evitando-se a medida extrema. Aqui, necessário se faz destacar que sua finalidade deve ser a mesma destinada às prisões cautelares, dispostas no bojo do art. 282 do CPP. Sua decretação pode se dar em qualquer fase da investigação ou do processo e, inclusive, na sentença condenatória. Seu descumprimento neste caso, não impede que eventual Apelação interposta seja reconhecida pelo Tribunal *ad quem*.

6.Preferência das medidas cautelares alternativas à prisão. Eis um ponto extremamente importante quando se fala em medidas cautelares. Com a mudança legislativa que passou a incluir as espécies alternativas à prisão cautelar, na prática, a aplicação destas passou a ser, sempre, preferencial, tornando-se a prisão cautelar uma medida extrema. Isso porque, os direitos fundamentais devem ser preservados sempre que possível, incidindo sobre os mesmos os meios menos gravosos. Badaró (2020) nos afirma que sendo necessária a imposição de alguma medida cautelar com o fito de tutelar o processo, a primeira opção deverá ser, sempre, uma medida alternativa à

prisão, fazendo-se o contrário somente quando nenhuma destas medidas elencadas no art. 319/320 se mostre adequada ao caso em espécie, ocasião em que será possível, através de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, analisar a possibilidade de incidência da prisão preventiva. Eis a devida interpretação do art. 282, § 6º.

7.Possibilidade de cumulação. A permissão legal de que as medidas cautelares sejam aplicadas de forma cumulativa encontra respaldo, primeiramente, no art. 282 do CPP que dispõe a possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa, de forma absolutamente explícita. Por óbvio, em obediência ao entendimento do caráter extremo da prisão cautelar, em ocasiões em que esta for imposta ou ainda vier a substituir a prisão em flagrante delito, não haverá que se falar em cumulação com qualquer medida alternativa, haja vista que já se estará impondo a medida mais gravosa. Por outro giro, não sendo a hipótese de decretação da preventiva, por bastarem as medidas cautelares diversas, essas poderão ser impostas de forma isolada ou cumulativa, ou seja, uma ou mais de uma delas.

8.Possibilidade de mudança das medidas cautelares alternativas. É plenamente possível que haja variação na aplicação das medidas cautelares alternativas no curso da persecução penal (BADARÓ, 2020). Trata-se da possibilidade de revogação ou mesmo da substituição das medidas eventualmente decretadas, conforme aduz o art. 282, §5º do CPP.

Além da revogação e substituição, pode-se incidir, ainda, a atenuação, nas hipóteses de cumulatividade, onde uma medida será revogada e outra permanecerá ou mesmo o agravamento, ou seja, a adição de outra medida de forma cumulativa. Obviamente que tudo isso deverá ser feito de acordo com as especificidades do caso concreto e de forma fundamentada pelo juiz. Dificilmente nos deparamos com casos em que ocorra a atenuação ou revogação e raramente nos deparamos com as substituições. Entretanto, não raras são as vezes em que existe o agravamento, sobretudo, quando ocorre o descumprimento da medida imposta e esta se torna ineficaz aos interesses do Estado. Os casos de substituição, normalmente, ocorrem por alteração do estado de fato do indivíduo ou da própria situação processual, além, é claro de novos fatos que incidam sobre provas de modo a alterar a convicção do juiz sobre os requisitos do *fumus commissi delicti* ou *periculum libertatis* (BADARÓ, 2020). A revogação, por óbvio, sequer precisa de alteração fática ou processual,

bastando não mais persistirem as condições então legitimadoras da decretação. Sempre se deve avaliar necessidade, adequação e proporcionalidade.

9.Relação com a presunção de inocência. Conforme cediço, o instituto da prisão provisória, quando aplicado sob real necessidade, não fere o princípio da presunção de inocência. O grande problema prático é que na grande maioria das vezes, a decretação da prisão ocorre sem essa real necessidade, o que permite compreender como uma verdadeira e injusta antecipação de pena ao indivíduo. Nesse sentido, a partir do momento em que o juiz passa a ter disponível outras alternativas que não seja a prisão corporal de fato, medida absolutamente extrema, materializadas pelas cautelares diversas, percebe-se uma concretização do referido princípio constitucional. Tornando-se a prisão cautelar a *ultima ratio*, garante-se a não antecipação de pena e, consequentemente, assegura-se a presunção de inocência.

10.Taxatividade ou Exemplificação. Trata-se de polo de discussão no processo penal há muito tempo a indagação se as medidas cautelares devem ser consideradas dispostas de forma taxativa ou exemplificativa, ou seja, se os incisos do art. 319 são as únicas “opções” do magistrado ou se o mesmo pode determinar cautelares que ali não estejam dispostas. A dúvida se sustenta, ainda, tendo em vista a visão acerca do chamado poder geral de cautela do juiz. Anteriormente à inovação legislativa, conforme já mencionado, a tutela cautelar no processo penal se dava de forma muito limitada, o que permitia e até mesmo se mostrava necessário, muitas das vezes, a aplicação do poder geral de cautela, seja em favor do acusado/indiciado ou do Estado. Todavia, atualmente, o CPP, neste dispositivo legal, fornece ao juiz uma ampla gama de medidas cautelares diversas da prisão às quais ele deve se limitar, evitando-se uma amplitude de poder que pode gerar insegurança jurídica. Conforme aduz Lopes Junior (2009) o processo penal deve ser enxergado sob a ótica de que forma é garantia, não se devendo admitir o uso indiscriminado do poder geral de cautela, tampouco cautelares inominadas. Necessário se faz a aplicação do Princípio da Legalidade ao se cogitar a utilização das medidas do art. 319, ou seja, a lei deve determiná-las e em caso de necessidade de ampliação de seu rol, formalmente as dispor, não cabendo discricionariedade e nem mesmo imposição jurisprudencial.

11.Possibilidade de detração. Conforme disposto legalmente, a prisão provisória é considerada no tempo de cumprimento de pena e medida de segurança do

indivíduo condenado (art.42 do Código Penal). Diante disso, surge a discussão doutrinária a respeito da extensão desse efeito às situações de imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Surge então a indagação acerca da possibilidade de aplicação do instituto da detração no cumprimento de pena do indivíduo que fora submetido às cautelares diversas da medida extrema ao longo do processo. Neste sentido a melhor doutrina tem sinalizado pela possibilidade da detração naqueles casos em que a cautelar restritiva de direitos adotada no curso do processo se mostrar equivalente ou mais gravosa do que a própria pena estipulada na sentença condenatória. Logo, se a pena for de prisão, não há que se cogitar a aplicação do instituto da detração, haja vista ser a medida cautelar mais gravosa do ordenamento.

12.Excesso de prazo nas medidas cautelares diversas da prisão. Conforme cediço, toda e qualquer medida cautelar diversa da prisão representa a restrição dos direitos do indiciado/acusado, podendo incidir sobre a liberdade (ex. prisão domiciliar, recolhimento domiciliar noturno), sobre o trabalho (ex. proibição de ausência da comarca, entrega do passaporte) e sobre o patrimônio (ex. fiança). Não por outra razão, assim como a medida cautelar mais gravosa - prisão corporal - as mesmas não podem ter caráter perpétuo. Nesse sentido surge o argumento, mais do que justo e razoável, do excesso de prazo na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão. Ora, de fato, muito embora exista uma espécie de orientação acerca dos prazos razoáveis à duração processual, sabe-se que, na prática, torna-se quase impossível sua aplicabilidade. Porém, é preciso que se respeite a duração razoável do processo e com isso, também a duração razoável das medidas cautelares diversas eventualmente impostas. Embora sejam medidas muito menos restritivas e gravosas do que a prisão em si, estas também devem estar sujeitas aos prazos razoáveis e não excessivos. Portanto, plenamente cabível a alegação de excesso de prazo, em casos específicos.

13.Cabimento de Habeas Corpus em face de medidas cautelares diversas da prisão. O raciocínio principal para afirmar a plena possibilidade de cabimento do remédio heroico em face da decretação de medidas cautelares diversas se encontra no sentido de que, conforme comentado, eventual descumprimento pode ensejar a conversão em prisão preventiva, acarretando absoluto risco à liberdade de locomoção, razão do cabimento da medida. Além disso, é preciso ter muita atenção quando da decretação das cautelares diversas, uma vez que, conforme também comentado, as mesmas se destinam tão somente às infrações que são punidas com a medida extrema.

Logo, infração não punida com prisão, não admite medida cautelar diversa (art. 283 §1º CPP). Assim, cabe Habeas Corpus também em caso de decretação fora desse parâmetro, mostrando-se ilegal. Menciona-se, ainda, a possibilidade de utilização do Habeas Corpus como instrumento para alegação do excesso de prazo já mencionado. Cita-se exemplificativamente o HC 147.303 - DJE de 27-2-2018, de relatoria do Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes.

Comentários por inciso.

Comparecimento periódico em juízo. O ato de comparecimento em juízo, obviamente, não é exclusividade do capítulo referente às medidas cautelares diversas da prisão. Aliás, menciona-se a existência deste dever em outros dispositivos legais, como a Lei 9099/95 quando trata da suspensão condicional do processo, bem como no Código Penal, ao abordar a figura do *sursis* especial. Enquanto medida cautelar diversa, percebe-se da simples leitura que sua função é unir o acusado ao processo, na tentativa de impedir eventual evasão e consequente prejuízo ao próprio andamento do feito. Importa destacar que o fato de tornar necessária a informação de suas atividades ao juízo se mostra bastante interessante e efetivo à defesa, uma vez que possui o condão de demonstrar a ausência de interesse em delinquir e o compromisso em respeitar a ordem pública. Muito embora a legislação não destaque de forma explícita, é claro e evidente que o comparecimento deve ser feito de forma pessoal pelo indivíduo, não sendo impedido o mesmo de fazê-lo por meio de procurador ou advogado constituído (BADARÓ, 2020). Além disso, cumpre destacar a possibilidade de efetivação do ato por meio do instrumento processual da carta precatória nos casos em que o indivíduo não resida no distrito da culpa. A fixação dos prazos, local e condições do comparecimento é determinada pelo juiz, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares. Aqui o legislador se mostra muito direto e preciso na sua real intenção. A disposição do inciso é muito clara em determinar o afastamento do indivíduo daqueles locais relacionados à natureza do delito. A real finalidade é evitar a prática de novas infrações e com isso, assegurar a chamada ordem pública. Para fins práticos, importante abordar a lição de Badaró (2020) no sentido de diferenciar o simples acesso da frequência. Aquele seria

a mera ação de ingressar em determinado local, enquanto esta demonstraria o caráter de habitualidade num local específico. Aduz o professor, com muita exatidão, que a proibição do acesso é absolutamente mais gravosa, pois proíbe uma única presença em determinado local, “enquanto que, na proibição de frequência, um único ingresso não caracterizará descumprimento da medida cautelar (BADARÓ, 2020) ”.

Proibição de manter contato com determinada pessoa. Nesse caso, além da cautela em resguardar o processo e a ordem pública, o legislador se preocupou também em proteger determinadas pessoas, em especial as vítimas e testemunhas. Importa destacar que a expressão de manter distância deve ser levada a efeito em seu sentido mais abrangente, o que não se restringe somente à aproximação física, mas de qualquer espécie, em especial o contato realizado de forma virtual, atualmente mais utilizado do que o próprio contato pessoal. No caso do contato pessoal, fica à cargo do magistrado estabelecer o limite da distância, de acordo com cada caso, obviamente sempre com base na razoabilidade para conferir segurança à pessoa e, ao mesmo tempo, não restringir demasiadamente o direito de liberdade e locomoção do indiciado/acusado.

Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Essa espécie de proibição se refere ao território nacional, ou seja, proíbe-se o indiciado/acusado de transpor os limites territoriais de sua comarca para qualquer outra cidade do país. É distinta do disposto no art. 320 que trata do impedimento em deixar o Brasil. Insta ressaltar que, nos moldes do art. 282, pode ser cumulada com a cautelar do art. 320. Obviamente, por se tratar de medida bastante restritiva à direito fundamental individual, somente se justifica como adequada nos casos em que restar comprovada a necessidade para o curso da investigação/instrução de que o indivíduo não deixe a cidade. Embora esteja ligada a ideia de impedimento da fuga, a finalidade precípua desta medida é assegurar a aplicação da lei penal, impedindo que o indivíduo não seja localizado para os atos formais da investigação/processo. Todavia, conforme aduz Badaró (2020) é possível perceber que se torna ineficaz, uma vez que o investigado/acusado poderá, validamente, por garantia constitucional, se recusar a participar de ato instrutório. Certamente, medidas como o comparecimento obrigatório em atos do processo soariam como mais efetivas.

Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. Em regra, a decretação do recolhimento domiciliar noturno visa garantir e assegurar a aplicação da lei penal, bem como a própria conveniência da instrução criminal. Isso porque, ao se proibir alguém de estar fora de sua residência no horário noturno, passa-se a sensação do impedimento à eventual fuga. No entanto, é importante destacar que em alguns casos ela só se mostrará efetiva se cumulada com outra cautelar como a proibição de ausentar-se da comarca ou até mesmo do país para que se evite justificativas de descumprimento em razão de distância. Além disso, pode-se fazer relação com o resguardo da ordem pública nos casos em que a experiência mostre que determinados delitos são cometidos, em regra, no período da noite. É evidente que para que se possa decretar a medida, deve-se ter a plena certeza acerca do trabalho fixo e residência fixa do indivíduo, como assevera Giacomolli (2013). Caberá ao juiz determinar o que deverá ser considerado como período noturno e definir os dias de folga que serão considerados. Interessante destacar que neste caso, como o recolhimento implica em privação da liberdade, deve-se adotar o entendimento de que é cabível a incidência do instituto da detração penal (BADARÓ, 2020).

Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Neste inciso percebe-se que a finalidade precípua é evitar a prática de novas infrações penais. Logo, pode-se estabelecer como finalidade a garantia da ordem pública. Em termos práticos, certamente pode ser considerada uma medida bastante efetiva. Isso porque, em situações em que a pessoa se vale do cargo para cometer ou permitir o cometimento de crimes, sua retirada pelo afastamento certamente inibe e impede a ação criminosa. É muito importante destacar que em alguns casos não se mostra possível a suspensão da função pública. Á título de exemplo, podemos citar a suspensão dos direitos políticos que somente poderá ocorrer em caso de condenação criminal transitada em julgado, por questão de mandamento constitucional. Admite-se a suspensão parcial das funções nos casos permitidos. Ponto importante a ser tratado é a impossibilidade de suspensão da remuneração do funcionário público. De acordo com o abalizado professor Badaró (2020), não faz sentido a remuneração ser parcial ou totalmente suspensa, uma vez que o indivíduo se encontra sem condenação transitada em julgado e, obviamente, amparado pela

presunção de inocência, bem como não se encontra sem exercer suas funções por livre e espontânea vontade. Ademais, deve o juiz, ainda, estabelecer o prazo máximo de duração da medida.

Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi- imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

Primeiramente destaca-se o contexto necessário para a aplicação desta medida cautelar: Somente em casos de violência ou grave ameaça à pessoa. Da simples leitura do dispositivo legal, não se define contra quem deve incidir a violência ou grave ameaça, mas isso se encontra implícito, uma vez que somente pode ter como alvo as pessoas. Para que se proceda a internação provisória, necessário se faz a constatação da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade, que deverá ser realizada por perito. Não se pode cumular pena com medida de segurança. A pena é destinada aos imputáveis e a medida de segurança, no caso a internação provisória, aos inimputáveis e semi-imputáveis. Destaca-se, ainda, não bastar a simples constatação deste estado de saúde por parte dos peritos, devendo estar presente o risco de reiteração. Discussão existe acerca da constatação deste estado mental à época do crime ou de forma superveniente e nesse sentido, posiciona-se a melhor doutrina no sentido de que deve ser compreendido ambos os momentos, pois de acordo com BADARÓ (2020), havendo necessidade de impor medida privativa de liberdade em estado de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, não há sentido o recolhimento em local destinado a indivíduos imputáveis. Obviamente, nesse contexto, o local a ser destinado o indivíduo deverá ser hospital psiquiátrico ou estabelecimento que se mostre em condições de realizar o tratamento médico. Aqui, ainda, aplica-se a lógica do recolhimento noturno, no sentido de se admitir a incidência do instituto da detração penal, haja vista se tratar de privação da liberdade.

Fiança. Prevista “para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial”. Resta muito claro que a finalidade consiste em assegurar o comparecimento do acusado ao processo, o que lhe confere o caráter cautelar processual. A fiança, ainda, assegura a aplicação da lei penal na medida em que os valores arrecadados a seu título são convertidos para o pagamento de penas de multa ou pecuniária e também exerce uma espécie de “pressão” psicológica sobre o acusado para, em caso de condenação

transitada em julgado, compareça para cumprimento da pena (BADARÓ, 2020). Destaca-se que, muito embora amplamente utilizada em substituição à prisão preventiva, o que lhe confere caráter autônomo, a ausência dos requisitos do art. 312 do CPP não inadmitte que esta medida cautelar seja decretada (RHC 79203/RO).

Monitoração eletrônica. Instituída como medida cautelar alternativa pela Lei 12.403/2011, passou a integrar o artigo 319 do CPP, mas sem qualquer justificativa explícita acerca de sua finalidade, requisitos e forma de execução e duração (BADARÓ, 2020). No entanto, se analisarmos a grande abrangência da medida, uma vez que se digna a monitorar todos os passos do indiciado ou acusado, pode-se perceber que sua finalidade está ligada desde a garantia da ordem pública até a aplicação da lei penal, passando pela garantia da instrução criminal. Na doutrina processual penal há posicionamento no sentido de que a medida é extremamente invasiva e que seria até mesmo inconstitucional. Entretanto, é preciso considerar que nada é mais invasivo do que a prisão corporal. Ademais, a aplicação de monitoramento eletrônico em sede de execução penal encontra previsão nos artigos 146-B a 146-D da Lei de Execução Penal.

§4º do art. 319. Previsão legal acerca da aplicação da fiança cautelar nos termos dos artigos 321 a 350 (Capítulo V) de mesmo título do CPP. O §4º do artigo 319 prevê possibilidade de cumulação do disposto no inciso VIII com outras medidas de natureza cautelar. Ademais, nos casos de hipossuficiência do acusado, é de caráter robusto o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de substituição da fiança por outras medidas cautelares do rol do artigo 319.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Proibição de se ausentar do País. Caráter cautelar menos gravoso. Da simples leitura do dispositivo em comento, resta claro se destinar à proibição do indiciado/acusado deixar o território nacional. É importante perceber que, muito embora não esteja prevista no rol das medidas cautelares dispostas no art. 319, trata-se também de uma espécie de medida cautelar. Definitivamente, não há como discordar de que seja uma medida absolutamente menos gravosa do que qualquer

outra, uma vez que a limitação à locomoção se torna muito pequena. O indiciado/acusado pode se deslocar para onde quiser, salvo fora dos limites territoriais brasileiros. Importa destacar que sua inserção ao Código de Processo Penal fora realizada a partir da reforma, uma vez que a medida já vinha sendo imposta por alguns juízes sob a fundamentação do chamado poder geral de cautela, com o objetivo de evitar a fuga de determinados indivíduos, através da entrega do passaporte.

Necessária fundamentação idônea. Importa sempre perceber se a fundamentação quando da imposição da medida se mostra em razão de razoáveis indícios de fuga. Se presentes indícios concretos da fuga, não há que se falem constrangimento ilegal. Não se pode admitir presunções e conjecturas. Aliás esse é o entendimento esposado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (HC 103.394/RN e HC 85.495/SP). Logo, a fundamentação judicial deve deixar extreme de dúvidas a existência de indícios razoáveis e de grande probabilidade de fuga do indivíduo.

Comunicação às autoridades fiscais. Além disso, para seu efetivo cumprimento, além do recolhimento do passaporte, deve-se comunicar às autoridades responsáveis pela fiscalização de fronteiras, sobretudo no caso do MERCOSUL, onde não se exige nada além do documento civil para o trânsito de pessoas, conforme aduzido por Badaró (2020).

Descumprimento. Não é necessário que se empreenda fuga para que se caracterize o descumprimento da medida cautelar. O juiz poderá substituí-la, cumulá-la com outra medida cautelar ou até mesmo decretar a prisão preventiva pelo simples fato de o indivíduo indiciado/acusado tentar emitir outro passaporte. Aqui sim se poderá valer da presunção de fuga. Aduz Badaró (2020) que o fato de o indiciado/acusado não entregar o passaporte no prazo estabelecido de 24 horas, após devidamente intimado da decretação da medida, também pode ser motivo para julgar descumprimento.

Entrega espontânea do passaporte. Importa destacar que o STF e o STJ possuem entendimento que a entrega espontânea do passaporte pelo indiciado/acusado serve como demonstrativo de interesse em colaborar com a justiça, impedindo assim a decretação da prisão cautelar (STF HC 93.134/SP). O raciocínio é óbvio: Se realizada a entrega espontaneamente, não há que se falar em qualquer interesse de fuga e, portanto, qualquer risco à aplicação da lei penal, à ordem pública e à instrução criminal, rechaçando-se qualquer dos requisitos existentes no art. 312 do CPP.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. “As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas”. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 113, p. 71-82, 2011. Disponível em <<http://badaroadvogados.com.br/set-de-2011-as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique; TORON, Alberto Zacharias; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Código de processo penal comentado**, São Paulo, 3. Ed. Ver., atual. E ampl: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus 426.526/RJ**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Rio de Janeiro, RJ. Data de Julgamento: 12/02/2019. Data de Publicação: 20/02/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678477891/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-426526-rj-2017-0307335-4>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 0247260-08.2018.3.00.0000 TO 2018/0247260-3**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF. Data de Julgamento: 12/02/2019. Data de Publicação: 20/02/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678480137/habeas-corpus-hc-470549-to-2018-0247260-3/inteiro-teor-678480149>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 11225 CE 1999/0102595-8**. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, DF. Data de Julgamento: 06/04/2000. Data de Publicação: 02.05.2000. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/356066/habeas-corpus-hc-11225-ce-1999-01-02595-8>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus n. 115038 CE 2019/0193133-9**. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Ceará, CE. Data de Julgamento: 01/10/2019. Data de Publicação: 16/10/2019. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859814939/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-115038-ce-2019-0193133-9/inteiro-teor-859814988?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus n. 79203/RO**. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF. Data de Julgamento: 28/11/2017. Data de Publicação: 12/12/2017. Disponível em: <<https://oabjuris.neoway.com.br/process/74590ee4689b60d25d8343ac0d0dc320d4f2fb3c7bb85b88832788980fdfe23?searchId=0d05ddf1-bfe8-4407-b6aa-d817238d58b3>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 380369 DF 2016/0312717-5**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF. Data do Julgamento: 19/09/2017. Data de Publicação: 27/09/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860793134/habeas-corpus-hc-380369-df-2016-0312717-5>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 103.394 RN**. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF. Data do Julgamento: 21/10/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2066637/habeas-corpus-hc-103394-rn-2008-0069772-2>. Acesso em 20 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 85.495 SP**. Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Brasília, DF. Data do Julgamento: 23/10/2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7935/habeas-corpus-hc-85495-sp-2007-0144734-5/inteiro-teor-100017274>. Acesso em 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus Coletivo n. 143.641 de 2018**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo, SP. Data de Julgamento: 20/02/2018. Data de Publicação: 23/04/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso: 13 jan. 2021. Acesso em 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.707 DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. Data do Julgamento: 04/04/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.707MCED004.pdf>. Acesso em 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 98.675 ES**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF. Data do Julgamento: 09/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601208>. Acesso em 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 147.303 AP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Data do Julgamento: 18/12/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14395133>. Acesso em 20 jan. 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere** – São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Outros autores: BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches e MACIEL, Silvio. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 170, jan. 2007.

LIMA, Daniel. **É possível aplicar a prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva?** Canal Ciências Criminais, 5 out. 2017. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/prisao-domiciliar-prisao-preventiva/>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

LIMA, Daniel; NETO, José Muniz. “**Você Sabe Quais são as Hipóteses de Cabimento da Prisão Domiciliar?**”. Canal Ciências Criminais, 17 mar. 2020. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/voce-sabe-quais-sao-as-hipoteses-de-cabimento-da-prisao-domiciliar/>>. Acesso em: 13/01/2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em <<https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. “**Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória segundo a Lei 12.403/11**”. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v.1, p.251-285, 2012. Disponível em <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/view/2/showToc>. Acesso em: 08 jan. 2021.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado.** 2020. Disponível em <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade de acordo com a Lei 12.403/2011.** 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SOUZA, Adriano Martins de. “**Considerações sobre as Medidas Cautelares Diversas da Prisão (capítulo V, artigo 319 do CPP)**”. International Center for Criminal Studies, Brasília, DF, 25 mar. 2019. Disponível em: <<http://iccs.com.br/consideracoes-sobre-medidas-cautelares-diversas-da-prisao-%E2%94%82-adriano-martins-de-souza/>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

CAPÍTULO VI – DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA

Rogério Luís Adolfo Cury¹
(arts. 321 ao 334)

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

I - (revogado).

II - (revogado).

Havendo uma prisão em flagrante delito, que cumpre com todos os ditames legais, materialmente e formalmente, o magistrado apenas poderá decretar a prisão preventiva, desde que presentes os requisitos autorizados, em especial a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, previstos no art. 312 do CPP.

Descartada a hipótese de decretação de prisão preventiva, mas havendo cautelaridade, utilizando de um critério de proporcionalidade e razoabilidade, o magistrado poderá decretar medidas cautelares pessoais diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP. Vale salientar que, ao aplicar cautelares pessoais diversas, deve ser obedecido o binômio necessidade/adequação para que haja a escolha da medida mais adequada ao caso, sob pena de incorrer em excesso. Ademais, as medidas em questão devem durar o mínimo possível e serem aplicadas em caráter estritamente excepcional, devendo ser revistas, com frequência, para que o instituto não seja banalizado, devendo seguir os parâmetros do art. 282 do CPP e o protocolo I da Resolução 213/2015 do CNJ.

2. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal aplicada ao tema.

¹ Advogado. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito. Conselheiro Secional da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (2019/2021). Vice-Presidente da Comissão Especial de Processo Penal da OAB/SP (2019/2021). Cursou Direito Penal e Direito Processual Penal Alemão, Europeu e Transcontinental na George August Universitat – Alemanha. Professor de Direito Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e da PUC-COGAE.

1) “(...) Em conclusão: a medida escolhida, **a prisão cautelar, se mostra excessiva para afastar o risco à ordem pública**, seja porque as acusações que pesam contra o recorrente **não envolvem violência ou grave ameaça** – seria supostamente integrante do núcleo logístico da organização criminosa, desviando combustível do local em que trabalhava –, seja porque ostenta **condições subjetivas favoráveis** – primário, família constituída e atividade lícita – que devem ser consideradas, quando **não demonstrada a imprescindibilidade da medida extrema**, como ocorre na espécie. Por outro lado, **o art. 321 do Código de Processo Penal** dispõe que, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. Ademais, nos termos do § 6º dispõe o art. 282, a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (...) **A prevalência dos critérios da necessidade e da adequação das cautelares pressupõe a proporcionalidade da medida frente a sua razão de ser.** (...)” (STJ, RHC n.º 106.110/GO, Quinta Turma, votação unânime, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 25/03/2019 – destacamos).

2) “(...). Nesse contexto, na miríade de cautelares previstas nos arts. 319, 320 e **321, todos do CPP**, a decretação ou a manutenção da segregação provisória se legitima, como **densificação do princípio da proibição de excesso**, apenas para aqueles casos em que as alternativas legais menos afritivas não se mostrarem idôneas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado. É essa a ideia da **subsidiariedade processual penal**, que permeia o **princípio da proporcionalidade**, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição do excesso): o juiz somente poderá decretar (ou manter) a medida mais radical quando não existirem outras menos gravosas ao direito de liberdade por meio das quais seja possível alcançar os mesmos fins colimados no art. 312 do CPP. A escolha comparativa, discricionariamente vinculada, sujeita-se ao disposto no inciso I do **art. 282 do CPP (adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado)**. Ademais, a **presunção de inocência** impõe o respeito ao **critério do “menor sacrifício necessário”**, dentro dos limites “indispensáveis a satisfazer as exigências cautelares do caso concreto” (TONINI, Paolo. Lineamenti di diritto processuale

penale. Milão: Giuffrè, 2016, p. 233). (...) Sopesadas tais razões, o risco da prática de novos crimes não é tão elevado a ponto de justificar a medida extrema se outras, menos invasivas, custosas e estigmatizantes podem, com igual idoneidade e suficiência, alcançar o mesmo objetivo de evitar a prática de novos crimes. (...)” (STJ, HC n.º 496.533/DF, Sexta Turma, por unanimidade, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 18/06/2019 – destacamos).

3) “Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Crimes previstos nos arts. 2º, § 4º, II, da Lei nº 12.850/13 e nos arts. 288, 317, caput e § 1º, 319, 321, todos do Código Penal. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Pretendida revogação da prisão ou da substituição por medidas cautelares diversas. Artigo 319 do Código de Processo Penal. Garantia da instrução processual e aplicação da lei penal. Fundamentos afastados pelo Superior Tribunal de Justiça no aresto questionado. Análise circunscrita à necessidade de manutenção da constrição sob a óptica da garantia da ordem pública. Insustentabilidade diante das atuais circunstâncias. Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostram suficientes para obviar o *periculum libertatis* reconhecido na espécie. Ordem concedida. Prejudicialidade do agravo regimental da Procuradoria-Geral da República. (...) 2. A imposição de qualquer medida cautelar pessoal, inclusive a prisão, reclama a **indicação dos pressupostos fáticos que autorizem a conclusão de que o imputado, em liberdade, criará riscos para os meios ou o resultado do processo**, pois, do contrário, estar-se-ia incorrendo em verdadeira antecipação de pena. 3. A prisão preventiva é a *ultima ratio*, a derradeira medida a que se deve recorrer, e **somente poderá ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes para a contenção do *periculum libertatis*** (art. 282, § 6º, CPP). 4. Não há como se ignorar a gravidade das condutas imputadas ao paciente que supostamente contribuiu, em um contexto de organização criminosa, para a inserção de alimentos sem fiscalização adequada no mercado. **Porém, por mais graves e reprováveis que sejam essas condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar**. Precedentes. (...). 8. Estando descaracterizada a necessidade da prisão do paciente em face da garantia da ordem pública, a imposição de medidas cautelares diversas da custódia mostra-se suficiente para mitigar o aventado risco que sua liberdade representaria à ordem pública, até porque, como já reconheceu esta Corte, as outras medidas cautelares previstas na lei processual podem

ser tão onerosas ao implicado quanto a própria prisão (v.g. HC n.º 121.089/AP, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 17/3/15). 9. Habeas corpus concedido para, uma vez ratificada a liminar deferida, substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem. 10. Prejudicialidade do agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República contra a decisão liminar proferida.” (STF, HC n.º , Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 07/11/2018)

4) “PRISÃO PREVENTIVA – IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação, considerado o princípio da não culpabilidade, é insuficiente, por si só, a levar à prisão provisória. PRISÃO PREVENTIVA – INSTRUÇÃO CRIMINAL. Descabe partir para a capacidade intuitiva, supondo, sem indicar dados concretos, o embaralhamento da instrução criminal.” (STF, HC n.º 133.207/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 07/08/2017; No mesmo sentido: STF, HC n.º 94.157/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28/03/2011 e STF, HC n.º 108.483/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, por unanimidade, DJe 16/11/2011).

3. **Observações.** O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.
Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, houve uma mudança de critérios para determinar-se qual autoridade terá atribuição/competência para a fixação de fiança. As penas privativas de liberdade de reclusão e detenção deixaram de ser utilizadas como parâmetro e o legislador passou a adotar a quantidade da pena privativa de liberdade para a fixação da fiança.

A autoridade policial, em casos de prisão em flagrante, poderá conceder fiança para os crimes com pena privativa de liberdade máxima em abstrato de até 4 (quatro) anos consideradas, inclusive, as causas de aumento e as qualificadoras aplicadas no caso. Evidente que, sendo caso de representação para a decretação de prisão temporária ou preventiva, fica descartada a fixação de fiança, como contracautela, que só deveria ser aplicada em caso de concessão de liberdade provisória.

Por sua vez, o magistrado concederá fiança, como contracautela, em casos de crime com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou nos casos em que a pena, não sendo superior a 4 (quatro) anos, a autoridade policial, não representando para a decretação da prisão temporária ou preventiva, permaneceu em silêncio quanto a fixação de fiança. Em situações tais, a depender do caso concreto, poderá haver abuso de autoridade por parte da autoridade policial.

O magistrado possui o prazo de até 48 (quarenta e oito) horas para decidir sobre a fiança, segundo dispõe o parágrafo único do art. 321 do CPP e, caso não decida nesse prazo, o flagrante se torna ilegal, devendo a prisão ser imediatamente relaxada, nos termos dos arts. 5º, LXV da CF e 310, I do CPP.

Observações.

Projeto n. 8.045/2010 (novo CPP). O legislador do projeto do novo Código de Processo Penal trouxe modificações sobre a matéria não prevendo limite da quantidade da pena privativa de liberdade, para a concessão de fiança, em se tratando de crimes punidos com pena de detenção ou prisão simples. Ademais, em se tratando de pena de reclusão, fixada em limite de até 5 (cinco) anos, desde que praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, a autoridade policial poderá conceder a fiança, vejamos:

Art. 568. A fiança será requerida ao juiz ou por ele concedida de ofício.

§ 1º Nos crimes punidos com detenção ou prisão simples, qualquer que seja o limite máximo da pena cominada, ou reclusão, com pena fixada em limite não superior a 5 (cinco) anos, exceto se praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, a fiança será concedida diretamente pelo delegado de polícia, logo após a lavratura do auto de prisão em flagrante.

§ 2º Sem prejuízo da imediata liberação do preso, a fiança concedida na forma do § 1º deste artigo será comunicada ao juiz competente, bem como os compromissos tomados em conformidade com o disposto no § 4º.

3. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região aplicada ao tema.

1) “(...) 1. A decisão judicial que homologa a fiança arbitrada pela autoridade policial deve demonstrar, à luz do que dispõe o art. 282 do CPP, a

necessária presença de exigência cautelar a justificar a medida. 2. A fiança arbitrada na espécie não é condizente com as diretrizes insculpidas no art. 326 do CPP, visto que o paciente não possuiria condições financeiras para arcar com o valor fixado. 3. Malgrado seja possível identificar que a aplicação da fiança seguiu os ditames do art. 282, I, do CPP, porque presentes os requisitos para imposição da medida cautelar, sob o fundamento de existência de registro criminal – "pelas certidões até então juntadas aos autos, [...] [com] distribuição de Ação Penal perante a 2ª Vara Criminal de Ponta Grossa, pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro" –, é razoável o pleito inicial formulado pelo paciente, visto que, aparentemente, ele não tem condições econômicas de recolher os R\$ 30.000,00 fixados pelas instâncias ordinárias. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar, desconstituir a exigência de que seja prestada a fiança determinada em desfavor do paciente, mantidas as demais cautelares já impostas." (STJ, HC n.º 450.640.483/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, DJe 01/10/2018 - destacamos).

2) "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR. SÚMULA 691 DO STF. SUPERAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. **SEGREGAÇÃO PELO NÃO PAGAMENTO DA FIANÇA ARBITRADA PELA AUTORIDADE POLICIAL.** ORDEM DE AFASTAMENTO DE CONTATO COM A VÍTIMA QUE BASTA PARA ASSEGURAR O RESULTADO DO PROCESSO. DESNECESSIDADE DA PRISÃO. (...) 3. Tendo o paciente declarado não ter condições financeiras de arcar com o valor arbitrado como fiança, ausentes os requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal, deverá ser colocado em liberdade, uma vez que não se justifica a manutenção da custódia cautelar exclusivamente pelo seu não pagamento (HC 308.307/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 04/02/2015). 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar deferida, conferir liberdade provisória ao paciente, dispensando-o do pagamento de fiança, salvo se por outro motivo estiver preso." (STJ, HC n.º 348.016/SP, Quinta turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães - Des. Fed. Convocado do TRF 5ª Região, DJe 28/03/2016).

3) "HABEAS CORPUS. PORTE. DISPARO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO MATERIAL. (...). 1. **Na hipótese de concurso material, deve-se levar**

em consideração a soma das penas máximas para a fixação de fiança por parte das autoridades policiais, se levado em consideração que este é o critério adotado para a definição da autoridade competente nos julgamentos de delitos de pequeno potencial ofensivo. (...)” (TJDFT, HC n.º 0016005-48.2011.8.07.0000, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJe 21/09/2011).

4) “PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 214-A E ART. 214-B DO ECA. **FIANÇA. PENA SUPERIOR A 04 ANOS. AUTORIDADE POLICIAL. INCOMPETÊNCIA. DEVOLUÇÃO.** (...) 1) Trata-se de apelação criminal intentada pela defesa de réu condenado pelo juízo da 24ª Vara Federal de Pernambuco pelo cometimento dos crimes previstos no art. 241-A e no art. 241-B do ECA à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, além de multa (...). 4) Preconiza o art. 322 do CPP que a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos em que a pena privativa de liberdade for inferior a 04 anos, o que não era o caso dos autos. Sendo superior, a competência seria da autoridade judicial (parágrafo único). **No caso em apreço, a fiança fora arbitrada de modo ilegal, posto que fora da alçada da autoridade policial, sendo de competência da autoridade judicial. Exatamente por esses motivos, o juízo de primeiro grau determinou a devolução do valor recolhido a título de fiança.** Do valor, todavia, deve ser procedido o abatimento das custas e multa processuais, como também destacou o juízo monocrático. (...)” (TRF5, Apelação Criminal n.º 0000919-45.2014.4.05.8302, 4ª Turma, Rel. Des. Convocado Cesar Arthur Cavalcanti de Carvalho, DJe 20/08/2015).

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV - (revogado);

V - (revogado).

No Brasil, atualmente poucos são os delitos que não admitem a fixação de fiança. Entendeu o legislador que não deve ser concedida fiança nos casos de crimes hediondos, os a eles assemelhados/equiparados (listados na Lei 8.72/1990), no crime

de racismo e nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

O destaque que deve ser dado aqui é o fato que, mesmo não cabendo fiança, admite-se a concessão de liberdade provisória, criando algo desproporcional, ou seja, para os crimes considerados menos graves que os listados acima, havendo capacidade econômica por parte do preso, haverá a fixação de fiança ao passo que para os mais graves não. Tudo isso foi gerado, pois houve uma modificação na lei dos crimes hediondos que não admitia a concessão de liberdade provisória para os crimes hediondos e aos equiparados, passando a admiti-la. Pois bem, ao que parece, inadmitir a fiança, mas admitir a concessão da liberdade provisória faz com que a matéria não tenha um efeito concreto, pois ninguém poderá permanecer preso em flagrante delito, além do prazo que o magistrado possui para analisar a concessão de fiança e/ou realização de audiência de custódia.

Observações

Projeto 8.045/2010 (novo CPP). O projeto do novo Código de Processo Penal não altera o rol dos crimes considerados inafiançáveis, prevendo: “Art. 569. São inafiançáveis os crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, os definidos em lei como hediondos e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado).

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

O art. 324 do CPP, de forma diversa do artigo que o antecede, também lista hipótese de inafiançabilidade, mas utiliza critérios diversos, pois não considera a natureza ou a espécie do crime cometido para impedir a concessão de fiança.

Aqui, o legislador afasta a possibilidade de fixação de fiança para aquele que, no mesmo processo, tiver quebrado fiança anteriormente concedida. Quebrar a fiança é

descumprir com as obrigações assumidas e perder o vínculo de confiança que a autoridade depositava no afiançado.

Também entende o legislador que não será concedida a fiança em caso de prisão civil ou militar. Atualmente no Brasil, só se admite prisão civil em casos de dívidas de alimentos e a concessão de fiança não seria adequada com tal situação. Assim como a prisão civil, a prisão militar, tem caráter de restabelecer a disciplina e a ordem, sendo que a aplicação da fiança exterminaria com o seu objetivo.

Por fim, incabível a fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312), tendo em vista que presentes os requisitos legais para a decretação da medida extrema, se torna incompatível a libertação do indivíduo.

Observações:

O projeto do novo Código de Processo Penal não altera o rol das situações passíveis de não concessão de fiança, prevendo:

Art. 570. Não será concedida fiança:

I – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva;

II – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, as obrigações a que se refere o art. 573;

III – em caso de prisão por mandado do juiz do cível ou de prisão disciplinar militar.

3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aplicada ao tema.

1) “A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.” **Súmula 697 STF**, DJ 13/10/2003 (Precedentes representativos da Súmula: STF, HC n.º 80.379/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/05/2001 e STF, HC n.º 70.856/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29/09/1995).

2) “Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art.

5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. **Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão ‘e liberdade provisória’, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.** 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.” (STF, RE n.º 1.308.925/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, **Repercussão geral, Tema 959**, DJe 19/09/2017 – destacamos; No mesmo sentido: STF, HC n.º 104.339/SP, Tribunal Pleno, voto Min. Rosa Weber, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06/12/2012).

2) “(...) Não se ignora que o crime de tráfico de drogas é grave e merece rigor do Poder Judiciário no que se refere ao seu enfrentamento. Entretanto, trata-se de paciente primário, menor relativo, que foi preso com quantidade de drogas que não se revela exorbitante (36,7g de cocaína), o que afasta, a princípio, a hipótese de seu envolvimento com atividades ilícitas ou organização criminosa. Ademais, sobrevindo uma futura condenação, o prognóstico da pena e regime prisional em relação a ele, por conta da sua primariedade, menoridade relativa, e da quantidade de drogas apreendida, será favorável. Assim, como analisado em sede liminar, a manutenção da prisão preventiva para o paciente se revela desproporcional. Ressalte-se que, após a edição da Lei n.º 12.403/2011, que alterou as medidas cautelares do Código de Processo Penal, o instituto da prisão preventiva tornou-se exceção, aplicável somente quando não for possível a aplicação de outra medida cautelar, nos termos do artigo 282, § 6º, do citado diploma legal. (...) **Ademais, em recente julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, prevaleceu o entendimento de que não devem ser aceitas decisões que fundamentam a prisão cautelar no reconhecimento de fatos que se subsumam ao próprio tipo penal.**

Assim, a gravidade em abstrato do crime não é suficiente para justificar, por si só, a decretação de prisão preventiva. Além disso, o sobredito julgado ressalta que a pequena quantidade de entorpecente é circunstância que minimiza eventual gravidade do delito e não constitui motivo idôneo a justificar a prisão cautelar (...) Posto isso, pelo meu voto, conheço do habeas corpus e concedo a ordem, para confirmar a liminar e assim revogar a prisão decretada em desfavor do paciente, substituindo-a pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.” (TJSP, HC n.º 2183955-39.2019.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, votação unânime, Rel. Des. Leme Garcia, DJe 20/09/2019 - destacamos. No mesmo sentido: TJSP, HC n.º 2059708-25.2015.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal,

Rel. Des. Newton Neves V.U., j. 16.06.2015; STF, HC n.º 121.181/SP - AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22/04/2014 e STF, HC n.º 144.716/SP, dec. mon. Min. Celso de Mello, DJe. 16/10/2017).

3) “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. (...) **AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA**(...) IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. **V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.** (...)” (STF, ADI n.º 3.112/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26/10/2007 - destacamos).

4) “(...) **os institutos da fiança — que é vedada na hipótese de crimes hediondos — e da liberdade provisória não se confundem.** A liberdade provisória, como gênero, pode apresentar-se sob a modalidade vinculada à fiança (liberdade provisória com fiança) ou de forma independente (liberdade provisória sem fiança). (...) **As duas espécies de liberdade provisória têm previsão no art. 5º, LXVI, da CR.** É o que parece suficiente para demonstrar que o instituto da fiança se não confunde com o da liberdade provisória, senão que é apenas requisito para a concessão de uma das espécies desta. (...) Tem-se, de um lado, a proibição constitucional da fiança e, de outro, a garantia da concessão de liberdade provisória. A questão é, portanto, de precisar o alcance de cada uma das determinações. (...) Diante disso, tenho que o inciso LXVI garante a liberdade, sem necessidade de prestação de fiança, quando ausentes requisitos legais autorizadores da prisão cautelar; e a proibição do inciso XLIII não abrange a liberdade provisória sem fiança. Ora, a edição da Lei 11.464/2007 eliminou a proibição de liberdade provisória, objeto da antiga redação da Lei dos Crimes Hediondos. (...). Diante da inexistência de proibição legal, deve-se observar agora o disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP, que permite ao juiz conceder liberdade provisória a réu preso em flagrante delito, quando verifique a não ocorrência

de nenhuma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.” (STF, HC n.º 99.043/PE - MC, Rel. Min. Cezar Peluso, dec. monocrática, DJe 04/06/2009).

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; .

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

Pretendeu o legislador fixar parâmetros para o valor da fiança utilizando basicamente dois critérios, quais sejam, crimes com pena máxima privativa de liberdade de até 4 (quatro) anos e acima de 4 (quatro) anos. Para tanto, estabeleceu o salário mínimo (vigente à época dos fatos) como base, prevendo:

- 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos.

- 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

Agindo assim, o legislador utilizou do salário mínimo, em quantidade variável, para estabelecer o valor da fiança e estabeleceu que, entre o valor mínimo e máximo, devem ser utilizados, como critérios, a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento (art. 326).

Entretanto, levando apenas em consideração a situação econômica do preso, a fiança poderá ser dispensada, reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços) ou aumentada

em até 1.000 (mil) vezes. Nessa última hipótese, a autoridade policial ou judiciária não deve fazer uma interpretação apenas literal da norma, sob pena de criar hipótese desproporcional entre a gravidade do crime e o valor da fiança. Por exemplo, um bilionário que resolve furtar um aparelho celular poderia ter fixada a fiança em quantidade e valor máximos, o que implicaria em um valor centena de vezes superior ao prejuízo causado à vítima pelo crime patrimonial.

Como tratado no art. 322 do CPP, a autoridade policial fixará fiança aos crimes com pena privativa de liberdade máxima de até 4 (quatro) anos e a autoridade judiciária aos crimes com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos. Aquela (autoridade policial) terá uma quantidade variável de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos e esta (autoridade judiciária) de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos.

O projeto do novo Código de Processo Penal traz pontuais alterações, quanto ao limite da pena privativa de liberdade a considerar a quantidade de salários mínimos, bem como na quantidade máxima de aumento, reduzindo significativamente para 100 (cem) vezes, prevendo:

Art. 572. O valor da fiança será fixado entre:

(não incorporado) (não incorporado) (não incorporado)

I – 1 (um) e 200 (duzentos) salários mínimos, nas infrações penais cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igualou superior a 8 (oito) anos;

II – 1 (um) e 100 (cem) salários mínimos, nas demais infrações penais.

(...)

§ 2º Se assim o recomendar a situação econômica do preso e a natureza do crime, a fiança poderá ser:

I – reduzida até o máximo de 2 (dois) terços;

II – aumentada, pelo juiz, em até 100 (cem) vezes.

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

Sem prejuízo das quantidades variáveis de valores previstos no artigo anterior, o legislador adotou outras hipóteses para que se determine o valor da fiança, quais sejam a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

Quanto a natureza da infração, a bem do princípio da legalidade, devem ser levadas em consideração as qualificadoras, as figuras privilegiadas e as majorantes e minorantes previstas no tipo penal. Por sua vez, quanto aos antecedentes devem ser analisados sob a ótica da jurisprudência dos tribunais superiores, é dizer, serão considerados maus antecedentes as condenações anteriores, com trânsito em julgado, não capazes de gerar a reincidência. A reincidência, obviamente também será considerada.

Observações

O projeto do novo Código de Processo Penal exclui as condições pessoais de fortuna, a vida pregressa e as circunstâncias indicativas da periculosidade do acusado, prevendo:

Art. 572 (...)

§ 1º Para determinar o valor da fiança, a autoridade considerará a natureza, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como a importância provável das custas processuais, até o final do julgamento.

3. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região aplicada ao tema.

1) “HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO CÂMBIO DESLIGO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. **FIANÇA. VALOR EXCESSIVO. IRRAZOABILIDADE.** ORDEM CONCEDIDA. 1. A superação da Súmula n. 691 do STF é permitida somente em casos excepcionais, nos quais a teratologia do ato apontado como coator é tão evidente que desperta o tirocínio do aplicador do direito, sem nenhuma margem de dúvida ou divergência de opiniões, sob pena de prejuízo ao poder de julgar organizado, à hierarquia dos graus de jurisdição e à competência deles. 2. Deferida a liminar, ante a manifesta irrazoabilidade do ato apontado como coator, persiste o interesse da parte no

julgamento de mérito do writ mesmo na hipótese de o Tribunal de origem julgar prejudicada a impetração originária. 3. **A fiança é importante medida cautelar para ser imposta a acusados, mediante critérios objetivos, de sorte a não se transformar tal instituto em espécie de medida assecuratória ou em um preço a ser pago para obtenção da liberdade.** 4. O Código de Processo Penal determina que, para a fixação da fiança, sejam levadas em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. 5. Ainda que o dinheiro sirva também ao pagamento da indenização do dano causado pelo ilícito (art. 336 do CPP), os critérios mencionados no art. 326 da lei adjetiva devem ser observados. 6. **Constatada a não observância dos parâmetros legais para o arbitramento da cautelar, impõem-se sua substituição ou redução.** 7. **A presunção de inocência implica a observância do critério do menor sacrifício necessário, segundo o qual a restrição a direitos do denunciado deve estar contida nos limites indispensáveis a satisfazer as exigências cautelares do caso concreto.** 8. Na denúncia, consta a narrativa de suposta evasão e lavagem de ativos em valor muito inferior àquele mencionado pelo Juiz. A defesa juntou documentos para evidenciar a incapacidade financeira do réu em arcar com o pagamento de valor elevado (aproximadamente R\$ 49,6 milhões) e, uma vez que ele é suspeito de atuar como doleiro, não se pode presumir que todo o valor que supostamente movimentou teria sido incorporado ao seu patrimônio. 9. Ordem concedida para, ratificada a liminar, substituir a fiança por medida cautelar diversa, nos termos do voto.” (STJ, HC n.º 476.465/RJ, Sexta Turma, por unanimidade, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 08/03/2019).

2) “HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. DELITO DE PROVOCAR INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA. ARTIGO 41 DA LEI 9.605/1998. **LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. DISPENSA.** ARTIGOS 325, § 1º, I, E 350, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM. (...). 2. O magistrado de primeiro grau decidiu fundamentadamente pela concessão de liberdade provisória com fiança (art. 310, III, do CPP), porquanto inexistentes os elementos concretos indicativos de fuga do paciente, de interferência indevida na

instrução processual ou de ameaça à ordem pública. 3. **Na dicção dos arts. 325 e 326 do Código de Processo Penal, a situação econômica do réu é o principal elemento a ser considerado no arbitramento do valor da fiança.** 4. **Diante da incapacidade econômica do paciente, aplicável a concessão de liberdade provisória com a dispensa do pagamento da fiança, “sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso”, nos termos do art. 325, § 1º, I, c/c art. 350, do Código de Processo Penal. Precedentes.** 5. Ordem de habeas corpus concedida para deferir o benefício da liberdade provisória com dispensa do pagamento de fiança e imediata expedição do competente alvará de soltura, ressalvada, se o caso, a imposição de medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, pelo Juízo de origem.” (STF, HC n.º 137.078/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 24/04/2017; No mesmo sentido: STF, HC n.º, Segunda Turma, Rel. Min Teori Zavascki, DJe 15/04/2014)

3) “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DOS ARTIGOS 171, §3º E 304, AMBOS DO CP. LIBERDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE EXONERAÇÃO DA FIANÇA. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO. MEDIDAS CAUTELARES DO ARTIGO 319 DO CPP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. - A autoridade apontada como coatora determinou a concessão de liberdade provisória ao paciente, mediante o pagamento de fiança e outras medidas cautelares. - O arbitramento da fiança deve ser feito em consonância à gravidade da infração, nos termos do art. 325, caput, do Código de Processo Penal. - O art. 326 do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece critérios objetivos e subjetivos para a fixação do valor da fiança. - Cabe à autoridade, no momento de fixação da fiança, observar os comandos trazidos nos dispositivos legais supratranscritos, a saber: natureza da infração, condições pessoais de fortuna e vida pregressa, circunstâncias indicativas de periculosidade e importância provável das custas do processo (art. 326 do CPP). - Caso a situação econômica do preso recomendar, a fiança poderá ser dispensada, na forma do art. 350 do CPP, ou reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços), conforme preveem os incisos I e II do § 1º do art. 325 desse Código. - Observa-se dos documentos que instruem o Writ, o paciente possui residência fixa, trouxe comprovante de residência, é primário, conforme certidões e folhas de antecedentes criminais juntadas aos autos e afirma estar desempregado. Consta, ainda, que é pai de família, tem uma filha menor de idade e sua companheira está grávida. - É possível

afirmar, em juízo de cognição sumária, que a fiança fixada pela autoridade impetrada não está adequada às circunstâncias do fato e às condições pessoais do paciente, o que, por sua vez, viola o disposto no art. 282, II, do CPP. - Possuindo o paciente condições para responder à ação penal em liberdade, mediante a fixação de medidas cautelares diversas da prisão, manter a fiança no patamar arbitrado é o mesmo que lhe negar a liberdade. Todavia, não é o caso de dispensar o seu pagamento, até pela quantia encontrada em sua posse, mas de reduzir o seu valor, com base no art. 326 do CPP. - Há que se considerar, contudo, que o crime em questão reveste-se de gravidade concreta, na medida em que põe em risco a segurança das Instituições Financeiras, com prejuízos sociais e econômicos incomensuráveis. - Considerando a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do paciente, bem como o grau de periculosidade, merece ser reduzido o valor da fiança para 3,33 salários mínimos (R\$ 3.326,66 - três mil trezentos e vinte e seis reais e sessenta e seis centavos), que correspondem ao mínimo possível (dez salários mínimos) reduzido em 2/3 (dois terços), sem prejuízo das demais medidas cautelares determinadas pelo juízo a quo. - Ordem parcialmente concedida.” (TRF3, HC n.º 5006233-39.2019.4.03.0000, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto Martin de Sanctis, e - DJF3 24/05/2019; No mesmo sentido: TRF3, HC n.º 5020800-12.2018.4.03.0000, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Nino Oliveira Toldo, e - DJF3 15/10/2018)

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Quando a fiança é tomada por termo (que deve ser objetivo e claro), o afiançado intimado fica obrigado a comparecer perante a autoridade policial (nos atos de inquérito) e perante a autoridade judiciária (durante a instrução criminal). O não comparecimento importará na quebra da fiança, pois *as obrigações são impostas no objetivo de facilitar o encontro do agente e o bom andamento da persecução penal, garantido que ele vai estar presente e será encontrado, sem obstáculos, quando necessário, além de fortalecer os laços de confiança entre infrator e autoridade, na expectativa de que a liberdade não seja o mote para a prática de novos delitos. Será*

lavrado um termo de fiança, sendo o agente devidamente compromissado (...). (TÁVORA e ALENCAR, 2011, p. 631/632)

Evidentemente, não poderá haver a quebra de fiança desde que o não comparecimento tenha ocorrido por justo motivo como, por exemplo, um caso de doença grave ou a morte de um filho devendo ser observado o devido processo legal para que haja a quebra, sob pena de nulidade da decisão.

Apenas o Poder Judiciário possui competência para determinar a quebra da fiança que sempre será *ocasionada pelo descumprimento injustificado das obrigações impostas ao afiançado* (TÁVORA e ALENCAR, 2011, p. 638).

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebra da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Além daquelas previstas no art. 327 do CPP, temos como obrigações assumidas pelo afiançado, temos a vedação de mudança de residência sem prévia autorização da autoridade judiciária. Aqui, não se trata de simples comunicação, mas sim permissão, sob pena de ser quebrada a fiança.

Por sua vez, bastará simples comunicação à autoridade processante quando, por mais de 8 (oito) dias, o acusado ausentar-se de sua residência. Nesse caso, não basta informar que se ausentará, devendo informar o endereço do local onde estará para que, necessitando, a autoridade, possa encontra-lo. Vale lembrar que o legislador não impediu que o acusado viaje ou que o magistrado autorize sua viagem.

A bem do exercício dos princípios do contraditório e ampla defesa, entendemos que a quebra da fiança apenas deveria ser decretada, após ouvido o acusado e o Ministério Público, pois a mudança de residência ou a viagem por período superior a 8 (oito) dias, pode ter ocorrido por justa causa ou situação excepcional como, por

exemplo, uma calamidade pública. Não observados os mencionados princípios constitucionais, temos que a decisão é nula.

2. Observações. O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 329. Nos juízos criminais e delegacias de polícia, haverá um livro especial, com termos de abertura e de encerramento, numerado e rubricado em todas as suas folhas pela autoridade, destinado especialmente aos termos de fiança. O termo será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade e por quem prestar a fiança, e dele extrair-se-á certidão para juntar-se aos autos.

Parágrafo único. O réu e quem prestar a fiança serão pelo escrivão notificados das obrigações e da sanção previstas nos arts. 327 e 328, o que constará dos autos.

O termo de fiança deve ser um documento elaborado de forma clara e objetiva, onde constarão todas as obrigações e sanções advindas do eventual descumprimento. Em verdade, o afiançado não pode ter dúvidas sobre suas obrigações para que, inadvertidamente, não dê causa à quebra da fiança, que é a sanção imposta pelo descumprimento injustificado das obrigações constantes no termo.

O termo deve ser claro e explícito quanto a todo o seu conteúdo, para que não ocorram equívocos que possam desaguar no descumprimento das medidas. (TÁVORA e ALENCAR, 2011, p. 632).

Desta feita, caso o termo não seja claro e explícito quanto a obrigação, gerando dúvidas sobre o seu cumprimento, o afiançado não poderá suportar a quebra da fiança, caso reste comprovado que fez uma interpretação equivocada.

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça aplicada ao tema.

1) “Habeas corpus. Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97). Prisão em flagrante. Fiança. Proibição de se ausentar por mais de oito dias de sua residência sem comunicar ao juízo o lugar em que poderá ser encontrado. Descumprimento. Não

ocorrência. Ausência de cientificação formal do paciente dessa obrigação por parte da autoridade policial. **Quebramento da fiança (art. 328, CPP)**. Descabimento. Imposição de nova fiança. Inadmissibilidade. Inteligência dos arts. 324, I, e 343 do Código de Processo Penal. Ausência de indicação dos pressupostos fáticos das supostas situações de perigo (art. 319, VIII, do Código de Processo Penal) geradas pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*). Ordem de habeas corpus concedida para o fim de cassar a decisão em que se julgou quebrada a fiança prestada na fase extrajudicial, revogando-se, ainda, a nova fiança imposta em juízo.” (STF, HC nº 138.567/SC, Segunda Turma, votação unânime, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14/03/2017).

2) “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. (1) SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA DE DOIS ANOS E OITO MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. **LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. QUEBRA MOTIVADA POR MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM COMUNICAÇÃO AO JUÍZO**. RESTABELECIMENTO DA LIBERDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. (2) FUGA DO PACIENTE. APELAÇÃO NÃO RECEBIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. 1. **De acordo com o art. 324 do Código e Processo Penal, após a quebra da fiança, é vedada a concessão de nova fiança. Entretanto, na hipótese de condenação por crime sem violência ou grave ameaça, à pena inferior a três anos de reclusão, em regime diferente do fechado, à luz do princípio da proporcionalidade, é plausível o restabelecimento da liberdade provisória, desde que haja apresentação, fornecimento de endereço e o compromisso de colaboração com a Justiça, nos moldes dos arts. 327 e ss. do Estatuto Processual Penal.** (...) 3. Ordem concedida para restabelecer ao paciente a liberdade provisória, condicionada a sua efetivação ao comparecimento ao Juízo de primeiro grau, no prazo de cinco dias, para comunicar seu novo endereço e renovar o compromisso de cumprir as obrigações insculpidas no art. 327 e ss. do Código de Processo Penal, sob pena de revogação; e, para determinar que, uma vez atendida a condição acima enunciada, seja processada a apelação do paciente.” (STJ, HC n.º 88.681/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 07/04/2008; Precedentes citados: STF HC n.º 86.527/SP, DJ 17/2/2006 e STJ, Pet n.º 4.688-RJ, DJ 18/12/2006; HC n.º 59.009/SP, DJ 3/9/2007; HC n.º 38.158/PR, DJ 2/5/2006 e HC n.º 35.997/SP, DJ 21/11/2005).

Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

§ 1º A avaliação de imóvel, ou de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade.

§ 2º Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus.

A fiança admite duas modalidades: por depósito e por hipoteca.

O depósito, na modalidade necessário, poderá ser feito em dinheiro, metais preciosos, pedras ou objetos.

Ao referir-se ao dinheiro, evidentemente a lei cogita de dinheiro corrente no país, podendo o dinheiro estrangeiro, se de origem legal, ser aceito como metal precioso. Permite-se, ainda, a caução de pedras, metais ou objetos “preciosos”(coisas de valor como antiguidades, obras de arte etc). (MIRABETE, 2006, p. 421).

Servem também como caução os títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar. Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus.

A fiança pode ser dada em hipoteca, cujos bens estão elencados no Código Civil (art. 1.473), *não havendo limitação do seu objeto (casa, terreno, navio etc.)* (MIRABETE, 2006, p. 42).

Vale ressaltar que a avaliação de imóvel, ou de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade.

Observações

O projeto no novo Código de Processo Penal traz nova redação excluindo pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou hipoteca inscrita em primeiro lugar do rol das hipóteses de depósito da fiança.

Art. 575. O pagamento será feito mediante depósito em conta bancária específica a ser informada pela autoridade, garantida a reposição das perdas inflacionárias. Efetuado o depósito, o comprovante deverá ser juntado aos autos do procedimento.

Parágrafo único. Quando, por qualquer motivo, o depósito não puder ser realizado de imediato, o valor será entregue pessoalmente à autoridade, que o encaminhará, tão logo seja possível, à conta de que trata o caput deste artigo, tudo devendo constar do termo de fiança.

Art. 331. O valor em que consistir a fiança será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, juntando-se aos autos os respectivos conhecimentos.

Parágrafo único. Nos lugares em que o depósito não se puder fazer de pronto, o valor será entregue ao escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade, e dentro de três dias dar-se-á ao valor o destino que lhe assina este artigo, o que tudo constará do termo de fiança.

Prestado em espécie, o valor da fiança, será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, juntando-se aos autos os respectivos conhecimentos. Por sua vez, nos lugares em que o depósito não se puder fazer de pronto, o valor será entregue ao escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade, e dentro de três dias será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, e tudo constará do termo de fiança.

Se o valor é prestado em dinheiro, este será recolhido em instituição financeira oficial, em conta vinculada à autoridade, com incidência de juros e correção monetária, juntando-se comprovação do depósito aos autos. Se em feriados ou finais de semana, quando não há expediente bancário, o montante deve ser entregue ao escrivão, e dentro de três dias será encaminhado à respectiva conta, ficando tudo formalizado no termo de fiança (art. 331, caput, e parágrafo único, CPP). (TÁVORA e ALENCAR, 2011, p. 630).

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 332. Em caso de prisão em flagrante, será competente para conceder a fiança a autoridade que presidir ao respectivo auto, e, em caso de prisão por mandado, o juiz que o houver expedido, ou a autoridade judiciária ou policial a quem tiver sido requisitada a prisão.

Em caso de prisão em flagrante, terá atribuição para conceder fiança a mesma autoridade de polícia judiciária que lavrar o auto de prisão. Aqui, a fiança será concedida como contracautela, é dizer, como condição para que haja a concessão da liberdade provisória. Segundo o saudoso Mirabete *a fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória: se o acusado está preso, é solto; se está em liberdade, mas acusado de custódia, a prisão não se efetua. É uma contracautela à prisão provisória, pois a substitui (...)*. (MIRABETE, 2006, p. 421).

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.

Quando concedida e fixada a fiança pela autoridade policial, em caso de prisão em flagrante, entendeu por bem o legislador dispensar a necessidade da manifestação do Ministério Público, para que não haja nenhum prejuízo à liberdade do cidadão e a libertação ocorra com maior brevidade. Contudo, o ato não passará ao largo do *Parquet*, fiscal externo da atividade policial, terá vista dos autos para a garantia que a legalidade foi devidamente observada.

Observações

Projeto 8.045/2010 (novo CPP). Aqui, o projeto do novo Código de Processo Penal mantém a redação existente, não trazendo qualquer alteração ao dispositivo, vejamos:

Art. 576. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.

Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

A fiança poderá ser fixada e paga desde a investigação até antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória. Não poderá ser prestada a fiança após o trânsito em julgado, tendo em vista que terá perdido o seu objeto e seu efeito, mesmo porque, a fiança prestada antes de transitar em julgado, poderá ser utilizada para fins de pagamento de indenização pelos danos causados pelo delito ou para o cumprimento da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária ou até mesmo da pena de multa.

Observações

O projeto do novo Código de Processo Penal não altera a finalidade do artigo, prevendo que:

Art. 571. A fiança poderá ser prestada em qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada ao tema.

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENA JULGADO PREJUDICADO PELA SUPERVENIÊNCIA DE RESTABELECIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. DIREITO DO PACIENTE À ANÁLISE DE MÉRITO DO REQUERIMENTO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PENDENTE DE DECISÃO NA INSTÂNCIA A QUO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA PARA O EXAME DO PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENA INDEPENDENTEMENTE DO RECOLHIMENTO DO PACIENTE AO CÁRCERE.

- Se o requisito temporal para a concessão da comutação de pena é cumprido, em tese, antes da data em que a fiança foi restabelecida, haverá constrangimento ilegal se a autoridade deixar de manifestar-se, positiva ou negativamente, quanto ao mérito da postulação. - O fato de estar o Paciente em liberdade provisória não é motivo para não conhecer do pedido de comutação de pena, condicionando a análise da postulação ao futuro recolhimento do condenado ao cárcere, ou seja, para depois do trânsito em julgado da pena que vinha sendo provisoriamente executada. (...)” (STJ, HC n.º 42.710/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 03/10/2005).

Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

A autoridade policial, nos crimes afiançáveis com pena máxima privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, deverá fixar fiança, desde que entenda não se tratar de caso representação para a decretação de prisão preventiva, prisão temporária ou medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Ademais, a autoridade policial deverá fixar ou recusar a fixação da fiança imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, sob pena de, analisando o caso concreto, poder incorrer em abuso de autoridade.

De toda forma, caso a autoridade policial se recuse ou retarde a concessão de fiança o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Observações

Projeto 8.045/2010 (novo CPP). No ponto, o projeto não altera a redação da matéria, estabelecendo que:

Art. 568 (...).

§ 3o Recusando ou demorando o delegado de polícia a conceder a fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 24 (vinte e quatro) horas.

REFERÊNCIAS

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**, 18ª ed. - São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 6ª ed. - Salvador, Ed JusPodium, 2011.

CAPÍTULO VI – DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA (continuação)

Ricardo Toledo Santos Filho¹
(arts. 336 ao 350)

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

1. Comentários ao caput

O valor pago em dinheiro pelo acusado, a título de fiança, no início da persecução penal, fica depositado em Juízo, nele incidindo, evidentemente, as correções monetárias. O mesmo sucede com os objetos ofertados para essa finalidade, que poderão ser quadros, joias, veículos e quaisquer pertencentes que possuam relevância econômica. A retenção perdura durante todo o desenrolar da ação penal. Ao final, em sendo proclamada a absolvição do acusado, incidirá a regra do artigo 337 do CPP. Em sendo, no entanto, condenado o réu, o valor pago, como fiança, deixa de possuir natureza acautelatória, para ter destinação diversa, notadamente para o pagamento das custas processuais, da indenização do dano, da prestação pecuniária ou da multa.

É recorrente a possibilidade do juiz aplicar, na sentença, pena de multa cumulativa com a privativa de liberdade (que pode ser convertida em restritiva de direito, desde que presentes os requisitos legais). Nesses casos, o valor da multa cominada na sentença poderá ser deduzido do montante ofertado pelo acusado a título de fiança.

Além dessa compensação, no que toca à pena de multa, poderá também o valor da fiança atualizado se prestar a cobrir outras exigências de natureza econômica, tais como pagamento de custas, indenização do dano e prestação pecuniária.

¹ Advogado. Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Processo Penal (2003/2010) Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (2019/2021)

A prestação pecuniária pode ter como destinatário a própria vítima, seus familiares ou, então, entidade beneficiária, indicada pelo Juízo. Se o valor da fiança for inferior ao montante da pena de multa e/ou da prestação pecuniária, poderá o condenado requerer o pagamento apenas da diferença faltante. Embora não esteja expresso no atual Código, parece claro que se eventualmente o total da fiança for superior aos equivalentes à sanção pecuniária e ao quantum da prestação pecuniária, estabelecidos na decisão condenatória, o excedente deverá ser restituído ao condenado.

2. Observações ao caput.

O Projeto de Lei nº 8045/2010, que trata da reforma do Código de Processo Penal, cuida da questão em seu artigo 579, que assim dispõe: “Sobrevindo condenação definitiva, o valor prestado como fiança servirá ao pagamento das custas processuais, da indenização civil pelos danos materiais e morais causados pelo crime e da pena de multa eventualmente aplicada, nessa ordem. Parágrafo único. Se, ainda assim, houver saldo remanescente, o valor será devolvido a quem tenha prestado fiança.”

Destaca-se, aqui, a inclusão de duas salutaras inovações. A primeira deles diz respeito à fixação, normativa, da sequência cronológica dos destinatários do valor da fiança, priorizando-se a indenização civil, em benefício da vítima, em comparação com o Estado (recebedor da multa). Em segundo lugar, disciplina explicitamente a possibilidade de devolução de parte da fiança, mesmo em caso de condenação, na hipótese de ser superior aos valores econômicos impostos na sentença.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

3. Comentários ao parágrafo único.

Inserido no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403, de 2011, esse dispositivo prevê a possibilidade da utilização do valor da fiança, para suportar as custas processuais, a multa e a prestação pecuniária, mesmo na hipótese da consumação da prescrição da pretensão executória.

A prescrição se decompõe de duas formas: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Em breve síntese, a primeira se consuma antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, ao passo que a segunda se instrumentaliza

no decorrer da execução da pena, ou seja, após a sentença condenatória não mais passível de alteração.

Adotou o legislador a opção de fazer uso do valor da fiança, mesmo no caso em que se verificou a prescrição da pretensão executória. Ou seja, ao final da ação penal e de seus recursos, prevaleceu a decisão que reconheceu a culpabilidade do agente. No entanto, sua execução restou infrutífera, resultando no decorrer do tempo, sem o efetivo cumprimento da pena, o que dá margem à caracterização da prescrição da pretensão executória. Mesmo nessa hipótese, ainda que não satisfeita a pena principal infligida, mesmo assim a norma impõe a exigência da utilização da fiança para as finalidades econômicas elencadas no caput do artigo.

4. Observações ao parágrafo único.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, deixando claro que, de forma coerente, não sendo possível o cumprimento da pena principal, não o será, também, o acessório, de modo que não será executável a transferência dos valores pagos à título de fiança, em qualquer espécie de consumação de prescrição, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória.

Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

1. Comentários.

Como já esclarecido no artigo anterior, ao término da ação penal, não havendo condenação do agente a fiança será restituída. Assim, no caso de absolvição ou de extinção da punibilidade por qualquer das causas previstas no artigo 107 do Código Penal, o valor pago como fiança, devidamente atualizado, será devolvido a quem tenha prestado a caução.

A norma aponta que o valor deverá ser devolvido sem desconto e devidamente atualizado. Em regra, os juízes criminais, nos casos de arquivamento do inquérito, têm adotado o índice oficial do Tribunal de Justiça para efeito de se calcular o valor corrigido monetariamente, a despeito de haver posição, no Superior Tribunal de

Justiça, no sentido de que o valor exato atualizado monetariamente deve ser auferido em ação própria (STJ – AREsp nº 1.425.423/RS).

2. Jurisprudência

2.1. Julgados

Fiança. Correção monetária. Aplicação das taxas SELIC e IPCA. Aplicação da Súmula 211/STJ. Devolução corrigida. Artigo 337 do CPP.

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FIANÇA. DEVOLUÇÃO. FORMA DE ATUALIZAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DAS TAXAS SELIC E IPCA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA N. 211/STJ. 1. A Corte de origem não apreciou o pleito de aplicação das taxas SELIC e IPCA para o fim de atualizar os valores pagos pelo agravante a título de fiança em processo penal em que foi absolvido, tendo se restringido a decidir que caberia ao Juízo cível definir qual o melhor índice de correção. (...) Assim dispõe o art. 337 do CPP: (...) O referido dispositivo impõe que o valor da fiança seja restituído ao acusado que tiver sido absolvido, com atualização. Porém, não cita o referido artigo, especificamente, a forma de se atualizar o valor, tampouco fixa a competência do juiz criminal para decidir acerca de pormenores da correção monetária. (...) Logo, conclui-se que não procede a alegação do recorrente de que cabe ao juízo criminal decidir sobre atualização monetária, pois não é esse o teor do art. 337 do CPP, invocado como fundamento para sua pretensão. Esse dispositivo apenas determina que o valor seja devolvido ao acusado absolvido, com atualização, o que de fato ocorreu. Colho o ensejo para mencionar, na sequência, duas ações cíveis, que tiveram curso neste tribunal, ambas versando acerca do tema de fixação de critérios para correção monetária de valores que estiveram vinculados a ações penais, mediante depósito em conta na Caixa Econômica Federal, as quais dão o indicativo de que a irresignação da parte quanto aos critérios de correção dos valores vinculados ao processo penal, deve ser exercido em ação própria. (...) ” (STJ, AREsp n.º 1.425.423/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 03/06/2019).

3. Observações.

O Projeto do novo CPP praticamente repete a essência do atual dispositivo legal. Eis o teor do artigo 580 do PL 8045/2010: “Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado a sentença que houver absolvido o réu ou declarado extinta a punibilidade, o valor será integralmente restituído àquele que prestou fiança, com a devida atualização”.

Art. 338. A fiança que se reconheça não ser cabível na espécie será cassada em qualquer fase do processo.

1. Comentários.

A fiança, prestada cautelarmente, pode ser revista a posterior, a qualquer tempo. O cabimento ou não da fiança refere-se à possibilidade de reanálise do exame acerca da adequação de sua aplicação. Isso porque seria possível constatar, posteriormente, que a autoridade concedeu fiança em determinada hipótese não prevista na lei. Ou seja, seria possível se detectar equívoco em sua concessão, até mesmo em razão de superveniente modificação da classificação jurídica atribuída aos fatos.

O desacerto na concessão da fiança, por qualquer circunstância, não pode ser debitado ao agente que a prestou, uma vez que verificou-se a modificação por parte do agente público que a estipulou. Desse forma, em sendo cassada a fiança, vale dizer, em sendo considerada sem efeito, o valor deve necessariamente ser restituída a quem o prestou.

Embora o dispositivo não distinga quem poderia ser o autor da revisão, parece claro que essa medida só pode ser adotada por autoridade judiciária, mediante decisão fundamentada, conforme exigência constitucional. Da mesma forma, ainda que se reconheça o descabimento da fiança em determinada situação concreta, a decisão de cassação não poderá causar prejuízo ao agente, posto em liberdade por força do pagamento da fiança, admitida à época da concessão. Assim, eventual equívoco no reconhecimento superveniente de sua inaplicabilidade não pode, automaticamente, resultar na revogação da liberdade provisória concedida mediante o pagamento anterior da fiança. Seria necessário, aqui, novo pleito de prisão preventiva, desde que presentes os requisitos legais. Isso porque o instituto da cassação da fiança não se confunde com as situações que caracterizem quebra de fiança, que é modalidade diversa.

Não havendo restrição por parte do preceito legal, qualquer instância ou Tribunal, inclusive STJ e STF, terão legitimidade para reconhecer a insubsistência da cominação da fiança.

2. Jurisprudência

2.1. Julgados

Réu estrangeiro. Comparecimento dos acusados em Juízo. Concessão de fiança. Forma de vinculação dos acusados com o processo. Cumprimento da pena no estrangeiro.

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (I) HOMICÍDIO QUALIFICADO. RÉUS ESTRANGEIROS, RESIDINDO NA FRANÇA. ELE PRESO NO PAÍS DE ORIGEM; ELA DOENTE E INAPTA A VOAR DE AVIÃO. (II) INCAPACIDADE DA CORRÉ NÃO SUBMETIDA AO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (III) DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO ART. 319, VIII, DO CPP. FORMA DE MANTÊ-LOS VINCULADOS AO PROCESSO, AO ALCANCE DA JUSTIÇA BRASILEIRA. INCABÍVEL. CRIME INAFIANÇÁVEL. (IV) COMPARECIMENTO DOS ACUSADOS AO JUÍZO PROCESSANTE ANUALMENTE. CAUTELA DESNECESSÁRIA. (V) PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA EM RELAÇÃO AOS RÉUS. PRAZO PRESCRICIONAL OBSTADO, QUANTO AO RECORRENTE VARÃO, ATÉ O CUMPRIMENTO DA PENA NO ESTRANGEIRO. (VI) RECOLHIMENTO DO VALOR RECOLHIDO A TÍTULO DE FIANÇA EM FAVOR DOS RECORRENTES. ARTS. 337 E 338 DO CPP. (VII) RECURSO PROVIDO. (...) 2. Embora o crime de homicídio qualificado não comporte o cabimento de fiança, diante do fato de os réus serem estrangeiros, morarem na França - um cumprindo pena em regime fechado e outra com problema de saúde que a impossibilitaria de viajar ao Brasil -, foi determinado, liminarmente, o cumprimento de caução pecuniária, como garantia de vinculação dos acusados ao alcance da jurisdição brasileira, ainda que de forma excepcional. 3. No entanto, no julgamento do mérito do reclamo, após uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos e após o aferimento acerca do constrangimento ilegal invocado, a fiança deve ser cassada, nos ditames do art. 338 do Código de Processo Penal. (...) 7. Recurso ordinário em habeas corpus a que se dá provimento, para cassar a fiança liminarmente decretada (art. 338 do CPP); para excluir a ordem de que os recorrentes compareçam anualmente ao Juízo singular exigida pela Corte local; para determinar que a ação penal originária prossiga em relação aos recorrentes, inclusive para que, caso pronunciados, sejam submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, ficando o prazo prescricional, quanto ao corréu, obstado até o cumprimento da pena no estrangeiro (art. 116, II, do CPP); e para determinar que o valor recolhido em cumprimento à decisão liminar seja devolvido aos recorrentes (arts. 337 e 338 do CPP).” (STJ, RHC n.º 62.663/PR, Sexta turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Dje 01/08/2016).

3. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 339. Será também cassada a fiança quando reconhecida a existência de delito inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito.

1. Comentários.

Outra forma de cassação da fiança prestada ocorre com a modificação da classificação jurídica, que pode sofrer variações no decorrer da persecução criminal. Por exemplo, a autoridade policial pode estabelecer uma determinada situação no ato flagrantial, porém, ao final das investigações, poderá o Ministério Público, no momento do oferecimento da denúncia, atribuir imputação jurídica diversa.

O mesmo sucede após a instrução criminal, quando o magistrado, ao prolatar a sentença, entender pela modificação do enquadramento jurídico indicado na denúncia, nos termos dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.

As novas definições sobre a tipicidade, isto é, sobre a classificação jurídica podem sofrer, então, significativa modificação, transformando o delito imputado, então afiançável, em inafiançável. Em se tornando mais gravosa a situação jurídico penal para o acusado, será cassada a fiança, porque passou a ser descabida, situação que renderá ensejo ao Ministério Público postular a decretação da prisão, desde que presentes os demais requisitos normativos.

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 340. Será exigido o reforço da fiança:

I - quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente;

II - quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas;

III - quando for inovada a classificação do delito.

Parágrafo único. A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada.

1. Comentários.

A legislação prevê também a possibilidade de reforço da fiança, ou seja, exigir que o suspeito ou acusado faça nova consignação. O artigo 340 enumera, taxativamente, as hipóteses permissivas.

A primeira delas se dá quando a autoridade, que pode não ser a mesma que estabeleceu a fiança originariamente, ao dispor de mais informações, percebe que o valor fixado não se mostra suficiente para manter a cautelaridade. A inserção do vocábulo “engano”, aqui, torna a definição da exigência altamente subjetiva, o que pode se mostrar temerária, pois sempre estará o investigado, ou acusado, sob ameaça de ter, contra si, imposta nova exigência de garantia. Ideal seria que esse preceito fosse revogado, por conta de seu grau de insegurança jurídica.

Outra situação contemplada pelo dispositivo para complemento da fiança ocorre na hipótese de depreciação material ou perecimento dos bens, hipotecados ou caucionados, além da depreciação natural dos metais e pedras preciosas dados como garantia. Para essa constatação depreciativa, indispensável a realização de perícia.

A terceira e última hipótese de reforço da fiança se verifica quando houver a modificação do enquadramento jurídico. Embora a lei não faça nenhuma outra colocação nesse sentido, é certo que a inovação deve ser mais gravosa, pois não teria sentido exigir-se reforço da garantia real em situação mais branda, em prol do agente. Nesse caso, em sendo estabelecido um valor para determinada infração penal, que venha a ser agravada posteriormente, permite o dispositivo a possibilidade da autoridade exigir suplementação, sob pena de decretação da prisão do réu, tal como estipulado pelo respectivo parágrafo único.

2. Jurisprudência

2.1. Julgados.

Contrabando. Concessão de fiança. Novo fato delituoso superveniente. Reforço da fiança. Artigo 340, III, do CPP.

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. FIANÇA. FATO CONSUMADO. RESTABELECIMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Paciente presa em flagrante na posse de mercadoria proibida (cigarros), que obteve liberdade provisória após o pagamento de fiança arbitrada pela autoridade policial, decisão que foi ratificada em Juízo, em plantão, com ciência prévia do MPF e DPU. 2. Crime de contrabando, e não

descaminho, que justifica a decisão impugnada no que tange à correção da capitulação legal do delito, e, embora a pena do art. 334-A do Código Penal não autorize o arbitramento de fiança pela autoridade policial (CPP, art. 322), trata-se de fato consumado nos autos. 3. Antes de julgar cessada a fiança, com restabelecimento da prisão em flagrante da paciente, melhor seria que o Juízo de origem tivesse observado o disposto no art. 340, III, do CPP, determinando seu reforço ou julgando cabível, de modo fundamentado, a prisão preventiva da paciente (CPP, art. 312 e 313, I), em conformidade com o disposto no art. 310 do CPP. 4. Necessidade de suspensão do cumprimento do mandado de prisão expedido em face da paciente, assegurando-lhe liberdade provisória até que o do juízo de origem se pronuncie reiterando a fiança arbitrada, determinando-lhe seu reforço ou decretando sua prisão preventiva. 5. Ordem concedida.” (TRF3, HC n.º 0002295-29.2016.4.03.0000, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, e-DJF3 29/08/2016).

3. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

- I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
- II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
- IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;
- V - praticar nova infração penal dolosa.

1. Comentários.

A fiança é uma garantia prestada pelo investigado ou pelo réu que lhe assegura responder em liberdade o desenrolar do inquérito policial e/ou da ação penal. Ao lado de sua concessão, são impostas algumas outras obrigações, descritas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal. Podem, no entanto, ocorrer situações posteriores ao estabelecimento da fiança capazes de anular a fiança concedida, abrindo-se a possibilidade de nova decretação de prisão.

Essas situações vêm descritas no artigo 341 do CPP e são taxativas. A primeira hipótese normativa se dá quando o agente, devidamente intimado, deixa de comparecer a qualquer ato processual, sem nenhuma justificação.

Com efeito, o réu tem a obrigação de se fazer presente em todos os atos processuais, notadamente as audiências para inquirição de testemunhas (de acusação e de defesa), além do próprio ato do interrogatório.

Quando não for possível o comparecimento, ou mesmo de difícil atendimento, quando, por exemplo, se designa audiência em outra comarca, para ouvir testemunha lá residente, para que não haja risco de quebra da fiança, deve o acusado formular justificativa de ausência ou, até mesmo e previamente, requerer a dispensa do ato processual que se dará.

A segunda hipótese prevista na lei – inovação trazida por modificação legal em 2011 – se hospeda nos casos em que o agente, espontaneamente, perpetra ato atentatório à marcha processual regular, de que é exemplo a indicação de testemunha inexistente ou destruição de prova documental, além das demais ocorrências que, de qualquer forma, prejudiquem o andamento da ação penal.

Também entendeu o legislador em considerar como cancelada a fiança se o afiançado deixar de cumprir qualquer uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP. Essas medidas diversas da prisão asseguram a liberdade ao acusado e, muitas vezes, são aplicadas cumulativamente com o arbitramento de fiança.

Caso elas venham a ser descumpridas pelo agente, como, por exemplo, nas hipóteses de violar a obrigação de não manter contato com determinadas pessoas, deixar de comparecer em Juízo nas datas estipuladas, ausentar-se da comarca sem prévia autorização, dentre outras, abre-se, tecnicamente, a possibilidade do pedido de quebra da fiança pelo Ministério Público.

Outra inovação trazida pela legislação de 2011 está no fato da perda da fiança se o agente resistir injustificadamente a ordem judicial, que pode acontecer, por exemplo, quando a autoridade judiciária determina que o réu realize exame grafotécnico, para fim de apuração material da infração, sem o devido atendimento.

Por fim, a última hipótese prevista na lei situa-se na prática de nova infração penal dolosa. A expressão “dolosa” veio de ser acertadamente introduzida pela reforma processual de 2011, quando expressamente fez distinção entre a conduta dolosa e a culposa. A partir dessa modificação, excluiu-se a possibilidade de quebra de fiança por crime culposos. Por se tratar de “infração penal”, passíveis de cogitação as situações

que envolvem a prática de crime e também de contravenção penal. Ainda, o dispositivo não exige a prolação de sentença condenatória definitiva, já que faz referência apenas ao vocábulo “prática”, a denotar que a realização de ato criminoso, ainda não sentenciado em definitivo, permitiria a possibilidade da decretação de quebra da garantia real.

A decisão de quebra de fiança deve ser proferida, necessariamente, apenas por autoridade judiciária, observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, até para que se possa permitir eventual esclarecimento por parte do afiançado, bem como o da indispensabilidade da motivação judicial.

Importante lembrar que, da decisão que decreta a perda (quebra) da garantia real, o agente pode manejar recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inciso VII, do CPP.

2. Jurisprudência

2.1 Julgados

Contrabando. Agente que volta a ser preso pela mesma infração. Quebra da fiança. Nova fiança determinada em patamar superior.

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA E MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, II, DO CÓDIGO PENAL. AGENTE QUE TORNA A SER PRESO EM FLAGRANTE POR SUPOSTO CONTRABANDO. QUEBRA DA FIANÇA NOS AUTOS DO PRIMEIRO PROCESSO. FIANÇA ARBITRADA NOS AUTOS DESTE PROCESSO, EM PATAMAR SUPERIOR. SUPOSTA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE FINANCEIRA. ANÁLISE QUE DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CUSTEIO DAS DESPESAS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO PELO RÉU. ILEGITIMIDADE. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O ora recorrente foi preso em flagrante porque, supostamente, em concurso com outro agente, estaria transportando 7 caixas de cigarros de origem estrangeira e de comercialização proibida neste país, incorrendo no tipo do art. 334-A, § 1º, II, do Código Penal. Sua prisão preventiva foi decretada ao fundamento de que as medidas cautelares impostas anteriormente, em outro processo, não foram suficientes para dissuadi-lo da reiteração delituosa. 2. A segunda instância substituiu a prisão preventiva por medidas cautelares diversas, dentre as quais uma nova fiança, em valor maior do que a que se viu arbitrada, e quebrada, no outro processo, e determinou que o então paciente custeasse o seu monitoramento por tornozeleira eletrônica. (...) 4. Tendo em vista o intervalo de poucos dias entre os dois supostos

delitos, a quebra da fiança que fora arbitrada no primeiro processo e as condições pessoais do recorrente, que não são favoráveis, mostra-se plenamente justificada a adoção de maiores cautelas para a revogação da custódia preventiva, afigurando-se razoável a fixação da fiança em patamar superior ao da que se provou insuficiente. 5. A fiança de R\$ 3.123,00 fixada nos outros autos foi paga, e não pode ser considerada desproporcional a fiança arbitrada nestes autos em dez salários mínimos, sem que se investigue a fundo o acervo fático-probatório da causa. 6. Impõe-se afastar a determinação de que o réu custeie o seu próprio monitoramento por tornozeleira eletrônica, seja porque não existe previsão legal nesse sentido, seja porque não parece razoável impor ao réu, que sequer foi condenado, a obrigação de custear uma medida que se opõe à sua liberdade. 7. Recurso em habeas corpus parcialmente provido, nos termos do parecer ministerial.” (STJ, RHC n.º 92.238/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 21/02/2018).

3. Observações.

O PL 8045/2010, que cuida da reforma do Código de Processo Penal, mantém a quase totalidade das causas de quebra da fiança e que estão contempladas no artigo 583 do Projeto, verbis: “Considerar-se-á quebrada a fiança caso haja descumprimento injustificado de um dos compromissos estabelecidos no art. 581. Do mesmo modo se o afiançado: I – vier a praticar alguma infração penal na vigência da fiança, salvo na modalidade culposa; II – obstruir deliberadamente o andamento da investigação ou do processo; III – descumprir deliberadamente o andamento da investigação ou do processo”.

E o supra citado artigo 581 do Projeto está assim descrito: “Art. 581. O afiançado, mediante termo específico, compromete-se a: I – comparecer a todos os atos do inquérito e do processo par os quais for intimado; II – não mudar de residência sem prévia autorização da autoridade judicial; III – não se ausentar da comarca ou do País sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado”.

Art. 342. Se vier a ser reformado o julgamento em que se declarou quebrada a fiança, esta subsistirá em todos os seus efeitos.

1. Comentários.

Como consequência da decisão que determinar quebra da garantia, cabe recuso em sentido estrito, conforme indicado nos comentários do artigo 341 do CPP.

Devidamente processado o recurso, o Tribunal de apelação poderá prover ou desprover o recurso.

Provida a irresignação do acusado, com a reforma da decisão que impôs a quebra da fiança, restabelece-se a concessão originária, com todos os seus desdobramentos, com o destaque de que o recurso tirado contra a decisão de quebra tem efeito suspensivo, conforme dispõe o artigo 584, caput, do Código de Processo Penal.

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal recepciona essa situação, na íntegra, em seu artigo 586.

Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

1. Comentários.

Com redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, optou o legislador por impor a perda de metade do valor da fiança, na hipótese de decisão de quebra da garantia. De se registrar que, como já visto, da decisão de quebra caberá a interposição de recurso em sentido estrito, com efeito suspensivo.

Sem prejuízo da decisão originária de quebra, sujeita a recurso, admite-se ao magistrado a possibilidade de cominar outras medidas cautelares (artigo 319 do CPP) ou, excepcionalmente, e desde que presentes os requisitos legais, decretar prisão preventiva.

2. Observações.

O PL 8045/2010 contempla a questão da seguinte forma: “Art. 585. O quebramento da fiança importará a perda imediata da metade de seu valor para o Fundo Penitenciário Nacional ou fundos estaduais, depois de deduzidas as custas e os demais encargos processuais até o momento calculados”.

Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.

1. Comentários.

O artigo 344 contempla a hipótese da perda do valor da fiança, que vem a se materializar ao final da ação penal transitada em julgado, ou seja, quando imutável a sentença condenatória. Além desse requisito, a lei condiciona a ausência do condenado, por qualquer razão (inclusive quando não localizado), em dar início à satisfação da pena que lhe foi imposta. Esse dispositivo impõe uma espécie de desestímulo ao condenado de cogitar eventual fuga, pois a ausência de cumprimento da pena acarretará a perda total do montante depositado como garantia patrimonial.

Importante destacar, aqui, que, por se exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, a competência para a decretação da perda recai ao juízo da execução criminal. E a lei prevê a possibilidade de interposição de recurso da decisão que impõe a perda. Porém, excepcionalmente, o recurso cabível não é o agravo em execução, pois o CPP traz regramento explícito para a hipótese, que se acha vertida no artigo 581, inciso VII, do Código de Processo Penal.

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

1. Comentários.

Esse artigo estabelece a destinação da fiança, no caso de decretação de perda do seu valor, previsto no artigo anterior. Dessa forma, os valores serão distribuídos para pagamentos das custas e demais despesas processuais, devendo o montante remanescente ser transferido ao fundo penitenciário.

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, mas faz referência apenas à quebra da fiança (e que será reportado no artigo seguinte).

Art. 346. No caso de quebra de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

1. Comentários.

Esse artigo mantém a coerência do artigo anterior, mas agora relacionado à quebra da fiança (o dispositivo precedente trata da situação de perda da garantia). No mesmo sentido, os valores perdidos da fiança serão destinados para o pagamento das custas e obrigações impostas ao acusado e, posteriormente, na hipótese de existência de saldo residual, o valor será encaminhado ao fundo penitenciário.

2. Observações.

O PL 8045/2010 aborda a questão da seguinte forma: “Artigo 585. O quebra de fiança importará a perda imediata da metade do seu valor para o Fundo Penitenciário Nacional ou fundos estaduais, depois de deduzidas as custas e os demais encargos processuais até o momento calculados”.

Art. 347. Não ocorrendo a hipótese do art. 345, o saldo será entregue a quem houver prestado a fiança, depois de deduzidos os encargos a que o réu estiver obrigado.

1. Comentários.

A perda da fiança, de que trata o artigo 345 do CPP, obstaculiza sua devolução a quem a tenha prestado. O preceito em causa excluiu a circunstância da quebra da fiança, tratada no artigo 343 do mesmo Diploma, pois referido preceito impõe a perda de metade de seu valor, e não do montante integral. Caso, todavia, não ocorram essas situações, a garantia poderá, ao final, ser eventualmente devolvida, caso haja excedente, descontadas aqui as obrigações impostas ao réu, tais como, o pagamento de multa, as custas processuais e a prestação pecuniária.

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido.

Art. 348. Nos casos em que a fiança tiver sido prestada por meio de hipoteca, a execução será promovida no juízo cível pelo órgão do Ministério Público.

1. Comentários.

Uma das formas de se instrumentalizar o pagamento da fiança decorre da dação de imóvel por parte do investigado/acusado. Assim, ao término da ação penal, quando a garantia decorrer de oferecimento dessa espécie de bem (hipoteca, com registro em cartório), competirá ao Ministério Público promover, na jurisdição civil, a competente ação judicial, submetida a ampla discussão e com a devida e atualizada avaliação do valor do imóvel. O produto obtido com a alienação do imóvel, então, será destinado para a satisfação das obrigações pecuniárias impostas ao condenado.

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido, deixando de acolher a possibilidade da instrumentalização da fiança por intermédio de hipoteca imobiliária.

Art. 349. Se a fiança consistir em pedras, objetos ou metais preciosos, o juiz determinará a venda por leiloeiro ou corretor.

1. Comentários.

A fiança pode ser satisfeita mediante pagamento em dinheiro, indicação de imóvel e, ainda, pelo depósito de bens móveis, que o Código de Processo Penal elenca, quais sejam: pedras, objetos e metais valiosos. Nesse caso, os bens dados como garantia serão submetidos à avaliação para a posterior alienação por leiloeiro ou corretor, transformando o produto da venda em valor a ser depositado no Juízo da condenação.

2. Observações.

O Projeto do Código de Processo Penal não contempla esse dispositivo, nem faz qualquer alusão nesse sentido, eis que a opção na proposta de modificação legislativa assenta-se exclusivamente no depósito de quantia em dinheiro.

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no §4º do art. 282 deste Código.

1. Comentários.

Esse dispositivo veio de ser modificado pela alteração legislativa de 2011. A revogada redação – originária de 1941 – estabelecia explicitamente a possibilidade do juiz conceder liberdade provisória, mas deixar de aplicar a fiança, quando verificasse “ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza”.

A legislação atual suprimiu essa expressão, mas manteve a essência do dispositivo, no sentido de que a insuficiência patrimonial não pode impedir a concessão de liberdade a qualquer cidadão. Nessa condição, manteve a faculdade ao magistrado de constatar a situação econômica do preso. E, não havendo recursos por parte do suspeito/acusado, poderá o magistrado cominar, cumulativamente, outras obrigações processuais, notadamente as relacionadas nos artigos 327 e 328 do CPP: comparecimento a todos os atos do inquérito ou da ação penal para o qual tenha sido intimado; proibição de mudança de residência, sem prévia permissão da autoridade; ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicação à autoridade.

O vocábulo contido no artigo “poderá” merece ser interpretado de forma ampla, eis que, se comprovada a ausência de recursos materiais por parte do preso ou do acusado, a impossibilitar a satisfação da garantia real, deverá o magistrado conceder a liberdade cumulada com outras medidas cautelares, pois a frágil condição econômica de quem quer que seja não pode ser mais prestigiada do que sua liberdade.

Não há dúvida de que essa foi a diretriz do legislador, pois no parágrafo único do artigo fez-se constar expressamente a regra do artigo 282, § 4º, do CPP, que dispõe: “§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)”. Ou seja, antes de se optar pela segregação provisória, que é a última alternativa, a legislação autoriza a adoção do

extensivo rol de medidas cautelares diversas da prisão, tratando-se, pois, de medida salutar.

2. Jurisprudência.

2.1. Julgados

Fiança. Impossibilidade de satisfação. Situação econômica insuficiente.
Aplicação do artigo 350 do CPP.

“PRISÃO PREVENTIVA – FIANÇA – IMPOSSIBILIDADE DE SATISFAÇÃO. A impossibilidade de satisfação da fiança arbitrada, considerada a situação econômica do preso, implica o implemento da liberdade provisória, a teor do artigo 350 do Código de Processo Penal, sob pena de configuração da prisão civil.” (STF, HC n.º 130.402/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 02/06/2017; No mesmo sentido: STF, HC n.º 114.731/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 15/04/2014).

Fiança. Hipossuficiência financeira do agente demonstrada.
Constrangimento ilegal. Habeas Corpus concedido de ofício.

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. CONTRABANDO. LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA COM ARBITRAMENTO DE FIANÇA. APLICAÇÃO DO ART. 350 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.” (STJ, HC n.º 476.006/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 14/02/2019; No mesmo Sentido: STJ, HC n.º 444.263/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 01/06/2018).

Liberdade provisória mediante fiança. Dificuldade financeira.
Impossibilidade de pagamento. Ordem concedida.

“HABEAS CORPUS. CONTRABANDO DE CIGARROS. LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE. DISPENSA DA FIANÇA. ORDEM CONCEDIDA.” (TRF3, HC n.º 5015138-33.2019.4.03.0000, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. José Marcos Lunardelli, e-DJF3 31/07/2019)

Liberdade provisória mediante fiança. Paciente sem condições financeiras.

Aplicação do artigo 350 do CPP

“HABEAS CORPUS. Furto tentado qualificado majorado pelo repouso noturno (artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal). Indiciada presa em flagrante delito. Liberdade provisória concedida mediante compromisso de (1) comparecer a todos os atos do processo e de não mudar de endereço domiciliar sem previa comunicação e autorização do Juízo; e (2) pagar fiança, arbitrada em valor correspondente a 1 (um) salário mínimo. Liberdade provisória revogada em razão do não recolhimento da fiança arbitrada Insurgência defensiva alegando coação ilegal. Acolhimento. Paciente que não possui condições financeiras de arcar com o pagamento da fiança, sendo defendido pela Defensoria Pública, que tem por mister defender os necessitados, conforme artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. Hipótese prevista no artigo 350 do Código de Processo Penal. Necessária observância do princípio da homogeneidade, ou seja, a medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor. Possibilidade de afastamento da fiança arbitrada, mantendo-se a demais medidas impostas pela primeira instância. Precedentes do Col. STJ e desta Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal. ORDEM CONCEDIDA, CONVALIDANDO A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA.” (TJSP, HC n.º 2175281-72.2019.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, votação unânime, voto do Des. Rel. Osni Pereira, DJe 19/09/2019).

3. Observações.

O PL 8045/2010 trata a questão de forma mais direta e abrangente, em seu artigo 573: “O juiz, verificando ser impossível ao réu prestar a fiança, por motivo de insuficiência econômica, poderá conceder-lhe liberdade provisória, observados todos os demais compromissos do termo de fiança. Parágrafo único. Para os fins do *caput* deste artigo, o juiz poderá solicitar documentos ou provas que atestem a condição de insuficiência ou exigir que o afiançado declare formalmente a absoluta falta de recursos para o pagamento da fiança, incorrendo este no crime de falsidade ideológica se inverídica a informação”.

O Projeto outorga mais liberdade ao magistrado conferir a situação econômica do agente, mediante a produção de provas e documentos nos autos, os quais poderão, inclusive, ser substituídos por declaração formal do preso, com vistas à obtenção da liberdade, advertido de que, eventual inveracidade na declaração, poderá resultar na instauração de persecução penal pelo delito de falsidade ideológica.

TÍTULO X – DAS CITAÇÕES E INTIMAÇÕES

CAPÍTULO I – DAS CITAÇÕES

Paula de Oliveira Santos Miyazaki¹
(arts. 351 ao 369)

Art. 351. A citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado.

O recebimento da denúncia dá início ao processo penal, no processo comum ordinário e sumário. Após, o juiz determinará a citação do acusado para, em 10 dias, apresentar resposta escrita (art. 396). Não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397), e após a resposta escrita, o magistrado designará audiência de instrução e julgamento (arts. 431 e 500) (PACCELLI, 2017).

A citação é o chamamento do réu ao juízo. Através dela, o acusado toma conhecimento de denúncia ou queixa interposta contra ele, sendo-lhe oferecida oportunidade para se defender.

Trata-se de desdobramento do devido processo legal, instrumentalizando o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF). Isto porque o desconhecimento, por parte do réu, de ação penal interposta contra ele, inviabiliza qualquer manifestação de sua parte (NUCCI, 2014, p.587).

Há duas espécies de citação no processo penal: a) citação real (ou pessoal) e b) citação ficta (ou presumida).

a) Citação real (ou pessoal)

Este tipo de citação é a regra no processo penal e é feita pessoalmente. De acordo com Renato Brasileiro (2016, p.1196), este tipo de citação pode ser concretizada por mandado, por precatória, carta de ordem, por carta rogatória ou mediante requisição.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus/SP. Mestranda pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (FAMERP). Advogada

a1) Citação por mandado: é a forma usual de citação. Estando o acusado em lugar certo e sabido, no território do juiz processante, esta será a forma de citação utilizada. Para tanto, o Oficial de Justiça retira o mandado no cartório onde tramita o processo, vai até o endereço do réu, faz a leitura do mandado de citação e entrega ao acusado a contrafé (cópia da denúncia e documentos que a acompanham) (DEZEM, 2016).

a2) Citação por precatória: é utilizada quando o réu reside fora do âmbito da competência territorial do juízo em que corre o processo (ver art. 353).

a3) Citação por carta de Ordem: é a citação de quem possui foro por prerrogativa de função. O Tribunal responsável pelo julgamento em grau originário emite carta de ordem para que o juízo da comarca em que o réu reside faça a citação deste.

a4) Citação por Carta Rogatória: é utilizada quando o acusado se encontra no estrangeiro, em lugar certo e sabido.

b) Citação ficta (ou presumida)

Este tipo de citação é denominada ficta porque há presunção legal de que o réu tenha tomado ciência do processo penal contra ele instaurado.

b1) citação por hora certa: ocorre quando o Oficial de Justiça verifica que o réu se oculta para não ser citado. Nestes casos, o meirinho certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa (ver art. 362).

b2) citação por edital: não é realizada pessoalmente, havendo presunção de que o acusado tomou conhecimento dela (ver art. 361).

Citação de Pessoa Jurídica: será feita na pessoa de seu representante legal, nos moldes do art. 75 do CPC/2015: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: VIII – a pessoa jurídica, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores”.

Citação do inimputável (citação imprópria): se a inimputabilidade tiver sido verificada antes da citação, esta será feita na pessoa de seu curador. Se, porventura, a dúvida sobre a capacidade mental do réu ocorrer no momento de sua citação, o Oficial de Justiça deverá mencionar esta circunstância no verso do mandado. O juiz, então, determinará a realização de exame médico-legal e nomeará curador ao acusado, que

ficará responsável pelo recebimento da citação (LIMA, 2017, p.988).

STF Súmula 351 É nula a citação por edital do preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce sua jurisdição.

Art. 352. O mandado de citação indicará:

I - o nome do juiz;

II - o nome do querelante nas ações iniciadas por queixa;

III - o nome do réu, ou, se for desconhecido, os seus sinais característicos;

IV - a residência do réu, se for conhecida;

V - o fim para que é feita a citação;

VI - o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer;

VII - a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz.

De acordo com a doutrina, os requisitos do mandado de citação classificam-se em intrínsecos (art. 352) e extrínsecos (art. 357).

Este artigo traz os requisitos intrínsecos do mandado de citação, quais sejam: o nome do juiz; o nome do querelante nas ações iniciadas por queixa; o nome do réu, ou, se for desconhecido, os seus sinais característicos; a residência do réu, se conhecida; o fim para que é feita a citação; o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer; a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz.

Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.

A citação por carta precatória ocorre quando o indivíduo se encontra em lugar certo e sabido, dentro do território nacional, mas fora da comarca em que tramita o processo (LIMA, 2014, p.1198).

Neste tipo de citação, o juízo deprecante (da comarca em que o processo tramita) pede ao juízo deprecado (da comarca onde reside o réu) o cumprimento do ato citatório (PACELLI, 2017).

Trata-se de tipo de citação pessoal, exigindo-se, portanto, leitura do mandado, entrega da contrafé e certificação (por certidão nos autos) de toda a diligência, nos moldes do art. 357.

O procedimento da carta precatória não será utilizado quando o acusado se encontrar em outra comarca por breve período de tempo (ex. férias, trabalho, etc.). Nestes casos, o juízo deve aguardar o retorno do réu para que possa ser feita a citação pessoal no próprio juízo processante (GONÇALVES; REIS, 2019). Exemplo: acusado com residência na cidade de São Paulo, processado nesta mesma comarca. O oficial de justiça vai até sua residência e é informado que está de férias, devendo aquele primeiro certificar este fato e retornar ao mesmo endereço após a volta do acusado, concretizando a citação pessoal.

Art. 354. A precatória indicará:

I - o juiz deprecado e o juiz deprecante;

II - a sede da jurisdição de um e de outro;

III - o fim para que é feita a citação, com todas as especificações;

IV - o juízo do lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer.

A carta precatória, utilizada quando partir de um juiz brasileiro a outro juiz, dentro do Brasil, deve conter os requisitos mencionados neste artigo, quais sejam: a) indicação dos juízos envolvidos, deprecante e deprecado, com a sede e a jurisdição de um e de outro; b) a finalidade do ato citatório, com todas as especificações; c) o juízo do lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer.

Importante mencionar que, com o advento da Lei 11.719/2008, o réu deixou de ser citado para comparecer ao seu interrogatório (antiga redação do art.394 CPP). A partir daquela lei, o acusado é citado para oferecer resposta escrita, no prazo de 10 (dez) dias (FISCHER; PACELLI, 2017).

Art. 355. A precatória será devolvida ao juiz deprecante, independentemente de traslado, depois de lançado o "cumpra-se" e de feita a citação por mandado do juiz deprecado.

§ 1º Verificado que o réu se encontra em território sujeito à jurisdição de outro juiz, a este remeterá o juiz deprecado os autos para efetivação da diligência, desde que haja tempo para fazer-se a citação.

§ 2º Certificado pelo oficial de justiça que o réu se oculta para não ser citado, a precatória será imediatamente devolvida, para o fim previsto no art. 362.

Após expedição da carta precatória pelo juízo deprecante e recebimento pelo juízo deprecado, será determinada a citação do réu para que este tome conhecimento da acusação e tenha oportunidade de oferecer sua resposta escrita. O juiz deprecado materializa esta determinação ao colocar o “cumpra-se” na carta precatória, autorizando que a citação seja realizada em sua Comarca (NUCCI, 2014, p.589).

No juízo deprecado, será expedido mandado para que o oficial de justiça cite o acusado. Com o cumprimento da carta precatória, esta será devolvida ao juízo deprecante. Feita a citação, o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de resposta escrita começa a correr, nos termos do art. 396. Este prazo tem início a partir do cumprimento do mandado e não de sua juntada aos autos, conforme Súmula 710 do STF: No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem (GONÇALVES; REIS, 2019).

Se o Oficial de Justiça, ao cumprir o mandado de citação, verificar que o acusado se encontra em território sujeito à jurisdição de outro juiz, a este o juiz deprecado remeterá os autos para efetivação da diligência, independentemente da determinação do juízo deprecante. Esta é carta precatória itinerante, assim denominada pela doutrina e prevista no §1º deste artigo (LIMA, 2017, p.990).

De acordo com o §2º deste artigo, se o Oficial de Justiça verificar que o réu se oculta para não ser citado, a precatória deverá ser devolvida imediatamente ao juízo deprecado, para o fim previsto no art. 262. A redação original deste artigo dispunha que, não sendo encontrado o réu, este seria citado por edital, com prazo de 15 dias. Contudo, a redação deste artigo sofreu modificação com a Lei 11.719/2008, trazendo a possibilidade de citação por hora certa no processo penal (LIMA, 2017, p.990). Com esta modificação, havendo ocultação do réu para não ser citado, o Oficial de Justiça, após certificar o ocorrido, fará a citação por hora certa, nos moldes dos artigos 252 a 254 do CPC/2015 (ver art. 362).

STF Súmula 710 No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem.

Art. 356. Se houver urgência, a precatória, que conterá em resumo os requisitos enumerados no art. 354, poderá ser expedida por via telegráfica, depois de reconhecida a firma do juiz, o que a estação expedidora mencionará.

Embora este dispositivo mencione apenas a expedição de carta precatória via telegráfica, é certo que qualquer meio de comunicação pode ser utilizado, como por exemplo, fax e telefone. Deve o juízo, contudo, verificar a origem desta carta.

A possibilidade de carta precatória via telefone está expressa no art. 265 do CPC/2015, podendo usar este dispositivo por analogia no processo penal (NUCCI, 2020).

Art. 357. São requisitos da citação por mandado:

I - leitura do mandado ao citando pelo oficial e entrega da contrafé, na qual se mencionarão dia e hora da citação;

II - declaração do oficial, na certidão, da entrega da contrafé, e sua aceitação ou recusa.

De acordo com a doutrina, os requisitos do mandado de citação classificam-se em intrínsecos (art. 352) e extrínsecos (art. 357).

Este artigo traz os dois requisitos extrínsecos do mandado de citação. O primeiro deles é a leitura do mandado ao citando pelo oficial e entrega da contrafé, na qual se mencionarão dia e hora da citação. A cópia da denúncia ou queixa (e eventuais aditamentos) deve acompanhar o mandado, e ser entregue ao acusado.

As cartas precatórias seguem as mesmas disposições relativas ao mandado de citação, no que se refere às informações relativas à demanda (art. 354), e constituem, igualmente, modalidade de citação pessoal, pelo que exigem, também do mesmo modo, a leitura do mandado, a entrega da contrafé e a certificação (por certidão nos autos) de toda a diligência, lavrada pelo oficial de justiça (art. 357).

Horário e dia da citação: no processo penal, a citação poderá ser feita em qualquer dia e a qualquer hora. Se o acusado estiver no seu domicílio, a citação não poderá ser feita no período da noite, em decorrência da inviolabilidade de domicílio, prevista constitucionalmente (art. 5º, XI, CF) (NUCCI, 2020).

Art. 358. A citação do militar far-se-á por intermédio do chefe do respectivo serviço.

Quando o acusado for militar, a citação se dará por intermédio do chefe do respectivo serviço. Com o objetivo de resguardar a hierarquia e a disciplina presentes

na conduta militar, é encaminhada a requisição do juiz, por meio de ofício, ao superior do acusado militar (NUCCI, 2020). Este ofício possui os mesmos requisitos do mandado (art. 352).

Recebido o ofício, o militar chefe do respectivo serviço dá ciência ao militar acusado sobre o conteúdo do ofício, assim como comunica o juízo a respeito do cumprimento da requisição. Se o militar acusado se encontrar fora da comarca do juízo em que o processo tramita, será necessária expedição de carta precatória, cabendo ao juízo deprecado determinar esta requisição (LIMA, 2017, p.991).

Art. 359. O dia designado para funcionário público comparecer em juízo, como acusado, será notificado assim a ele como ao chefe de sua repartição.

O funcionário público será citado pessoalmente por oficial de justiça, através de mandado ou carta precatória, e o chefe da repartição em que aquele trabalha deverá ser comunicado.

Esta notificação tem como principal objetivo manter a continuidade e a eficiência do serviço público, que seriam prejudicados caso o funcionário público se ausentasse sem prévia comunicação ao chefe de sua repartição (LIMA, 2017, p.992). A notificação será desnecessária em caso de citação, visto que esta não determina que o acusado compareça em audiência, mas sim apresente resposta à acusação, no prazo de 10 dias. Desta forma, a comunicação ao chefe da repartição somente ocorrerá quando houver designação de audiência de instrução, debates e julgamento (DEZEM, 2016).

Para Pacelli (2017), o chefe da repartição deverá ser informado apenas sobre a existência de compromisso do funcionário público, sem qualquer referência à imputação penal, preservando, portanto, a intimidade e a privacidade do réu.

Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado.

Com o advento da Lei 10.792/2003, este artigo passou a prever a citação pessoal do réu preso. Estando o réu preso na mesma comarca em que tramita o processo, a citação será feita por mandado e cumprida por Oficial de Justiça. Se o acusado, por

outro lado, estiver preso em comarca distinta da que corre o processo, a citação será feita por carta precatória. Nestes casos, o juízo deprecado expede mandado de citação para que o acusado seja pessoalmente citado (LIMA, 2017, p.993).

Este artigo não traz distinção entre o acusado estar preso na mesma unidade da Federação em que o processo tramita ou não. Desta forma, a Súmula 351 do STF (“É nula a citação por edital do réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce sua jurisdição”) encontra-se ultrapassada. Para Renato Brasileiro (2017, p.993), estando o acusado preso, independentemente da unidade federativa, ele está à disposição do Estado, sendo obrigação do Poder Judiciário efetuar sua citação pessoal, nos termos do art. 360. Eventuais dificuldades administrativas de comunicação entre os Estados Membros não têm o condão de eximir o Poder Público de efetuar a citação pessoal do réu acusado, sob pena de violação à ampla defesa.

STF Súmula 351 É nula a citação por edital do réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce sua jurisdição

Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.

A citação por edital é modalidade de citação ficta, uma vez que não é realizada pessoalmente. Ela é exceção no processo penal porque somente é utilizada quando as possibilidades de citação pessoal forem esgotadas (DEZEM, 2016).

A citação por edital mais frequente é quando não há conhecimento sobre o paradeiro do réu. Neste tipo de citação, se todas as diligências forem realizadas e, mesmo assim, o acusado não for encontrado, deverá o oficial de justiça certificar nos autos que aquele se encontra em lugar incerto e não sabido. O juiz, por sua vez, deve determinar a citação do réu por edital, com o prazo de 15 dias. Por meio desta citação, deverá o réu apresentar defesa no prazo de 10 dias, contados do fim dos 15 dias acima mencionados. Não apresentando a defesa escrita e não constituindo defensor, o magistrado deverá aplicar o art. 366 do CPP e suspender o processo e o curso do prazo prescricional. Comparecendo o réu citado por edital, em qualquer tempo, o juiz dará seguimento ao processo, cumprindo o disposto no art. 394 e seguintes do CPP (PACCELI, 2017).

STF Súmula 351 É nula a citação por edital do réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce sua jurisdição

STF Súmula 366 Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia.

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

A citação por hora certa, modalidade de citação ficta, não tem regulamentação própria no CPP, utilizando-se as regras presentes no Código de Processo Civil para este tipo de citação.

Os artigos 227 a 229 do CPC/1973 mencionados neste artigo correspondem aos artigos 252 a 254 do CPC/2015. Isto porque este mesmo diploma legal determina, em seu art. 1046 §4º, que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código” (CAVALCANTE, 2017, p.1013).

Conforme comentários ao art. 355, a Lei 11.719/2008 trouxe a possibilidade de citação por hora certa no processo penal. Se o Oficial de Justiça verificar que o réu se oculta para não ser citado, ele certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa.

De acordo com os dispositivos do CPC/2015, a citação por hora certa ocorre quando o oficial de justiça, por duas vezes, houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar e houver suspeita de ocultação. Nestes casos, o meirinho intima qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação.

No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando para a realizar a diligência. Se o citando não estiver presente, o meirinho procurará informar-se das razões de sua ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando tenha se ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias. A citação também será efetivada se

a pessoa da família ou vizinho que houver sido intimado esteja ausente ou se recusar a receber o mandado. Após, o oficial de justiça fará certidão de ocorrência sobre o ocorrido e deixará uma contrafé com alguém da família ou algum vizinho.

Concluída a citação por hora certa, o escrivão ou chefe da secretaria enviará ao réu, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.

De acordo com o § único deste artigo, se o acusado citado por hora certa não constituir advogado ou apresentar resposta à acusação, o juiz deverá encaminhar os autos à Defensoria Pública ou nomear defensor dativo. Isto porque, com o advento da Lei 11.719/2008, a ação penal não será suspensa.

Embora a citação por hora certa seja uma espécie de citação ficta, ela difere da citação por edital porque, naquela primeira, o processo segue seu curso normalmente, podendo o réu, inclusive, ser condenado ao final. Por este motivo, alguns doutrinadores argumentam que este tipo de citação, no processo penal, violaria ampla defesa.

Em meio a estas discussões, o STF, em Recurso Extraordinário julgado em 01 de agosto de 2016 (RE 635.145), decidiu pela constitucionalidade da citação por hora certa.

Para o Ministro relator Marco Aurélio, esta norma do CPP tem como objetivo assegurar a continuidade do processo nos casos em que o réu se oculta para impedir que a citação se concretize. Permitir que o réu atue desta forma é concordar com atuações ilícitas por parte dos cidadãos. No caso da citação por hora certa, o réu se oculta para não ser citado, o que se diferencia da citação por edital em que o réu, de fato, não é encontrado.

A citação por hora certa não viola a ampla defesa. Esta divide-se em defesa técnica e autodefesa. O direito à defesa técnica não será prejudicado: o réu, citado por hora certa, terá direito a ser assistido por um profissional e, caso não constitua advogado, caberá ao magistrado enviar os autos à Defensoria Pública ou nomear defensor dativo. A autodefesa, por sua vez, garante ao acusado o direito de estar presente em seu julgamento. Por tratar-se de garantia facultativa, o processo não poderá ser suspenso se, porventura, o réu decidiu não comparecer. Portanto, na citação por hora certa, “é garantida a defesa técnica do réu e a autodefesa não é por ele exercida

em razão de opção sua, já que existem indícios concretos de que ele tomou conhecimento da existência do processo, mas optou por não comparecer” (CAVALCANTE, 2017, p.1015).

Jurisprudência

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. ARTIGO 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A conformação dada pelo legislador à citação por hora certa está de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica. 3. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. 4. O acusado que se utiliza de meios escusos para não ser pessoalmente citado atua em exercício abusivo de seu direito de defesa. (RE 635.145, Relator: Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 01/08/2016, divulgado 12/09/2017)

Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

I - (revogado);

II - (revogado).

§ 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.

§ 2º (VETADO)

§ 3º (VETADO)

§ 4º Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código.

Com a citação do acusado, forma-se “a relação angular que instala em um ponto a acusação, noutro o juiz a quem o pedido é endereçado e, por último, o acusado, que, citado, passa a compor essa relação, formando-se o *actum trium personarum*.” (LIMA, 2017, p. 1000).

Se o acusado não for encontrado, será feita a citação por edital (ver art. 361). Se o acusado citado por edital comparecer, em qualquer tempo, o processo seguirá o disposto nos artigos 394 e seguintes. Poderá substituir o Defensor Público ou dativo por seu advogado de confiança, porém a instrução não se reiniciará por seu comparecimento: o acusado ingressará no estado em que o processo se encontrar (NUCCI, 2020).

Art. 364. No caso do artigo anterior, nº I, o prazo será fixado pelo juiz entre 15 (quinze) e 90 (noventa) dias, de acordo com as circunstâncias, e, no caso de nº II, o prazo será de trinta dias.

Este artigo não sofreu modificação expressa com a Lei 11.719/2008, porém, esta reforma processual revogou tacitamente este dispositivo. Isso porque, se os incisos I e II do art. 363 foram revogados pela Lei acima, o conteúdo deste artigo deixou de ter aplicabilidade (LIMA, 2017, p.1001).

Para Pacelli e Fischer (2017), este dispositivo está vigente e pode até ser válido diante do ordenamento constitucional brasileiro, mas não há possibilidade jurídica de sua aplicação.

Art. 365. O edital de citação indicará:

I - o nome do juiz que a determinar;

II - o nome do réu, ou, se não for conhecido, os seus sinais característicos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo;

III - o fim para que é feita a citação;

IV - o juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer;

V - o prazo, que será contado do dia da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua afixação.

Parágrafo único. O edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação.

O edital deve conter todos os requisitos presentes neste dispositivo, denominados requisitos intrínsecos. Alguns pontos importantes sobre este dispositivo: a identificação do acusado deve ser a mais completa possível; a finalidade do ato é a apresentação da defesa escrita, no prazo definido pela lei; o prazo para o conhecimento do edital é de quinze (15) dias (FISCHER; PACELLI, 2017).

Para parte da doutrina, desnecessária a transcrição da denúncia ou da queixa no edital, bastando a menção do dispositivo penal aplicado ao caso. Tal entendimento vai ao encontro da Súmula 366 do STF: “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”.

Para alguns autores, o edital deve trazer a menção ao fato criminoso, mesmo que de forma superficial, para que o acusado possa, ao menos, identificar o local e a data do crime, assim como elaborar sua resposta escrita. Desnecessária a transcrição do texto integral da denúncia ou queixa ou o resumo daquelas, bastando apenas breve menção ao fato criminoso (GONÇALVES, 2019).

Os autores Fischer e Pacelli também vão neste sentido: a ampla defesa somente será exercida em sua integralidade quando o acusado souber do que está sendo acusado, sendo insuficiente a mera transcrição do dispositivo legal. As circunstâncias que envolvem o suposto crime deveriam estar expostas no edital, mesmo que resumidamente, ou apenas com menção ao fato, a data e o local do ocorrido (FISCHER; PACELLI, 2017).

O edital deverá ser publicado em jornal de grande circulação, na imprensa oficial ou afixado no átrio do fórum, com prazo de 15 dias, “admitindo-se a possibilidade de que o acusado, ou pessoa a ele ligada, faça sua leitura, tomando ciência da existência do processo penal” (LIMA, 2020, p.1002).

Para Guilherme Nucci (2020), o edital será afixado no átrio do fórum e publicado na imprensa oficial, se houver. Não é necessário ser publicado na imprensa comum.

STF Súmula 366 Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia.

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Com a alteração trazida pela Lei 11.719/2008, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato do processo. Hoje o réu é citado para apresentar defesa e não para comparecer ao interrogatório, sendo este o último ato na audiência de instrução. Desta forma, onde o artigo 366 menciona “não comparecer”, deve-se entender “apresentar defesa escrita” (PACELLI, 2017).

Para que haja incidência deste artigo, duas situações devem ocorrer, de forma cumulativa: a) o acusado deve ser citado por edital, e b) não comparecer ou constituir

advogado. Ocorrendo estas duas hipóteses, o magistrado: a) deve suspender o processo e o curso do prazo prescricional (condutas obrigatórias); e b) pode determinar a produção antecipada de provas e decretar a prisão preventiva (condutas facultativas) (DEZEM, 2016).

As duas primeiras condutas decorrem diretamente da lei, de forma que o magistrado não precisa motivar sua decisão de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

Algumas observações a respeito da suspensão do prazo prescricional merecem destaque. Como este artigo não delimitou o tempo de suspensão da prescrição, alguns autores passaram a afirmar que esta seria uma hipótese de imprescritibilidade, clara afronta ao art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal, que dispõe serem imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (LIMA, 2017. p.1004).

Em meio a tantas discussões sobre o tema, o STJ editou a Súmula 415: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.

De acordo com esta Súmula, o período de suspensão será o da pena máxima em abstrato cominada para o crime, aplicando a tabela do art. 109 do Código Penal. Para que a compreensão fique mais clara, vamos elucidar com um exemplo.

João foi acusado de cometer furto (art. 155, pena de 01 a 04 anos, Código Penal). Não encontrado, o acusado foi citado por edital. Como não compareceu ao processo e não constituiu advogado, o juiz determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional, conforme dispõe este artigo.

De acordo com esta Súmula do STJ, a suspensão do prazo prescricional se dará pelo máximo da pena cominada. O prazo prescricional da pena de furto, levando em conta o máximo da pena cominada (04 anos), é de 08 anos (art. 109, IV, Código Penal). Desta forma, o processo ficará suspenso por 08 anos, aguardando João ser encontrado. Passados estes 08 anos, o prazo prescricional voltará a correr. Passados mais 08 anos do dia em que o prazo prescricional voltou a correr, o juiz deverá declarar a prescrição da pretensão punitiva. Para que a prescrição ocorra, portanto, serão necessários 16

anos: 08 anos em que o prazo prescricional será suspenso e 08 anos correspondentes ao prazo para que a prescrição ocorra efetivamente (CAVALCANTE, 2018, p.430).

A 1ª Turma do STF tem julgado antigo afirmando que o prazo prescricional do art. 366 será suspenso de forma indefinida (RE 460.971, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 13/02/2007). Para esta Turma, o prazo prescricional ficar suspenso de forma indeterminada não configuraria hipótese de imprescritibilidade, tampouco impediria que o curso da prescrição fosse retomado. Nestes casos, a prescrição ficaria condicionada a evento futuro e incerto.

A questão foi finalmente discutida pelo Plenário do STF, em Recurso Extraordinário, julgado em 04 de dezembro de 2020, com repercussão geral admitida, que fixou a seguinte tese: “Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso”. (RE 600.851, Rel. Ministro Edson Fachin, Plenário, julgado em 04/12/2020).

Esta decisão do STF pacificou possíveis descentendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, embora a Súmula 415 do STJ já pautasse, em sua maioria, a prática forense.

Conforme já mencionado, a determinação de suspensão do processo e do prazo prescricional decorrem de lei, sendo desnecessária qualquer motivação por parte do magistrado. Contudo, a produção antecipada de provas e a decretação da prisão preventiva dependem de motivação por parte do juízo. Senão vejamos.

A decretação da prisão preventiva depende da presença dos pressupostos dos artigos 312 e 313 e somente ocorrerá se as medidas cautelares diversas da prisão forem insuficientes ou inadequadas. O não comparecimento do réu e o fato deste não constituir advogado não são motivos para que o magistrado decrete sua prisão cautelar, caso os pressupostos legais para sua imposição não estejam presentes (LIMA, 2017, p.1005).

Quanto à necessidade de produção antecipada de provas, algumas observações merecem destaque.

Primeiramente, a mudança trazida pela Lei 9.271/1996 teve como um dos principais objetivos a garantia da ampla defesa e do contraditório ao acusado. Embora citado por edital, a probabilidade de o réu sequer ter conhecimento da acusação que recai sobre ele é grande. Desta forma, suspende-se o andamento do processo. Esta suspensão do processo é de grande valia, porém, pode trazer alguns prejuízos, inclusive para a própria defesa. Por este motivo, havendo provas urgentes a serem produzidas e a suspensão da produção daquelas incorrer em sua perda ou ineficácia, poderá o magistrado determinar a sua realização. Para Guilherme Nucci (2020), esta determinação antecipada de provas não pode ser banalizada, ou seja, somente será deferida se realmente houver urgência em sua produção.

Se o magistrado entender por cabível a antecipação de provas, deverá nomear um defensor dativo para o acusado. O órgão do Ministério Público também estará presente. Somente com a presença das partes a prova será válida e serão preservados o contraditório e a ampla defesa.

Em relação à antecipação da prova, a compreensão sobre o significado de prova urgente é controvertida, especialmente em relação à prova testemunhal.

O entendimento do STJ, consubstanciado na Súmula 455: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”.

Para esta Corte, para que haja a produção antecipada de provas, deve haver justificativa satisfatória para tanto, com base no art. 225 (ver art. 225). A simples inquirição de testemunha, por si só, não é suficiente para que a prova seja considerada urgente, assim como fundamentar esta urgência na limitação da memória humana também não basta para decretar esta medida excepcional.

Esta mesma Corte mitiga a aplicação desta Súmula quando a testemunha exercer função de segurança pública. Este tipo de testemunha, por trabalhar diariamente no combate à criminalidade, é exposta constantemente a situações de conflito. Desta maneira, o decorrer do tempo pode fazer com que detalhes específicos de um caso concreto se percam em suas memórias, o que justifica sua oitiva como produção antecipada de prova testemunhal (STJ. 5ª Turma. RHC 51.232-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 02/10/2014 – Informativo 549).

O STF, por sua vez, continua estritamente ligado ao entendimento disposto na Súmula 455 do STJ. Para esta Corte, a produção antecipada de provas só se justifica mediante demonstração do risco de perecimento da prova a ser produzida, “não servindo como justificativa a alegação de que as testemunhas são policiais responsáveis pela prisão, cuja própria atividade contribui, por si só, para o esquecimento das circunstâncias que cercam a apuração da suposta autoria de cada infração penal” (CAVALCANTE, 2018, p.430).

Quanto ao atendimento da Súmula 455 do STJ, importante mencionar que a própria Corte responsável pela edição do enunciado entende que eventual produção antecipada de prova em desacordo com a Súmula acima enseja nulidade relativa, ou seja, deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão, além de ser necessária comprovação de prejuízo (LIMA, 2017, p.1857).

Em que pese o entendimento do STF e do STJ a respeito da antecipação de prova e sua necessidade de fundamentação, grande parte dos doutrinadores não concorda com este pensamento.

Para Guilherme Madeira Dezem (2016), “a prova testemunhal é naturalmente urgente, e não se trata de mera interpretação sobre o conteúdo do que seja urgente”. Para o autor, o próprio legislador classificou a prova testemunhal como urgente. Isso porque, ao dispor sobre as questões prejudiciais (art. 92 e seguintes), determinou que a prova oral e outras provas de natureza urgente fossem colhidas antes de eventual suspensão do processo (ver art. 93). Esta determinação demonstra a preocupação do legislador com o transcorrer do tempo e os efeitos deste na memória da testemunha. Entendendo a legislação processual penal como um todo, Madeira acredita que os artigos 92 e 93 se aplicam por analogia neste caso e a colheita da prova oral deve se dar de maneira antecipada sempre que houver a incidência do art. 366.

No mesmo sentido é a posição do professor Renato Brasileiro: “tendo em conta que o artigo 366 do CPP não fixa o lapso temporal durante o qual o processo e a prescrição deverão permanecer suspensos, nos parece que toda e qualquer prova testemunhal deve ser considerada de natureza urgente, de modo semelhante, aliás, ao que ocorre nas hipóteses de reconhecimento de questão prejudicial (...)” (2017, p.1856).

O recurso cabível contra a decisão que suspender o processo é o Recurso em Sentido Estrito (RESE), por meio de interpretação extensiva ao art. 581, XVI, que admite esta modalidade de recurso contra decisões que determinem a suspensão do processo em virtude de questão prejudicial (GONÇALVES; REIS, 2018).

STJ Súmula 415 O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

STJ Súmula 455 A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

Jurisprudência

EMENTA Habeas Corpus. Processual Penal. Produção antecipada de prova testemunhal (art. 366, CPP). Inexistência de demonstração da necessidade concreta da medida. Invocação de fórmulas de estilo genéricas aplicáveis a todo e qualquer caso. Inadmissibilidade. Flagrante ilegalidade caracterizada. Writ concedido. 1. A decisão que determina a produção antecipada da prova testemunhal deve demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 225 do Código de Processo Penal. 2. Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que "se o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal". Precedentes. 3. Na espécie, o juízo de primeiro grau valeu-se de fórmulas de estilo, genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida. 4. Ausente a indicação de circunstância excepcional que justificasse a antecipação da produção da prova testemunhal, há que se reconhecer a ilegalidade da colheita antecipada da prova oral na hipótese em exame. 5. Ordem concedida. (HC 130.038, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015).

EMENTA. Recurso ordinário em Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Prova testemunhal. Medida cautelar. Caráter urgente. Agentes de segurança pública. Constrangimento ilegal não evidenciado. 1. O atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sendo inviável a exigência de qualquer esforço intelectual que ultrapasse a normalidade para que estes profissionais colaborem com a Justiça apenas quando o acusado se submeta ao contraditório deflagrado na ação penal. 2. Este é o tipo de situação que justifica a produção antecipada da prova testemunhal, pois além da proximidade temporal com a ocorrência dos fatos proporcionar uma maior fidelidade das declarações, possibilita o registro oficial da versão dos fatos vivenciada pelo agente da segurança pública, o qual terá grande relevância para a garantia à ampla defesa do acusado, caso a defesa técnica repute necessária a repetição do seu depoimento por ocasião da retomada do curso da ação penal. 3. Recurso desprovido.

(RHC 51.232-DF. Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/10/2014).

Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Este artigo traz hipóteses caracterizadoras da revelia, que ocorrerá quando o acusado: a) citado pessoalmente, deixar de apresentar resposta à acusação; b) mudar de residência e não comunicar o novo endereço ao juízo; c) notificado pessoalmente para qualquer ato do processo, deixar de comparecer e não justificar sua ausência. A justificativa para esta ausência, em regra, deve ocorrer antes da realização do ato processual, com exceção de situações em que esta justificativa só consiga ser feita posteriormente (ex. acidente de carro no dia da audiência) (LIMA, 2017, p.1006).

A revelia no processo penal não induz à presunção de veracidade dos fatos descritos na queixa ou na denúncia. Em virtude do princípio da verdade real, ainda caberá à acusação provar os fatos que atribui ao acusado (GONÇALVES, REIS, 2018).

De acordo com os ensinamentos de Renato Brasileiro (2017, p.1007), “mesmo que seja decretada a revelia do acusado (...), não há falar em confissão ficta ou presumida no processo penal, com a consequente presunção da veracidade dos fatos narrados na peça acusatória. Ainda que se trate de acusado revel, o órgão ministerial deverá desincumbir-se a contento de seu ônus probatório, sob pena de o pedido ser julgado improcedente”.

A revelia no processo penal tem uma única consequência: o réu não será mais intimado pessoalmente dos atos processuais posteriores. Contudo, o fato de o acusado não ser mais intimado não impede que ele ofereça sua defesa.

Vale ressaltar ainda que, embora o réu tenha sido considerado revel, deverá ser intimado da sentença para que, se quiser, possa interpor recurso.

Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento.

Se o acusado se encontrar no estrangeiro, em local certo e sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu

cumprimento. Por outro lado, se o acusado se encontrar no estrangeiro, mas em lugar incerto e não sabido, a citação será feita por edital (LIMA, 2017, p.1008).

Nos países que não cumprirem a carta rogatória, o réu deverá ser citado por edital (NUCCI, 2020).

A citação por carta rogatória também se dá quando o réu estiver em sede de legações estrangeiras (embaixadas e consulados – ver art. 369).

Procedimento da Carta Rogatória: nos ensinamentos de Renato Brasileiro (2017, p.1008), “a carta rogatória será encaminhada ao Ministério da Justiça, cabendo a este solicitar ao Ministério das Relações Exteriores o seu cumprimento. De lá, pela via diplomática, a carta seguirá à Justiça rogada”

Art. 369. As citações que houverem de ser feitas em legações estrangeiras serão efetuadas mediante carta rogatória.

Os consulados e as embaixadas, embora não sejam considerados território estrangeiro, são protegidos pela inviolabilidade. O Oficial de Justiça, portanto, não pode nela livremente entrar para realizar eventual citação. Desta forma, se o acusado se encontrar em legações estrangeiras, encaminha-se o pedido de citação por carta rogatória, pela via diplomática (NUCCI, 2020).

O procedimento é o mesmo do artigo anterior: o magistrado encaminha a carta rogatória ao Ministério da Justiça e este solicita ao Ministério das Relações Exteriores seu cumprimento. Contudo, há uma diferença: aqui não há suspensão do prazo prescricional, visto que o acusado se encontra em território brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51.232-DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/10/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: dez./2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51.232-DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/10/2014, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39073828&num_registro=201402240204&data=20141010&tipo=5&formato=PDF . Acesso em: dez./2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 600.851, Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2684154>. Acesso em: dez./2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635.145, Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4026859>. Acesso em: dez./2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 130038, Relator Ministro Dias Toffoli. Segunda Turma, julgado em 03/11/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4832996>. Acesso em: dez./2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e STJ comentados – Salvador: JusPodivm, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto – 4.ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal (livro eletrônico) – 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito Processual Penal Esquematizado (livro eletrônico) - 8 ed. – São Paulo: Saraiva.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – 2 ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado – 2 ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. 1936p

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal – 11 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado – 19 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal (livro eletrônico) – 21 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CAPÍTULO II – DAS INTIMAÇÕES

Andréa Cristina D'Angelo¹
(arts. 370 ao 380)

Art.370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.

§ 1º 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.

§ 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo.

§3º A intimação pessoal, feita pelo escrivão, dispensará a aplicação a que alude o § 1.

§ 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.

As formalidades atinentes à citação serão aplicadas, no que couber, à intimação dos acusados, testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de ato praticado no processo.

A Súmula 710 do ST preconiza que “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

A intimação do Ministério Público é sempre pessoal, nos termos do § 4º do art. acima mencionado c.c. art. 41, IV da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e será efetuada em todos os graus de jurisdição através de entrega dos autos com vista.

Muito se discutiu se a fluência do prazo Ministério Público iniciava com a entrega dos autos no setor administrativo (carga) ou com a aposição de “ciente” pelo membro do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal julgou, pelo Pleno, o HC nº 83.255/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (j.05.11.03. m.v.), e decidiu que “(...) A entrega de

¹ advogada. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra/IBCrim. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCrim. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito (EPD). Diretora Executiva do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCrim)- biênio 2019/2020. Presidente da Comissão de Direito Penal e Processo Penal da OAB/SP – Subseção de Santana.

processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discrição do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o "ciente", com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se princípios consagradores da paridade de armas” No mesmo sentido HC nº 94.815/BA, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04.08.2009 v.u.

O Superior Tribunal de Justiça assentou que “O termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público, a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado” (Informativo de Jurisprudência 611). Assim também: Resp. 1.349.935-SE, 3ª S., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 14/9/2017, m.v. (Tema 959).

O defensor nomeado também deverá ser intimado pessoalmente, sendo aí incluído o defensor dativo (advogado privado nomeado pelo juiz) e defensor público (art. 5º, § 5º da Lei nº 1.060/1950).

No que diz respeito à defensora pública, é considerado como termo inicial de contagem de prazo a data da entrega dos autos na repartição administrativa da Defensoria Pública (STJ, HC 296.759-RS, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 23/8/2017, m.v).

Impende destacar que se o defensor dativo declinar expressamente da prerrogativa referente à intimação pessoal dos atos processuais, não poderá arguir nulidade quando a intimação ocorrer por meio da imprensa oficial. Neste sentido: Informativo 504 e 560 do Superior Tribunal de Justiça. (vide ainda: HC 341445/SP, 5ª T. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 19/05/2016; HC 344094/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/04/2016).]

As testemunhas serão intimadas pessoalmente (*caput* do artigo supramencionado). Porém, “(...) na capital do Estado de São Paulo, as testemunhas

podem ser intimadas via postal (carta com ‘AR’), quando os interessados e o Ministério Público concordarem (lei estadual 3.947/1983, de São Paulo, art. 9º)” (Badaró e Vasconcellos, 2020, p. 783).

O § 1º do art. 370 impõe que a intimação do defensor constituído pelo acusado, do advogado do querelante e do assistente da acusação será pela imprensa e o nome do acusado deverá ser incluído sob pena de nulidade.

Foi travada discussão acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 370, em razão do tratamento diferenciado conferido ao Ministério Público e defensor nomeado e defensor constituído. O STF na ADI 2.144/DF, Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, j. 01.06.2016, julgou constitucional o dispositivo.

Outro ponto importante é a discussão travada sobre a intimação da defesa acerca da obrigatoriedade de intimação da defesa da carta precatória e da audiência designada no juízo deprecado.

A Súmula 273 do STJ assentou que “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado” (confira: AgRg no HC 365263/SP, 5ª T. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 23/08/2016, HC 331748/SP, 5ª T. Rel. Felix Fischer, j. 10/05/2016; e HC 336864/SP, 5ª T. Rel. Mi. Jorge Mussi, j. 23/02/2016). No mesmo sentido: STF, RHC 106.394/MG, 1ª T., Rel. Min. Rosa Weber, j. 30/10/2012).

O STF consignou na Súmula 155 que “É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha”.

Outro ponto importante é a ausência de intimação do defensor da data julgamento de recurso. Trata-se de nulidade absoluta, como já decidiu o STF. Precedentes: “A mera intimação da inclusão do recurso em pauta não assegura a data exata em que ocorrerá o julgamento nem garante, então, ao representante legal do Paciente o direito de comparecer ao julgamento para efetivar a defesa oral, na forma dos arts. 554 e 565 do CPC. 2. A ausência de intimação para a data da sessão de julgamento pode ser, assim, considerada causa de nulidade do ato praticado nessa condição, inclusive por ter sido frustrada eventual possibilidade de sustentação oral (...)”.(STF, HC 98357, 1ª T., Rel. Carmem Lúcia, j. 21/06/2011, v.u.). Vide: STF, HC

124.195/RS, 2ª T. rel. Min Carmem Lúcia, j. 11.11.2014, v.u; STF, HC 117.446/PB, 1ª T., Rel. Min Rosa Weber, j. 11/03/2014.

O § 2º do art. 370 versa sobre a intimação quando não houver órgão de publicação de atos judiciais na comarca. Nesta hipótese, a intimação será efetuada diretamente pelo escrivão, via mandado ou postal, com respectivo comprovante de recebimento.

Quanto ao § 3º do art. 370, “ao contrário da citação que deve ser realizada por oficial de justiça, a intimação poderá ser feita pelo escrivão, mediante certidão nos autos (...)” (Badaró e Vasconcellos, 2020, p. 782).

No que diz respeito às comunicações por meio eletrônico e respectivos prazos, a Lei 11.419/2006 traz toda a normativa acerca da matéria, eis que regulamenta a informatização do processo judicial.

Art.371. Será admissível a intimação por despacho na petição em que for requerida, observado o disposto no art. 357.

Trata-se de hipótese em que há despacho do juiz diretamente na petição em que foi formulado requerimento. A intimação da decisão ocorre imediatamente, no próprio despacho.

Malgrado haja menção de se observar o quanto disposto no art. 357 do Código de Processo Penal – que traz os requisitos e formalidade atinentes à citação –, entende-se que se trata de excessivo formalismo, sendo suficiente que o escrivão colha o “ciente” do advogado ou do representante do Ministério Público. Na hipótese de recusa da parte, o escrivão certificará o ocorrido nos autos.

Art. 372. Adiada, por qualquer motivo, a instrução criminal, o juiz marcará desde logo, na presença das partes e testemunhas, dia e hora para seu prosseguimento, do que se lavrará termo nos autos.

Na hipótese de adiamento da audiência de instrução criminal, os presentes serão imediatamente intimados da data designada para o prosseguimento da instrução processual que constará da ata da audiência.

TÍTULO XI – DA APLICAÇÃO PROVISÓRIA DE INTERDIÇÕES DE DIREITOS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

Andréa Cristina D'Angelo²

Art. 373. A aplicação provisória de interdições de direitos poderá ser determinada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente, do ofendido, ou de seu representante legal, ainda que este não se tenha constituído como assistente:

I - durante a instrução criminal após a apresentação da defesa ou do prazo concedido para esse fim;

II - na sentença de pronúncia;

III - na decisão confirmatória da pronúncia ou na que, em grau de recurso, pronunciar o réu;

IV - na sentença condenatória recorrível.

§ 1º No caso do no I, havendo requerimento de aplicação da medida, o réu ou seu defensor será ouvido no prazo de 2 (dois) dias.

§ 2º Decretada a medida, serão feitas as comunicações necessárias para a sua execução, na forma do disposto no Capítulo III do Título II do Livro IV.

A execução de tais institutos é prevista no Livro IV (Da Execução), Título II (Da execução das penas em espécie) - arts. 674 a 779 do Código de Processo Penal.

O Título XI, que disciplina a interdição provisória de direitos e medidas de segurança, foi revogado pela Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

Referida revogação deu-se de forma tácita, eis que a matéria foi regulada pela Lei de Execução Penal e, tendo em vista a regra de que lei posterior derroga anterior, firmou-se entendimento doutrinário de que houve revogação tácita dos dispositivos.

² advogada. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra/IBCrim. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCrim. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito (EPD). Diretora Executiva do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCrim)- biênio 2019/2020. Presidente da Comissão de Direito Penal e Processo Penal da OAB/SP – Subseção de Santana.

Art. 374. Não caberá recurso do despacho ou da parte da sentença que decretar ou denegar a aplicação provisória de interdições de direitos, mas estas poderão ser substituídas ou revogadas:

I - se aplicadas no curso da instrução criminal, durante esta ou pelas sentenças a que se referem os ns. II, III e IV do artigo anterior;

II - se aplicadas na sentença de pronúncia, pela decisão que, em grau de recurso, a confirmar, total ou parcialmente, ou pela sentença condenatória recorrível;

III - se aplicadas na decisão a que se refere o no III do artigo anterior, pela sentença condenatória recorrível.

Artigo revogado tacitamente pela Lei de Execução Penal.

Art. 375. O despacho que aplicar, provisoriamente, substituir ou revogar interdição de direito, será fundamentado.

A matéria referente à execução da pena foi regulada pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, ocorrendo, assim, revogação tácita do artigo, em razão da regra geral de que lei posterior revoga lei anterior.

Art. 376. A decisão que impronunciar ou absolver o réu fará cessar a aplicação provisória da interdição anteriormente determinada.

Dispositivo revogado tacitamente pela Lei de Execução Penal conforme nota ao artigo 373.

Art. 377. Transitando em julgado a sentença condenatória, serão executadas somente as interdições nela aplicadas ou que derivarem da imposição da pena principal.

Revogação legislativa – o artigo foi revogado tacitamente pela Lei de Execução Penal.

Art. 378. A aplicação provisória de medida de segurança obedecerá ao disposto nos artigos anteriores, com as modificações seguintes:

I- o juiz poderá aplicar, provisoriamente, a medida de segurança, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público;

II- a aplicação poderá ser determinada ainda no curso do inquérito, mediante representação da autoridade policial;
III- a aplicação provisória de medida de segurança, a substituição ou a revogação da anteriormente aplicada poderão ser determinadas, também, na sentença absolutória;
IV- decretada a medida, atender-se-á ao disposto no Título V do Livro IV, no que for aplicável.

Dispositivo revogado tacitamente pela Lei de Execução Penal conforme nota ao artigo 373.

Art. 379. Transitando em julgado a sentença, observar-se-á, quanto à execução das medidas de segurança definitivamente aplicadas, o disposto no Título V do Livro IV.

Revogação legislativa – o artigo foi revogado tacitamente pela Lei de Execução Penal.

Art. 380. A aplicação provisória de medida de segurança obstará a concessão de fiança, e tornará sem efeito a anteriormente concedida.

A matéria referente à execução da pena foi regulada pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, ocorrendo, assim, revogação tácita do artigo, em razão da regra geral de que lei posterior revoga lei anterior.

REFERÊNCIAS

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; Toron Alberto Zacharias; Badaró, Gustavo Henrique (coord.). *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TÍTULO XI – DA APLICAÇÃO PROVISÓRIA DE INTERDIÇÕES DE DIREITOS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

Letícia de Freitas.¹
(arts. 381 ao 392)

Art. 381. A sentença conterá:

- I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V - o dispositivo;
- VI - a data e a assinatura do juiz.

O artigo em epígrafe destina-se a dispor acerca das formalidades que deve conter a sentença penal (decisão terminativa do feito, dispositivo destinado à julgar procedente ou improcedente a pretensão punitiva do Estado). Desta feita, os requisitos do art. 381 do CPP, são de caráter obrigatório, assim há flagrante violação do dispositivo penal quando a sentença condenatória/absolutória que não trouxer em seu teor os requisitos intrínsecos dispostos no artigo supracitado, tornando-se a sentença passível de nulidade, nos termos do art. 564, inciso III, alínea m e IV.

APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA. REQUISITOS. ART. 381 DO CPP. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO. PRELIMINAR DE OFÍCIO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE ABSOLUTA. SENTENÇA CASSADA. O RELATÓRIO É REQUISITO ESSENCIAL DA SENTENÇA (ART. 381, CPP) CUJA AUSÊNCIA É APTA A ENSEJAR A NULIDADE ABSOLUTA DA DECISÃO, NOS TERMOS DO ART. 564, IV, DO CPP. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA PODE SER APRECIADA DE OFÍCIO A QUALQUER TEMPO OU GRAU DE JURISDIÇÃO. SENTENÇA CASSADA. (TJ/DF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Criminal Acórdão nº 699672 do Processo nº20120111546174apr)
Conforme dispõe o art. 381 do Código de Processo Penal, a sentença deve conter os nomes das partes (quando não for possível, as indicações necessárias para identificá-las), a exposição sucinta da acusação e da defesa, a indicação dos motivos de fato e de direito

¹ Graduada em Direito pelo IMMES - Instituto Municipal Matonense de Ensino Superior em 2019. Advogada. Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela USP/FDR; Pós Graduada em Processo Civil Aplicado pela EBRADI/ Escola Brasileira de Direito.

em que se fundar a decisão, a indicação dos artigos de lei aplicados, o dispositivo e a data e assinatura do juiz (NUCCI, 2014).

São os requisitos intrínsecos da sentença, aplicando-se o mesmo aos acórdãos, que são decisões tomadas por órgãos colegiados de instância superior, sem os quais se pode considerar o julgado viciado, passível de anulação. Aplica-se o disposto no art. 564, IV, do Código de Processo Penal (nulidade por falta de formalidade que constitua elemento essencial do ato) (NUCCI, 2014).

Em suma, exige-se que conste na sentença três partes: relatório (descrição sucinta do alegado pela acusação, abrangendo desde a imputação inicial, até o exposto nas alegações finais, com identificação das partes envolvidas); fundamentação (motivação do juiz para aplicar o direito ao caso concreto da maneira como fez, acolhendo ou rejeitando a pretensão de punir do Estado; abrange os motivos de fato, advindos da prova colhida, e os motivos de direito, advindos da lei, interpretada pelo juiz); dispositivo (conclusão, onde consta a aplicação da pena, devidamente fundamentada, ou a absolvição) (NUCCI, 2014).

É a consagração, no processo penal, do princípio da persuasão racional ou livre convicção motivada (NUCCI, 2014). As decisões judiciais precisam sempre ser motivadas (CF, art. 93, IX; CPP, art. 381; CPC, art. 162 c/c o art. 458). Outrora destinada apenas às partes e aos tribunais superiores com competência recursal, com vistas a possibilitar àquelas a impugnação das decisões e a estes o respectivo reexame, o princípio é visto hoje em seu aspecto político: garantia da sociedade, que pode aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das suas decisões. Por isso sua consagração constitucional (CAPEZ, 2012).

Art. 382. Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão.

Nos casos onde a sentença se apresente obscura, ambígua, divergente ou omissa, qualquer das partes pode requerer ao magistrado que esclareça o conteúdo da sentença. Por consequente, a doutrina denomina o feito por *embarginho*, que no prazo de 2 (dois) dias visa requerer o esclarecimento da referida sentença, sem a necessidade de ouvir a parte contrária. Ademais, a apresentação do pedido de esclarecimento (embargos de declaração por analogia) interrompe o curso do prazo para apelação.

Ainda, nos casos onde os embargos são opostos no JECRIM que observa a lei 9.099/95, os efeitos atribuídos ao feito são denominados como suspensivo, nos termos do art. 83, §2º da Lei 9.099/95.

Por fim, insta ressaltar que não se configura omissão quando o magistrado

deixa de esmiuçar um argumento por vez apresentados pela parte, se houver no contexto geral o intuito de contrapor todos eles. É entendimento do TJSP nesse sentido:

É entendimento assente em nossa jurisprudência civil e penal que o órgão judicante, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre cada um dos argumentos levantados pelas partes, se achou fundamento suficiente para a conclusão, o que também vale para os embargos de declaração.” (Embargos de Declaração 51.812-0/1, São Paulo, Pleno, rel. José Osório, 13.06.2001, v.u.).

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO POR ÓRGÃO A QUO. ORDEM CONCEDIDA. 1. PROFERIDA SENTENÇA O JUIZ ESGOTA SEU PODER JURISDICIONAL NÃO LHE SENDO PERMITIDA A PRÁTICA DE QUALQUER ATO DE JURISDIÇÃO, QUE NÃO SEJA PARA SANAR OBSCURIDADE, AMBIGÜIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO (ART. 382, CPP), OU EVIDENTE ERRO MATERIAL. 2. A REVISÃO DE SENTENÇA É ATRIBUIÇÃO CONFERIDA POR LEI A ÓRGÃOS DE HIERARQUIA SUPERIOR. 3. ORDEM CONCEDIDA. (Acórdão nº 287718 do Processo nº20070020100599hbc Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Criminal)

PENAL. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, CAPUT, DO CP). PRELIMINAR. NULIDADE, AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE TESE DEFENSIVA. DESCLASSIFICAÇÃO. TENTATIVA. INVIABILIDADE. COMPREENDENDO A ARGUMENTAÇÃO DESENVOLVIDA ELEMENTOS RELEVANTES CONSTANTES DO PROCESSO, DESCORTINADOS OS MOTIVOS QUE PERMITIRAM O CONVENCIMENTO JUDICIAL, EXPRESSAMENTE REBATIDOS OS APONTAMENTOS TRAZIDOS PELA DEFESA, TUDO EM CONFORMIDADE COM OS DITAMES DO ART. 381 DO CPP, DESCABE FALAR EM AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DA TESE DEFENSIVA, IMPLICITAMENTE REJEITADA. PRECLUSO, ADEMAIS, O PLEITO DO RECORRENTE, NÃO INTENTADOS ATEMPADAMENTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 382 DO CPP -, REMÉDIO APTO PARA SANAR EVENTUAL OMISSÃO NO JULGADO. SEGUNDO VIGOROSA CORRENTE JURISPRUDENCIAL NÃO MAIS SE EXIGE QUE O AGENTE ALCANCE A POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA PARA A CONSUMAÇÃO DO CRIME DE FURTO, REMANESCENDO SUFICIENTE A CONVOLAÇÃO DA MERA DETENÇÃO DA RES EM POSSE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (Acórdão nº 568824 do Processo nº20110710120785apr Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Criminal)

Previstos expressamente em dois arts. (382 e 619 do CPP), os embargos de declaração são recursos que se prestam a aclarar ambiguidades, obscuridades, contradições e omissões de acórdãos proferidos pelos tribunais e sentenças de juízos singulares. Ainda que sem previsão legal, são cabíveis também contra decisões interlocutórias aplicando-se por analogia o art. 382 do CPP (DEZEM, 2019, pg 463).

De acordo com o art. 382 do CPP, qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão. Por sua vez, segundo o art. 619 do CPP, aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (DE LIMA, 2016, pg 2431). Não se admite a extensão dos embargos de declaração a outras decisões, fora do âmbito da sentença ou do acórdão, pois inexistente expressa previsão legal. Decisões interlocutórias, de qualquer espécie, não comportam embargos. Se na sua aplicação houver dúvida, prejudicial ao réu, gerando algum tipo de constrangimento, o caminho é impugná-la por habeas corpus (NUCCI, 2014, pg 729). De seu turno, segundo o art. 83 da Lei nº 9.099/95, caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida. Nos juizados, os embargos devem ser opostos por escrito ou oralmente, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da ciência da decisão (DE LIMA, 2016, pg 2041). Outra distinção diz respeito ao efeito decorrente da interposição dos embargos declaratórios. No âmbito do CPP, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes (CPC, art. 538, caput, – art. 1026, caput, do novo CPC –, aplicável subsidiariamente no CPP por força do art. 3º). Nos Juizados, quando opostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso (Lei nº 9.099/95, art. 83, §2º), ou seja, julgados os embargos, o prazo para eventual apelação voltará a ocorrer pelo tempo que faltava (DE LIMA, 2016, pg 2042).

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

A redação do artigo supracitado, prevê o instituto da *emendatio libelli*, ou seja, confere ao juiz a possibilidade de atribuir ao fato ocorrido uma tipificação diversa da anteriormente aplicada, sem que haja modificação dos fatos, tendo em vista que sua vinculação em razão do Princípio da Correlação.

Se em consequência da capitulação, haja incidência de pena mais gravosa. Resguardado ao magistrado o dever observar a descrição completa dos fatos relatados na denúncia ou queixa.

Nos termos do §1º do referido artigo, caso na alteração do tipo penal verifique-se a possibilidade de suspender condicionalmente o processo, deverá o magistrado abrir prazo para que o parquet proponha o benefício anteriormente não concedido por falta de condições.

Assim, se a nova definição jurídica comporta aplicação do art. 89, da Lei 9.099/95, dever ser oportuna ao ministério público que oferte a proposta de suspensão, que poderá também ser requerida pela parte, nos termos das Súmulas 696 e 723 do STF, bem como 243 e 337 do STJ.

No que dispõe o §2º, caso haja a alteração do dispositivo penal, implique em incompetência por parte do Juízo, deve este remeter o feito para a vara competente para prosseguir com ação penal.

PROCESSUAL PENAL - DESCRIÇÃO CORRETA E CAPITULAÇÃO ERRONEA DO CRIME NA DENUNCIA - EMENDATIO LIBELLI - ART. 383 DO CPP. - HAVENDO A DENUNCIA DESCRITO FATO CONCRETO DE DETERMINADO CRIME, DANDO-LHE NO ENTANTO, CAPITULAÇÃO LEGAL ERRONEA, CABE A EMENDATIO LIBELLI, MESMO EM SEGUNDA INSTANCIA, A TEOR DO ART. 383 DO CPP. - JURISPRUDENCIA DA CORTE. - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

Decisão

POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO E LHE DAR PROVIMENTO. (STJ - Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma 5REsp 43333 / SC)

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDEBITA. DENUNCIA QUE, EMBORA ATRIBUINDO AO RÉU A AUTORIA DE APROPRIAÇÃO INDEBITA, CONTEM AS CIRCUNSTANCIAS ELEMENTARES DO ESTELIONATO. DESCLASSIFICAÇÃO (CPP, ART-383). **O RÉU DEFENDE-SE DO FATO QUE LHE É IMPUTADO NA DENUNCIA, COMO CRIMINOSO, NÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO CRIME, QUE PODE SER MODIFICADA PELO JUIZ, UT ART-383, DO CPP.** A CONDENAÇÃO DEVE SER CONGRUENTE COM A ACUSAÇÃO. SE O JUIZ DESCLASSIFICAR O CRIME IMPUTADO AO RÉU PARA UM OUTRO QUE SE CONTENHA NA DENUNCIA, NÃO HÁ MISTER PROCEDER NA FORMA DO ART-384 DO CPP. NÃO CABE FALAR, AI, EM 'MUTATIO LIBELLI', MAS APENAS EM NOVA DEFINIÇÃO DO CRIME, COM BASE NOS ELEMENTOS CONTIDOS NA DENUNCIA. PRECEDENTES DO STF. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

(STF –: Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma HC 59675 / SP - SÃO PAULO Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma)

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - PRETENDIDA OBSERVÂNCIA DO ART. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP - INAPLICABILIDADE - FATOS QUE FORAM DESCRITOS, COM CLAREZA, NA DENÚNCIA - **HIPÓTESE DE SIMPLES "EMENDATIO LIBELLI" - APLICABILIDADE DO ART. 383 DO CPP** - ALEGADO DESRESPEITO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - RÉU ASSISTIDO POR ADVOGADO POR ELE PRÓPRIO CONSTITUÍDO - ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO PENAL DO PACIENTE - INVIABILIDADE DESSE EXAME NA SEDE PROCESSUAL DO "HABEAS CORPUS" - PEDIDO INDEFERIDO. DENÚNCIA QUE DESCREVE, DE MODO PRECISO, OS "ESSENTIALIA DELICTI" - IRRELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA - HIPÓTESE DE MERA "EMENDATIO LIBELLI". - Se o magistrado reconhecer a possibilidade de atribuir, ao fato delituoso, quando da prolação da sentença, qualificação jurídica diversa daquela que constou da peça acusatória, essa conduta judicial não ofenderá o direito de defesa do acusado, desde que a nova capitulação encontre apoio em circunstância elementar que se contenha, de modo explícito ou implícito, na denúncia ou na queixa. É que, em tal contexto, essa atuação processual do magistrado, plenamente legitimada pelo que dispõe o art. 383 do CPP, configurará mera hipótese de "emendatio libelli". Doutrina. Precedentes. "MUTATIO LIBELLI" - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP - SITUAÇÃO INOCORRENTE NA ESPÉCIE. - O réu não pode ser condenado por fatos cuja descrição não se contenha, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, impondo-se, por tal razão, ao Estado, em respeito à garantia da plenitude de defesa, a necessária observância do princípio da correlação entre imputação e sentença ("quod non est in libello, non est in mundo"). Cabe, ao juiz - quando constatar a existência, nos autos, de prova evidenciadora de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na peça acusatória -, adotar, sob pena de nulidade, as providências a que se refere o art. 384 do CPP, que dispõe sobre a "mutatio libelli", ensejando, então, ao acusado, por efeito da garantia constitucional de defesa, o exercício das prerrogativas que essa norma legal lhe confere, seja na hipótese de "mutatio libelli" sem aditamento (CPP, art. 384, "caput"), seja no caso de "mutatio libelli" com aditamento (CPP, art. 384, parágrafo único). Hipóteses inocorrentes na espécie, por se achar configurada mera situação de "emendatio libelli" (CPP, art. 383). IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE "HABEAS CORPUS". - O caráter sumaríssimo da via excepcional do processo de "habeas corpus" impede que temas associados à análise do conjunto probatório sejam apreciados no âmbito estreito do "writ" constitucional. Precedentes.

HC 71044 / SP - SÃO PAULO

Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma

Preceitua o art. 383 do Código de Processo Penal poder o juiz dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da peça acusatória, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, sem

modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, com a redação dada pela Lei 11.719/2008. É a denominada *emendatio libelli* (NUCCI, 2014, pg 534).

O juiz pode alterá-la, sem qualquer cerceamento de defesa, pois o que está em jogo é a sua visão de tipicidade, que pode variar conforme o seu livre convencimento. Se o promotor descreveu, por exemplo, um furto com fraude (pena de dois a oito anos de reclusão), mas terminou classificando como estelionato (pena de um a cinco anos de reclusão), nada impede que o magistrado corrija essa classificação, condenando o réu por furto qualificado – convenientemente descrito na denúncia – embora tenha que aplicar pena mais grave (NUCCI, 2014, pg. 534).

Desde o início da vigência do código até o ano de 2013, o STF e o STJ sempre entenderam que o momento correto para a aplicação da *emendatio libelli* era o da sentença, não podendo o juiz fazê-lo no momento do recebimento da denúncia. No entanto, a partir de maio de 2013 o Supremo Tribunal Federal passou a entender que é possível aplicar a *emendatio libelli* no momento do recebimento da denúncia quando a alteração da classificação do crime implicar em alteração na competência (DEZEM, 2016, pg 354).

É importante que se entenda adequadamente esta limitação do STF: somente será possível a aplicação da *emendatio libelli* no momento do recebimento da denúncia caso esta alteração do tipo gere modificação na competência:

"1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a sentença o momento processual oportuno para a *emendatio libelli*, a teor do art. 383 do CP.

2. Tal posicionamento comporta relativização hipótese em que admissível juízo desclassificatório prévio, em caso de erro de direito, quando a qualificação jurídica do crime imputado repercute na definição da competência. Precedente.

3. Na espécie, a existência de peculiaridade ação penal relacionada a suposto esquema criminoso objeto da ação em trâmite na vara especializada em lavagem de ativos, recomenda a manutenção do acórdão recorrido que chancelou a remessa do feito, comandada pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região para a 1.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão, que detém tal especialização. 4. Ordem denegada" (HC 115.831/MA, j. 22.10.2013, rel. Min. Rosa Weber)" (DEZEM, 2016).

O art. 383, § 1º, do CPP, deixa evidente que o magistrado não poderá sentenciar o processo de imediato quando visualizar o cabimento da suspensão condicional do processo. A título de exemplo, se, por conta da *emendatio libelli*, o juiz (ou o Tribunal) concluir que se trata de furto simples, e, portanto, infração de médio potencial ofensivo, com pena mínima igual a 1 (um) ano, não deve condenar o acusado, mas se limitar a proferir uma decisão interlocutória na qual abre vista dos autos ao titular da ação penal para que ofereça a proposta de suspensão condicional do processo (DE LIMA, 2016, pg 2054).

Nesse caso, para que seja cabível a suspensão, há, pelo menos em tese, um óbice: a necessidade de que tenha havido preclusão da decisão do juiz que reconheceu a *emendatio libelli*. Então, haveria necessidade de se aguardar o término do prazo para eventual recurso e, somente no caso de sua não interposição, seria oferecida, posteriormente, a proposta de suspensão condicional do processo.

No entanto, é possível que o Ministério Público e a defesa renunciem ao direito de recorrer contra tal decisão, com o que irá se operar sua preclusão, sendo possível a formulação imediata da proposta. De mais a mais, como a Lei nº 11.719/08 passou a prever a realização de uma audiência una de instrução e julgamento, é possível que, na própria audiência una, o Ministério Público ofereça a proposta de suspensão e o acusado a aceite, do que decorreria preclusão lógica do direito de recorrer contra a decisão de desclassificação do juízo singular comum, em razão da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer por ambas as partes (DE LIMA, 2016, pg 2054). Com o advento da Lei 11.719/2008, introduziu-se o § 1.º ao art. 383, consolidando essa possibilidade: Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. Por outro lado, a modificação da classificação do delito pode acarretar a alteração de competência. Se assim ocorrer, os autos serão encaminhados a outro juízo (art. 383, § 2.º, CPP) (NUCCI, 2014, pg 583).

Na verdade, essa remessa dos autos ao juízo competente só deve ocorrer na hipótese de haver o reconhecimento da incompetência absoluta, já que esta modalidade de competência não admite prorrogações e pode ser reconhecida de ofício pelo juiz a qualquer momento, enquanto não houver o esgotamento de instância. Nessa hipótese, é importante que o juiz se limite a realizar a desclassificação da imputação, sem, contudo, proceder ao juízo de condenação ou de absolvição. Essa decisão deve ter sua fundamentação restrita à tipificação do crime, sem externar qualquer outro juízo de mérito e tampouco pronunciar-se acerca da condenação ou absolvição (DE LIMA, 2016, pg 2186).

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

O art. 384, do CPP tem o escopo de trazer a figura da mutatio libelli, onde durante a instrução criminal, surge um fato novo. Desta feita, deve o magistrado encerrar a instrução, abrindo vista ao MP, com prazo de 05 dias, para que o promotor adite a peça inicial acusatória. Devendo inclusive ouvir o defensor do acusado acerca dos fatos novos inclusos na denúncia.

Insta ressaltar que, o magistrado não poderá sentenciar o denunciado com base nos fatos aduzidos na instrução sem que haja alteração na denúncia de aditar a denúncia para inserir os novos fatos, tendo em vista que o mesmo está vinculado aos fatos dispostos na exordial, nos termos onde incide o Princípio da Correlação.

Assim, caso o aditamento seja recebido pelo juízo, prosseguirá a instrução, designando data e hora, com inquirição de até três testemunhas (nos termos do art. 384,§4º), objetivando novo interrogatório do réu, bem como a realização da instrução, debates e o efetivo julgamento.

Contudo, caso o Ministério Público não adite a referida denúncia, cabe ao Juiz remeter o processo para o procurador geral, nos termos do art. 28 do CPP.

PENAL E PROCESSUAL PENAL - DENÚNCIA POR TENTATIVA DE FURTO - CONDENAÇÃO POR ROUBO MEDIANTE MUTATIO LIBELLI SEM AS PROVIDÊNCIAS DO ART. 384 DO CPP - RECURSO - AUSÊNCIA DAS ELEMENTARES DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO TENTADO - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 1. SE A DENÚNCIA DESCREVE A TENTATIVA DE FURTO E DÁ A CORRETA DEFINIÇÃO JURÍDICA AO FATO DESCRITO, NÃO PODE O JUIZ DE OFÍCIO E SEM OBSERVÂNCIA DAS PROVIDÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 384, DO CPP, CONDENAR O RÉU POR CRIME DE ROUBO. 2. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA CONDENAR O RÉU COMO INCURSO NO ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CP. (Acórdão nº 217022 do Processo nº20030410159027ap Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Criminal)

PENAL E PROCESSO PENAL - DENÚNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL (ART. 146, § 1º, CP) - CONDENAÇÃO - ROUBO TENTADO (ART. 157, §2º, I E II, C/C ART. 14, II, CP) - HIPÓTESE DE MUTATIO LIBELLI - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA - NÃO OBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO DO ART. 384, CPP - NULIDADE DA SENTENÇA. 1.O CASO DOS AUTOS NÃO CONFIGURA HIPÓTESE DE MERA CORREÇÃO DA CAPITULAÇÃO DADA

À CONDUTA DELITIVA DESCRITA NA PEÇA ACUSATÓRIA (EMENDATIO LIBELLI). EQUIVOCADA, POIS, A APLICAÇÃO DO ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 2. SEJA NA DENÚNCIA, SEJA NOS ADITAMENTOS, VERIFICA-SE QUE NÃO FOI NARRADA E NEM IMPUTADA AO RÉU A SUBTRAÇÃO DE QUALQUER BEM DA VÍTIMA, RAZÃO PELA QUAL A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ROUBO TENTADO, COM FUNDAMENTO EM ELEMENTAR NOTICIADA TÃO-SOMENTE POR OCASIÃO DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA, IMPORTA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA, O QUE ACARRETA A NULIDADE DO JULGADO. 3. A ALTERAÇÃO DO CONTEÚDO FÁTICO DA ACUSAÇÃO (MUTATIO LIBELLI) SE SUJEITA À OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 4. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. (Acórdão nº 732729 do Processo nº 20100310138336apr Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 3ª Turma Criminal) (Acórdão nº 689352 do Processo nº 20111110037520apr Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Criminal)

O art. 384 do Código de Processo Penal acolhe a possibilidade de o juiz reconhecer nova

definição jurídica ao fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal, não contida expressa ou implicitamente na denúncia ou queixa. Para tanto, deve abrir vista ao Ministério Público para que promova o aditamento da peça acusatória, no prazo de cinco dias, nos casos de ação pública. Outra alternativa, quando o aditamento for realizado oralmente, é a redução a termo. É a hipótese denominada de *mutatio libelli* (NUCCI, 2014, pg. 537).

Assim, deverá o Ministério Público aditar a denúncia, de ofício ou por meio de provocação do magistrado, oralmente ou no prazo de 5 dias. Aditada a denúncia, então deverá ser ouvido o defensor do acusado e, uma vez recebida a denúncia, o juiz designará nova data para a audiência. Nesta audiência poderão ser inquiridas novas testemunhas (3 para cada parte), devendo ser feito novo interrogatório do acusado (DEZEM, 2016, pg. 372).

Caso o Ministério Público não faça o aditamento, então o juiz deverá aplicar o art. 28 do CPP, remetendo os autos ao Procurador-Geral que irá avaliar se é caso ou não de aditamento (DEZEM, 2016, pg. 372).

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

O artigo em evidência, ressalta de forma clara e concisa a independência do juiz para julgar, neste sentido, o princípio do impulso oficial vincula o juiz, desde o recebimento da peça acusatória à proferir um julgamento de mérito, devendo motivar sem convencimento de acordo com as provas e os fatos produzidos durante a ação penal.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - RECEPÇÃO DO ART. 385 DO CPP - CRIME DE DANO - REPRESENTAÇÃO - AÇÃO PENAL PRIVADA - INTERNAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. I. O ART. 385 DO CPP NÃO CONTRARIA DISPOSITIVO OU PRINCÍPIO ESTABELECIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE DANO. II. NÃO ESTÁ O MAGISTRADO VINCULADO A PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FEITO EM ALEGAÇÕES FINAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEVE PREVALECER A ÍNTIMA CONVICÇÃO DO JUIZ SOBRE O MÉRITO DA CAUSA. III. CONFIGURA REPRESENTAÇÃO O ANIMUS DE VER PUNIDO O RESPONSÁVEL PELO DANO. IV. A INTERNAÇÃO, POR PRAZO INDETERMINADO NÃO SUPERIOR A TRÊS ANOS, É ADEQUADA ÀS CONDIÇÕES PESSOAIS DO REPRESENTADO. V. APELO IMPROVIDO. (Acórdão nº 559348 do Processo nº 20110130017744ap Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Criminal)

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (art. 385, CPP) (NUCCI, 2014, pg. 539).

Há possibilidade legal do reconhecimento de agravantes pelo juiz, ainda que atue de ofício, uma vez que elas são causas legais e genéricas de aumento da pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação. São de conhecimento das

partes, que, desejando, podem, de antemão, sustentar a existência de alguma delas ou rechaça-las todas. O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido da acusação para reconhecê-las (NUCCI, 2014, pg. 539).

A despeito da posição dos Tribunais Superiores, a doutrina mais moderna tece severas críticas ao dispositivo do art. 385, segunda parte, do CPP. Como observa Badaró: “a finalidade de se exigir que na imputação venham expostas todas as circunstâncias do delito é, justamente, permitir que o réu possa se defender de tais circunstâncias; argumentar e provar que as mesmas não ocorreram; influenciar o convencimento do juiz no sentido de sua inexistência. Admitir a aplicação pura e simples do art. 385, segunda parte, é fazer tabula rasa dos princípios do contraditório e da ampla defesa” (BADARÓ, 2009).

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
 - II - não haver prova da existência do fato;
 - III - não constituir o fato infração penal;
 - IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
 - IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
 - V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena
 - V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
 - VI - não existir prova suficiente para a condenação.
 - VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
 - VII – não existir prova suficiente para a condenação.
- Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:
- I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;
 - II - ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas;
 - II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;
 - III - aplicará medida de segurança, se cabível.

As disposições relativas no art. 386 tem extrema importância no processo trâmite da ação penal, tendo em vista que sua aplicação se dará na primeira oportunidade de o denunciado usufruir do contraditório e ampla defesa, após a produção de provas na instrução debates, e julgamento. Sendo assim, o artigo em epígrafe, deve ser utilizado para fundamentar o pedido de absolvição, realizado em razões finais, ou memoriais, nos termos do art. 403 e 403, §3º do CPP. Alegadas com base nas hipótese aduzidas em seus incisos a seguir expostos:

O primeiro inciso, respalda o pedido de absolvição com fulcro na inexistência do fato, havendo assim a falta de justa causa, não comprovação da autoria ou da materialidade do crime, razão pela qual se desfaz o requisito da tipicidade, tendo em vista que não houve conduta passível de imputação.

A redação do inciso II se aplica nos casos onde inexistente prova do fato, assim respeitado o *in dubio pro reo*, requer-se a absolvição acostada no inciso II, no qual deve ser considerado princípio da prevalência do interesse do réu.

Adiante, no inciso III há ocorrência do fato, contudo a este não se atribui tipicidade. Desta feita, o magistrado atribui a absolvição por estar ausente uma das elementares do crime, qual seja, o fato típico que constitui-se de conduta, nexos e resultado.

Ao inciso IV cabe a absolvição, pois existe prova da não concorrência do denunciado para o fato típico, assim ainda que haja crime, não se obtém prova de coautora ou participação do acusado na infração penal.

No que tange ao inciso V, ainda que haja fato típico, não se consegue determinar que o réu tomou parte ativa no fato, independentemente de haver coautores ou não. Assim, há de se absolver sumariamente o denunciado por não se ter construído um universo sólido de provas contra sua pessoa.

O próximo inciso, faz menção a absolvição nos casos em que se configura excludentes de tipicidade excludentes de ilicitude e as excludentes de culpabilidade.

Por fim, o ultimo inciso novamente ressalta a aplicação do princípio da prevalência do interesse do réu – *in dubio pro reo*. Em não havendo provas suficientes para o convencimento do magistrado que fomenta fundamentação em uma sentença condenatória, o melhor caminho é a absolvição.

Já os incisos adstritos ao parágrafo único, expõe as medidas que deverão ser tomadas pelo magistrado caso este prolate uma sentença absolutória:

Assim, nos termos do inciso I, deve garantir a liberdade ao réu, tendo em vista a sua inocência advinda da sentença absolutória. Ainda, em caso de absolvição cessará qualquer medida cautelar provisoriamente aplicada. Por fim, no inciso III ocorre a chamada sentença absolutória imprópria, onde apesar do magistrado reconhecer não ter havido crime em razão da ausência de culpabilidade, o mesmo sanciona a medida de segurança por ter o acusado praticado um injusto penal (fato típico e antijurídico) ainda que no estado de inimizabilidade, visando assegurar a sociedade que não sofra novamente perturbações.

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO DE ABSOLVIÇÃO. CERTEZA DA IMPOSSIBILIDADE DO RÉU TER PRATICADO O DELITO. 1. A PALAVRA DAS VÍTIMAS, COMO SABIDO, POSSUI VALOR ESPECIAL NOS CASOS DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, QUANDO CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. ENTRETANTO, ESTANDO CONTRADITADOS COM O RESTANTE DAS PROVAS, QUE APONTAM A IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO APELANTE NOS EVENTOS NARRADOS NA DENÚNCIA, DIANTE DESTE TER SOFRIDO ROMPIMENTO DOS LIGAMENTOS E À ÉPOCA DOS FATOS ESTAR

IMPOSSIBILITADO, CONFORME PARECER TÉCNICO, DE COLOCAR O PÉ OPERADO NO CHÃO, ANDANDO, INCLUSIVE, DE MULETAS, IMPÕE-SE A ABSOLVIÇÃO DO ART. 386, INC. IV, DO CPP. 2. APELAÇÃO PROVIDA PARA MODIFICAR O FUNDAMENTO DE ABSOLVIÇÃO DO ARTIGO 386, INC. VII, DO CPP, PARA O DO ART. 386, INC. IV, DO CPP. (Acórdão nº 529499 do Processo nº20090111517317apr Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Criminal)

Em processo penal, quando for caso de absolvição, é preciso que o juiz vincule a improcedência da ação a um dos motivos enumerados no art. 386 do Código de Processo Penal (NUCCI, 2014, pg. 541).

A inexistência do fato (inciso I) é uma das hipóteses mais seguras para a absolvição, pois a prova colhida está a demonstrar não ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação. Assim, desfaz-se o juízo de tipicidade, uma vez que o fato utilizado para a subsunção ao modelo legal de conduta proibida não existiu (NUCCI, 2014, pg. 542).

Os incisos II, V e VII tratam de hipóteses de falta de provas. Dão ensejo ao ajuizamento, na esfera cível, de ação de reparação de dano. Não possibilitam a ação de regresso ao trabalho do funcionário público (CAPEZ, 2012, pg. 539).

A prova da inexistência de infração penal (inciso III) quer dizer que o fato efetivamente ocorreu, mas não é típico. Assim, o juiz profere decisão no sentido de que há impossibilidade de condenação por ausência de uma das elementares do crime. Permite-se o ajuizamento de ação civil para debater-se o ilícito em outra esfera do direito (NUCCI, 2014, pg. 542).

Os efeitos da sentença absolutória são os previstos no art. 386, parágrafo único, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008 (“I — mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II — ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; III — aplicará medida de segurança, se cabível”; v. Súmula 422 do STF). A lei, portanto, aboliu a referência à cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas, anteriormente previstas no inciso II (CAPEZ, 2012, pg. 540).

Embora pareça óbvio que o acusado absolvido deva ser colocado imediatamente em liberdade, é bom lembrar que, ao tempo da redação originária do Código de Processo Penal, havia previsão legal no sentido de manutenção da prisão, mesmo após a prolação da sentença absolutória, quando se tratasse de imputação de crime cuja pena máxima fosse igual ou superior a 8 (oito) anos de reclusão. Ocorre que, por força da Lei nº 5.941/73, a redação do art. 596 do CPP acabou sendo modificada, passando a prever, então, a imediata colocação do acusado em liberdade, independentemente do quantum de pena cominado ao delito (DE LIMA, 2016, pg. 2105).

Na hipótese de sentença absolutória imprópria, da qual resulta a aplicação de medida de segurança, há de se ficar atento ao caso concreto:

a) se o acusado foi submetido ao longo de toda a persecução penal à medida cautelar de internação provisória (CPP, art. 319, VII, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11), significa dizer que o juiz visualizou a presença de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Logo, por ocasião da sentença absolutória imprópria, deve ser mantida a imposição da referida medida. Todavia, se o magistrado constatar a superveniente cessação da periculosidade, é plenamente possível a revogação da medida, a fim de que o acusado aguarde em liberdade o trânsito em julgado da decisão, para, somente então, ser executada a medida de segurança;

b) se, a despeito da constatação da inimputabilidade à época do fato delituoso, o acusado tiver permanecido em liberdade durante o curso do processo, significa dizer que o juiz não vislumbrou a necessidade de imposição da medida cautelar de internação provisória. Logo, em regra, se o inimputável permaneceu solto durante o curso da persecução, deve permanecer solto, a não ser que surjam motivos que autorizem a imposição da medida cautelar de internação provisória.

Portanto, não se pode falar em aplicação provisória de medida de segurança, restando

prejudicado o disposto no art. 596, parágrafo único, do CPP, à luz da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência. A medida de internação provisória a que se refere o art. 319, VII, do CPP, só poderá ser decretada se presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, jamais como efeito automático da sentença absolutória imprópria, e desde que o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça e haja risco de reiteração (DE LIMA, 2016, pg. 2106).

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 42 e 43 do Código Penal;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III – imporá, de acordo com essas conclusões, as penas, fixando a quantidade das principais e a duração, se for caso, das acessórias;

III - aplicará as penas, de acordo com essas conclusões, fixando a quantidade das principais e, se for o caso, a duração das acessórias;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV – aplicará as medidas de segurança que no caso couberem;

IV - declarará, se presente, a periculosidade real e imporá as medidas de segurança que no caso couberem;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal).

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

O art. 387 objeto de discussão neste tópico, dispõe requisitos que devem ser cumpridos pelo juiz, ao vincular a sentença. Assim, o primeiro requisito diz respeito as circunstâncias atenuantes e agravantes (art. 61 ao 66 do CP), de maneira geral, expondo os fatos e as provas que sustentam a aplicação da determinada circunstância.

Complementando o inciso I, há a menção das circunstâncias judiciais, a serem fixadas na dosimetria da pena, nos termos do art. 59, assim se aplicam observando a culpabilidade do agente, os antecedentes, conduta social, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima, nos termos do artigo supracitado. Havendo discordância da parte com as circunstâncias judiciais aplicadas, fica a seu critério interpor recurso buscando uma revisão na aplicação, tendo em vista esses critérios são utilizados de forma subjetiva comportando variáveis distinções a despeito do entendimento de cada julgador. Ainda, ressalta o inciso III que o Juiz se baseará nos critérios expostos nos incisos anteriores (I,II) para a aplicação da pena.

Por conseguinte, o inciso IV aduz a fixação de valor mínimo, a título de reparação de eventuais danos sofridos pela vítima em razão da infração. Contudo, ao fixar o valor, deve o magistrado se atentar para a situação econômica do réu, sem que seja haja imposição encargo maior do que este possa suportar.

Ainda, insta ressaltar que, deve haver em sede de instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Pedido este postulado pelo ofendido, na pessoa de seu advogado (assistente de acusação), ou pelo próprio Ministério Público, devendo indicar os valores pretendidos e a fundamentação razoável para o pedido, resguardo a ampla defesa e o contraditório, para que possa o réu se manifestar acerca dos valores e provas indicadas pelo Ofendido ou Parquet.

O disposto no inciso V não tem eficácia, tendo em vista que o título XI tornou-se sem efeito em face da Lei 7.210/84, popularmente conhecida como reforma penal. No mesmo sentido, inexistente aplicação ao disposto no inciso VI, tendo em vista que as sentenças condenatórias não são mais publicadas em jornais de grande circulação.

Advindo da sentença criminal condenatória, com motivo justo e fundamentação, pode o juiz impor prisão preventiva ou de natureza cautelar, sem que a interposição do recurso de apelação interfira no cumprimento da prisão. Incumbindo ao magistrado o dever de manutenção da prisão ou qualquer outra cautelar imposta. Há de se ressaltar, a análise em conjunto dos artigos 93, IX da CF e art. 5º, LVII também da Carta Magna. Bem como, aos artigos 311, 312, 317, 492, I 581, inciso XV, e 593, todos do CPP.

Já o §2º disposto no art. em análise, ressalta o cômputo do período de prisão provisória, prisão administrativa, ou internação (medida de segurança), sejam no Brasil ou no estrangeiro para a fixação do regime inicial na condenação ao cumprimento de pena privativa de liberdade.

Há de se observar ainda que, o instituto acima explorado não se confunde com a figura da detração acostada no art. 42 do CP, que discorre acerca do cômputo no cumprimento da pena, o período de prisão provisória (qualquer espécie) deve ser computado como cumprimento de pena. Ou seja, passando-se a fase de execução da pena, deve o magistrado descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Dispõe o art. 387, § 1º, do CPP, que "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar". 3. In casu, a paciente teve a prisão preventiva decretada na sentença, a qual limitou-se a tecer considerações genéricas acerca da gravidade do crime perpetrado e da existência de anterior condenação pelo delito de tráfico de drogas. Contudo, essa condenação já era de conhecimento do Juízo quando

do indeferimento do pedido de prisão da paciente. 4. Não sendo apontados elementos concretos e contemporâneos a justificar a segregação provisória, deve ser permitido à ré, que permaneceu solta durante a instrução, recorrer em liberdade. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva decretada na sentença e permitir à paciente que aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação. (HC 537065 / CE Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO SIMPLES. ART. 180, CAPUT, CP. CONDENÇÃO. PENA DE 02 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. DETRAÇÃO. ART. 387, §2º, CPP. ABATIMENTO PROPORCIONAL DO PENA. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL IMPOSTO (SEMIABERTO). PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA. NÃO EXPEDIÇÃO DE CARTA DE GUIA PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. EQUÍVOCO QUANTO À APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO. PACIENTE RECLUSO PREVENTIVAMENTE POR QUASE CINCO MESES. LAPSO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) DA PENA FIXADA NA SENTENÇA. DIREITO AO ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MENOS SEVERO. LIMINAR DEFERIDA E CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A NÃO EXPEDIÇÃO DE CARTA DE GUIA PROVISÓRIA E O EQUÍVOCO NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO PENAL (ART. 387, §º, CPP), IMPONDO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO AO PACIENTE, CONFIGURA CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER DIRIMIDO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. EMBORA O REFERIDO EQUÍVOCO POSSA SER VENTILADO EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL (RECURSO PRÓPRIO), TAL POSSIBILIDADE NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DA ORDEM MANDAMENTAL LIBERTÁRIA, HAJA VISTA A PATENTE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IR E VIR DO PACIENTE. 2. A DETRAÇÃO PENAL FEITA EM SEDE DE SENTENÇA (ART. 387, §2º, CPP) NÃO É UTILIZADA, UNICAMENTE, PARA SE PROJETER UMA MERA SUBTRAÇÃO MATEMÁTICA DO TEMPO DE PENA CUMPRIDO CAUTELARMENTE, MAS TAMBÉM OBJETIVA A PROGRESSÃO DE REGIME QUANDO O CONDENADO JÁ CUMPRIU O REQUISITO OBJETIVO MÍNIMO EXIGIDO PELA LEI PARA FINS DE PROGRESSÃO. 3. LIMINAR CONFIRMADA. 4. ORDEM CONCEDIDA. (Acórdão nº 807514 do Processo nº20140020153678hbc - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Criminal)

Além do relatório, fundamentação e dispositivo, partes inerentes a toda e qualquer sentença, quando houver condenação, deve o juiz, nos termos do art. 387 do CPP, deixar claro as circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como todas as demais circunstâncias existentes para a aplicação da pena (circunstâncias judiciais dos arts. 59 e 60 do CP). A aplicação da pena deverá decorrer da análise conjunta de todas as circunstâncias do delito. É possível inserir valor

mínimo referente à indenização civil pelo dano causado pela infração penal (NUCCI, 2014, pg. 542).

A prisão do réu em caso de condenação não é necessária. Pode ser um dos efeitos da

condenação sujeita a recurso, no caso do juiz negar ao acusado o direito de permanecer em liberdade, para recorrer, como no caso de se vislumbrar presentes os requisitos da prisão preventiva, nos termos do art. 387, § 1., do CPP (NUCCI, 2014, pg. 544).

Com o advento da Lei nº 12.736/12, com vigência em 3 de dezembro de 2012, a detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, pelo menos em regra. A propósito, eis o teor do art. 387, § 2º, do CPP: “O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”. Isso significa dizer que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.736/12, o regime prisional inicial deixa de ser estabelecido com base na pena definitiva, e passa a ser fixado levando-se em conta o quantum de pena resultante do desconto do tempo de prisão cautelar ou internação provisória a que o acusado foi submetido durante o processo (DE LIMA, 2016).

Por isso, como regra, a detração não representa nenhum interesse para o juiz no momento da sentença condenatória. Eis porque, até o advento da lei supra mencionada, devia o julgador estabelecer o quantum da pena e, após, escolher o regime inicial cabível. Exemplo: fixada a pena de 8 anos e seis meses de reclusão, obrigatoriamente, o regime inicial seria o fechado (art. 33, § 2.º, a, CP). A inserção do § 2.º ao art. 387 do CPP permite a consideração da detração para o fim de escolha do regime. Ilustrando: se o réu é condenado a 8 anos e seis meses de reclusão e já estiver preso cautelarmente há um ano, para a eleição do regime inicial, deve o magistrado descontar, de pronto, o período de um ano, o que resulta 7 anos e seis meses. Portanto, torna-se cabível o semiaberto (art. 33, § 2., b, CP) (NUCCI, 2014, pg. 543).

Art. 388. A sentença poderá ser datilografada e neste caso o juiz a rubricará em todas as folhas.

O art. 388 dispõe acerca de mera formalidade, devendo o prolator autenticar as páginas que compõem a sentença como forma de garantia. Quanto a primeira parte do artigo, a sentença tanto pode ser datilografada, quanto impressa, não resguardando tantas formalidades.

Art. 389. A sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim.

O art. 389 tem o escopo de regulamentar a publicidade da sentença, caso esteja seja prolatada em prazo concluso, nos casos onde o juiz profira a sentença em audiência, bem como leia a decisão do conselho de sentença no Tribunal do Júri para

o conhecimento geral, ficando dispensado a certificação específica nos autos, caso em que constará na ata de audiência que a sentença fora lida e publicada naquela data.

Art. 390. O escrivão, dentro de três dias após a publicação, e sob pena de suspensão de cinco dias, dará conhecimento da sentença ao órgão do Ministério Público.

A Intimação o parquet, deverá ser realizada pessoalmente observando a celeridade fazendo-a o mais breve possível.

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 390 DO CPP. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INÍCIO DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. APOSIÇÃO DO CIENTE PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI Nº 9.099/95. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIVERGÊNCIA. ART. 28 DO CPP. RECURSO CONHECIDO DESPROVIDO. A intimação do Ministério Público deve ser pessoal e o prazo para a interposição de recurso ministerial tem início na data da aposição do ciente pelo representante do Parquet e, não, do ingresso dos autos na Procuradoria de Justiça. É prerrogativa exclusiva do Ministério Público a iniciativa para a proposta de suspensão condicional do processo, sendo descabida, em tese, a sua realização pelo Julgador. Divergindo o Juiz e o Representante do Parquet, quanto à proposição da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, por aplicação analógica do art. 28 do Diploma Processual Penal. Recurso conhecido e desprovido. (REsp 300157 / MG - Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma)

O Ministério Público será sempre intimado pessoalmente da sentença (CPP, art. 390). Na jurisprudência, há divergência quanto ao momento exato em que o Ministério Público se reputa intimado para efeitos da contagem dos prazos processuais. Sempre se considerou como termo inicial da contagem dos prazos a data em que o Parquet apõe o seu ciente e não a do recebimento do processo atestada pelo livro de carga (STF, 2ª T., HC 73.422-7/MG, rel. Min Maurício Corrêa, DJU, 12 dez. 1996, p. 49943) (CAPEZ, 2012, pg. 543).

No mesmo sentido: “A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93, art. 41, IV) e o Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93, art. 18, II, h) dispõem de forma clara e inequívoca que a intimação do órgão do Ministério Público deve ser pessoal e tem início na data da aposição do ciente pelo representante do Parquet (CAPEZ, 2012, pg. 543).

Art. 391. O querelante ou o assistente será intimado da sentença, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado. Se nenhum deles for encontrado no lugar da sede do juízo, a

intimação será feita mediante edital com o prazo de 10 dias, afixado no lugar de costume.

Ainda, deverá ser pessoalmente o querelante ou o assistente de acusação nos termos do artigo supracitado. Ainda, há de ser fazer menção acerca do advogado constituído, razão pela qual a intimação poderá ser realizada por publicação, nos termos (art. 370, § 1.º, CPP). Excepcionalmente, no caso de defensor indicado pelo Estado, a intimação será realizada pessoalmente.

PROCESSO PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - APELAÇÃO NÃO ADMITIDA - INTEMPESTIVIDADE - ADVOGADO CONSTITUÍDO - INTIMAÇÃO PELA IMPRENSA OFICIAL - DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO QUERELANTE - ALEGAÇÃO DE JUSTA CAUSA - PRAZO RECURSAL PEREMPTÓRIO - DECISÃO MANTIDA. 1. EM SE TRATANDO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO DO QUERELANTE, CORRETA A INTIMAÇÃO DA SENTENÇA PELA IMPRENSA OFICIAL, NOS TERMOS DO ART. 391 C/C O ART. 370, § 1º, DO CPP, SENDO DESNECESSÁRIA A INTIMAÇÃO PESSOAL DO QUERELANTE PARA QUE SE DÊ INÍCIO AO PRAZO RECURSAL. 2. POR SE TRATAR DE PRAZO PEREMPTÓRIO, NÃO CONFIGURA JUSTA CAUSA APTA A ENSEJAR O CONHECIMENTO DE APELAÇÃO INTERPOSTA INTEMPESTIVAMENTE, O IMPEDIMENTO DE SAÚDE DO PATRONO CONSTITUÍDO, AINDA MAIS QUANDO FIGURA NA PROCURAÇÃO MAIS DE UM ADVOGADO. 3. INTERPOSTO O RECURSO DE APELAÇÃO PELA DEFESA DO QUERELANTE APÓS DECORRIDO O PRAZO LEGAL DE 5 (CINCO) DIAS PREVISTO NO ART. 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, CORRETA SE MOSTRA A DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO DE APELAÇÃO, PORQUANTO AUSENTE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL CONCERNENTE À TEMPESTIVIDADE. 4. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Acórdão nº 740296 do Processo nº20130110630340rse -Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 3ª Turma Criminal)

Quanto à intimação do querelante e do assistente de acusação, se o advogado é constituído, a sua intimação pode dar-se pela imprensa oficial (art. 370, § 1.º, CPP). Nada impede, ainda, que o próprio querelante ou o ofendido, consultando os autos, tome ciência e seja intimado pelo escrivão pessoalmente. O mesmo ocorre com seu advogado, quando comparecer em cartório. Logo, inexistente razão para a expedição de edital. Saliente-se que pode ocorrer a hipótese de ter o querelante hipossuficiente um advogado indicado pelo Estado, razão pela qual cabe a regra da intimação pessoal (art. 391, c.c. 370, § 4.º, CPP) (NUCCI, 2014, pg. 544).

Art. 392. A intimação da sentença será feita:

I - ao réu, pessoalmente, se estiver preso;
II - ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança;
III - ao defensor constituído pelo réu, se este, afiançável, ou não, a infração, expedido o mandado de prisão, não tiver sido encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;
IV - mediante edital, nos casos do no II, se o réu e o defensor que houver constituído não forem encontrados, e assim o certificar o oficial de justiça;
V - mediante edital, nos casos do no III, se o defensor que o réu houver constituído também não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;
VI - mediante edital, se o réu, não tendo constituído defensor, não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça.
§ 1º O prazo do edital será de 90 dias, se tiver sido imposta pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, e de 60 dias, nos outros casos.
§ 2º O prazo para apelação correrá após o término do fixado no edital, salvo se, no curso deste, for feita a intimação por qualquer das outras formas estabelecidas neste artigo.

A intimação das partes acerca da sentença prolatada, é trâmite comum no instrumento do processo, e com ela segue resguardado o direito de defender-se de forma técnica das acusações aduzidas na peça. Assim, quando o réu estiver preso, se dirigirá o oficial de justiça até o estabelecimento prisional portanto o termo de recurso e a decisão a ser recorrida, ocasião que também deverá ser intimado seu defensor, em atenção ao princípio da ampla defesa.

Pode ainda ser intimado pessoal qualquer um deles (réu ou seu defensor constituído), nos casos onde o réu esteja solto. Quanto ao defensor público, o entendimento é de intimação pessoal para diversos atos do processo, inclusive nos casos onde expede-se a sentença criminal.

Ainda, cabe intimação pessoal ao defensor quando o réu não fora localizado pessoalmente (certificado pelo oficial de justiça), e a este estiver pendente mandado de prisão expedido. E por fim, as intimações por edital ocorreram quando não localizados o réu, bem como seu defensor. Ainda, vale ressaltar que o prazo para apelação se inicia à data posterior a intimação, nos termos do art. 798, §1º do CPP oportunamente há de se fazer remissão à Súmula n. 310, do STF: “Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir”.

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA
CONDENATORIA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR

CONSTITUÍDO. CPP, ART. 392. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CF/1988, ART. 5., LVII. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CPP, ART. 594. - A NORMA GERAL DO ART. 370, PAR. 2., CPP, QUE PREVE A INTIMAÇÃO POR MEIO DE SIMPLES PUBLICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NO ORGÃO OFICIAL, NÃO AFASTA A INCIDÊNCIA DA NORMA ESPECÍFICA DO ART. 392, DO MESMO DIPLOMA LEGAL, QUE DISPÕE SOBRE A INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. - **TENDO SIDO O REU CONDENADO POR CRIME INAFIANÇÁVEL E, EXPEDIDO O MANDADO DE PRISÃO, NÃO TIVER SIDO ENCONTRADO, DEVE O SEU DEFENSOR CONSTITUÍDO SER PESSOALMENTE INTIMADO (CPP, ART. 392, III).** - A LUZ DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, QUE CONSAGRA NO CAPÍTULO DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF/1988, ART. 5., LVII), A FACULDADE DE RECORRER EM LIBERDADE OBJETIVANDO A REFORMA DE SENTENÇA PENAL CONDENATORIA E A REGRA, SOMENTE IMPONDO-SE O RECOLHIMENTO PROVISÓRIO DO REU A PRISÃO NAS HIPÓTESES EM QUE ENSEJA A PRISÃO PREVENTIVA, NA FORMA INSCRITA NO ART. 312, DO CPP. - A REGRA DO ART. 594, DO CPP, DEVE HOJE SER CONCEBIDA DE FORMA BRANDA, EM RAZÃO DO ALUDIDO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - "HABEAS-CORPUS" CONCEDIDO.

Decisão

POR UNANIMIDADE, ANULAR A CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO E, POR EMPATE, DEFERIR O BENEFÍCIO DE APELAR EM LIBERDADE, PREVALECENDO, PORTANTO, A DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE. (HC 4965 / MG - Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma)

Se o réu estiver preso, deve ser pessoalmente intimado, bem como seu defensor, como

consequência natural do direito à ampla defesa (autodefesa e defesa técnica). Embora o art. 392

do CPP fixe várias regras para a intimação do réu e seu defensor, podendo haver a intimação somente de um deles, em alguns casos, o ideal é que, sempre, ambos sejam intimados da decisão

condenatória, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa (NUCCI, 2014, pg. 544).

Quando o acusado tiver contra si mandado de prisão expedido e não tiver sido encontrado para o devido cumprimento, intima-se da sentença somente o seu defensor. Permite-se que tal ocorra, somente no caso de defensor constituído, portanto da confiança do réu e, provavelmente, em contato com ele. A intimação dá-se pela imprensa oficial. Quando se tratar de dativo, aplicasse o disposto no inciso VI do art. 392 (por edital) (NUCCI, 2014, pg. 544).

Destarte, caso não haja a intimação do acusado e de seu defensor, a consequência será a nulidade absoluta do feito. Assim, ainda que seja certificado pela vara criminal a preclusão da via impugnativa, afigura-se cabível a interposição de apelação ou a impetração de habeas corpus objetivando a rescisão do trânsito em julgado da

decisão judicial, e subsequente julgamento de eventual recurso que venha a ser interposto (DE LIMA, 2016, pg. 2153).

Em regra, o acusado deve ser intimado pessoalmente. Se o acusado estiver preso em outra unidade da federação, caberá ao juiz fazer expedir carta precatória, sendo inadmissível a intimação por edital. Portanto, a intimação por edital do acusado somente poderá ser feita na hipótese de não ter sido possível sua localização. O prazo desse edital, segundo o art. 392, § 1º, do CPP, será de 90 (noventa) dias, se tiver sido imposta pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, e de 60 (sessenta) dias, nos outros casos. Havendo a necessidade de intimação do acusado por edital, o prazo para apelação correrá apenas após o término do fixado no edital, salvo se, no curso deste, for feita a intimação pessoal (CPP, art. 392, § 2º) (DE LIMA, 2016, pg. 2153).

Art. 393. Revogado.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEX: TJ/DF: Acórdão nº 217022 do Processo nº20030410159027 apr Data17/02/2005 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.criminal.1:acordao:2005-02-17;217022>>

STF: HC 59675 / SP - SÃO PAULO Data 13/04/1982_[Consul. 10 dez. 2020] Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;hc:1982-04-13;59675->>

STF: Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma HC 71044 / SP - SÃO PAULO Data 04/10/1994 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;hc:1994-10-04;71044-1579098>>

STJ: HC 4965 / MG Data 02/12/1996 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;hc:1996-12-02;4965-150893>>

STJ: REsp 300157 / MG Data 04/10/2001 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;resp:2001-10-04;300157-411285>>

STJ: REsp 43333 / SC Data 16/05/1994 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;resp:1994-05-16;43333-66027>>

TJ/DF Acórdão nº 529499 do Processo nº20090111517317apr Data 04/08/2011 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.criminal.2:acordao:2011-08-04;529499>>

TJ/DF: Acórdão nº 287718 do Processo nº20070020100599hbc Data27/09/2007 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.criminal.2:acordao:2007-09-27;287718>>

TJ/DF: Acórdão nº 568824 do Processo nº20110710120785apr Data 23/02/2012 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em

<<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.criminal.1:acordao:2012-02-23;568824>>

TJ/DF: Acórdão nº 689352 do Processo nº20111110037520apr Data 27/06/2013 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em

<<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.criminal.2:acordao:2013-06-27;689352>>

TJ/DF: Acórdão nº 740296 do Processo nº20130110630340rse Data 28/11/2013 [Consul. 10 dez. 2020] Disponível em

<<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.criminal.3:acordao:2013-11-28;740296>>

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LIVRO II

DO PROCESSO EM ESPÉCIE

TÍTULO I – DO PROCESSOS EM ESPÉCIE

CAPÍTULO I– DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

André Novaes da Silva¹
(arts. 394 ao 405)

Art. 394 O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I-Ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4(quatro) anos de pena privativa e liberdade;

II-sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4(quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III-sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

§ 3º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código.

§ 4º As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.

O artigo 394 e seus parágrafos foram introduzidos pela Lei Federal de nº 11.719, de 20 de Junho de 2008, no Código de Processo Penal

Esta Lei trouxe importantes modificações.

A atual redação do artigo 394 do Código de Processo Penal dividiu o procedimento processual em comum ou especial.

Cabe ressaltar que o Rito Especial são aqueles com previsão legal no CPP,

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela instituição EBRADI. Relator do Tribunal de Ética e disciplina do TED 18 de Guarulhos. Presidente da Comissão de Cidadania e Justiça, Política Criminal e Penitenciária da 152 Subseção de Itaquaquecetuba OAB/SP

usando como exemplo o procedimento do júri, ou legislação especial, como a Lei de Drogas de nº 11.343/06.

O procedimento comum divide-se em três modalidades:

1-ordinário: aplicável aos crimes cuja à pena máxima cominada seja igual ou superior a quatro anos;

2-sumário: aplicável aos crimes cuja à pena máxima seja inferior a quatro anos;

3-sumaríssimo: aplicável aos crimes com infrações de menor potencial ofensivo, como aos crimes que à pena máxima não seja superior a dois anos. Cabe ressaltar que às contravenções penais (Decreto-Lei 3.688/1941), aplica-se o procedimento sumaríssimo.

O procedimento ordinário é aplicável subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo.

Artigo 394-A Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

Este artigo foi introduzido ao Código de Processo Penal, através da Lei Federal de nº 13.285/2016.

Os crimes hediondos tipificados no artigo 1º da Lei 8.072/1990, quando processados, terão prioridade processual.

Cabe ressaltar às mudanças significativas através da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), que alterou significativamente a Lei 8.072/1990.

Conforme o estudo acima é referente a procedimentos processuais, a Jurisprudência narra sobre o tema:

“Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto. A adoção de procedimento incorreto só pode conduzir à nulidade do processo de

houver prejuízo às partes, o que, de fato, não se verifica ter ocorrido na hipótese, já que a impetrante se limitou a pleitear a anulação da ação penal sem declinar, contudo, a extensão de eventuais danos suportados pela defesa” (STJ – HC nº 184530 – RJ, Rel. Jorge Mussi, j. 05.02.2013, Dje 15.02.2013).

Art. 395 A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I-for manifestamente inepta

II-faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou;

III-faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. (Revogado).

Este dispositivo legal foi introduzido ao Código de Processo Penal, através da Lei Federal de nº 11.719/2008

Conceito de Manifestamente inepta: a denúncia (e também a queixa) será considerada inepta quando não atender os requisitos do art.41 do CPP, dispositivo que, vale salientar , não sofreu qualquer alteração com o advento da Lei n.º 11.719/08. A peça de acusação , portanto, deve conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo , a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.” A doutrina de Tourinho Filho aponta outros requisitos obrigatórios da denúncia ou queixa, que devem ser observados, conquanto não previstos no artigo 41 do CPP, como, por exemplo, o órgão a quem é dirigida, sua elaboração em português, o lançamento da assinatura do Promotor de Justiça (na denúncia), ou do Advogado com poderes especiais, conferidos pelo querelante, na queixa (Código de Processo Penal comentado, Saraiva: São Paulo, 9ª, ed.2005, vol I, p.155)

Conceito de falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal: Conforme ressalta o promotor de justiça mineiro Rodrigo de Abreu Fudoli, em bem laborado trabalho (Inovações referentes a procedimentos penais, sítio www.jusnavegandi.com.br, elaborado em 25/06/2008), “os pressupostos processuais são a demanda judicial (veiculada pela denuncia ou queixa), a jurisdição (e a competência e imparcialidade do Juízo), a existência de partes que possam estar em Juízo (capacidade processual e de ser parte) , a originalidade (ausência de litispendência ou coisa julgada) As condições da ação

são a atipicidade em tese da conduta descrita na peça acusatória: a legitimidade ativa e passiva: e o interesse de agir.”

Conceito de falta de justa causa para o exercício da ação penal: a amplitude da expressão justa causa, sobretudo quando utilizada como fundamento para a impetração de habeas corpus (Art. 648, inc I do CPP), dificulta uma conceituação mais precisa de seu alcance. De qualquer forma, considera-se justa causa aquele mínimo de suporte fático, aquele início de prova (mesmo que indiciária), capaz de justificar a oferta da acusação em juízo. Assim, denúncia e queixa não podem surgir da imaginação fértil de seus autores, devendo ambas ser precedidas de algum procedimento, alguma documentação, alguma investigação devidamente formalizada, dando apoio à acusação. Esse lastro, via de regra, é conferido pelo inquérito policial que, porém, não se traduz em uma peça essencial para a oferta da denúncia e tampouco da queixa. (Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos/ Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto.- 4. Ed.rev. e atual – Salvador: JusPodivm, 2020. Pag.1208)

Art. 396 Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o Juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebe-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10(dez) dias.

Parágrafo único: No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou defensor constituído.

Este artigo foi inserido no Código de Processo Penal pela Lei 11.719 ,de 2008.

Este dispositivo afirma que se não houver rejeição da denúncia, será recebida ordenando a citação do acusado.

A rejeição da denúncia poderá ser reconhecida após o seu recebimento.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“O fato de a denúncia já ter sido recebida, não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396 – A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa. As matérias numeradas no art.395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e

pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art. 267, § 3º do CPC, c/c o art. 3º do CPP). Hipótese concreta em que, após o recebimento da denúncia, o Juízo de primeiro grau, ao analisar a resposta preliminar do acusado, reconheceu a ausência de justa causa para ação penal, em razão da ilicitude da prova que lhe dera suporte” (STJ- REsp n. 1318180 – DF, Rel, Sebastião Reis Junior). 16.05.2013, Dje 29.05.2013)

Referente ao parágrafo único, referente à citação por edital, caso o réu não compareça ou constitua Advogado, o processo será suspenso, bem como, o prazo prescricional, nos termos do artigo 366 do CPP.

Art. 396-A Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o Juiz nomeará defensor para oferece-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10(dez) dias.

Os dispositivos legais acima citados, foram introduzidos ao Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008.

O Acusado poderá suscitar às teses do seu interesse. Poderá arguir preliminares ao mérito, sob pena de preclusão.

A Defesa poderá juntar documentos pertinentes à matéria arguida e do seu interesse.

O réu poderá arrolar 08(oito) testemunhas no procedimento ordinário.

No procedimento sumário, o réu poderá arrolar 05(cinco) testemunhas.

Cabe ressaltar que o procedimento processual sempre deverá ser respeitado sempre. Neste sentido, à jurisprudência leciona:

“HABEAS CORPUS, CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ANTES DA MANIFESTAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO

PENAL.ILEGALIDADE, ORDEM CONCEDIDA – “Com advento da Lei 11.719/08, o recebimento da denúncia passou a tratar-se de ato complexo, a ser exercido em duas fases distintas. Assim, após o recebimento da denúncia o juiz ordenará a citação do acusado para oferecer resposta à inicial acusatória, devendo se manifestar sobre as razões deduzidas na resposta à acusação. A inobservância do disposto no art. 397 do Código de Processo Penal contraria o devido processo legal, sendo evidente o prejuízo ocasionado ao paciente, que não teve as suas razões previamente analisadas pelo magistrado de origem. Se não fosse necessário exigir que o magistrado apreciasse as questões relevantes trazidas pela defesa – sejam preliminares ou questões de mérito – seria inócua a previsão normativa que assegura o oferecimento de resposta ao acusado. (HC 138.089/SC, Rel. Ministro Félix Fischer, Dje 2.3.10) (STJ – HC nº183555 – MG, Rel. Adilson Vieira Macabu, j. 03.05.2012, Dje 02.04.2012)

No parágrafo primeiro deste dispositivo legal, afirma que a exceção de litispendência será processada em apartado.

Nos sistemas dos Tribunais, será cadastrada como incidente processual.

Após ser cadastrada a exceção de litispendência em apartado não suspendendo o andamento da ação penal.

No parágrafo 2º refere-se a não apresentação da defesa, ou réu que não constitui defensor, o Magistrado nomeará um defensor para apresentação da defesa.

Este Defensor poderá ser um Defensor Público (Defensoria Pública) ou na falta deste órgão na Comarca, poderá ser nomeado um Defensor Dativo, um Advogado inscrito no convênio Defensoria Pública X OAB.

Art. 397 Após o cumprimento do disposto no art. 396- A, e parágrafos, deste Código, o Juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I- a existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato;
- II- a existência manifesta de causa excludente de culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;
- III- que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
- IV- extinta a punibilidade do agente.

A absolvição sumária prevista no art. 397, dependerá das causas de excludente de ilicitude, excludente de culpabilidade, atipicidade do fato e extinção da punibilidade.

O inciso I trata-se da existência de excludente de ilicitude do fato, que estão prevista no artigo 23 do Código Penal, que prevê: o estado de necessidade; a legítima defesa; o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

O inciso II trata-se da existência de excludente de culpabilidade do agente, que são previstas no Código Penal: erro inevitável sobre a ilicitude do fato, denominado erro de proibição (art. 21); coação irresistível e obediência hierárquica (art.22); doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26); inimputabilidade pela menoridade (art.27); embriagues completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º).

O inciso III trata-se da atipicidade do fato, ou seja, o fato narrado não é caracterizado como crime

O inciso IV é quando o Juiz detecta alguma cause de extinção da punibilidade. Citamos algumas para estudo, como o artigo 38 CPP e artigo 103 do CP; artigo 107, I do CP.

Art. 398 (Revogado pela Lei 11.719 de 2008)

Art. 399 Recebida a denúncia ou queixa, o Juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor , do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§2º O Juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Estes dispositivos legais foram incluídos no Código de Processo Penal através da Lei 11.1719/2008.

O artigo prevê o recebimento da denúncia ou da queixa, onde o Magistrado designará a audiência, determinando às respectivas intimações.

O parágrafo primeiro determina que o preso será requisitado para comparecer em seu interrogatório, cabendo à unidade prisional providenciar sua apresentação.

O réu deverá ser citado pessoalmente, sob pena de nulidade, conforme julgado abaixo:

“Diante da obrigatoriedade da citação pessoal do réu preso, trazida pela Lei 10.793/2003, e em respeito ao princípio da ampla defesa, o atual entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a ausência de ato citatório é nulidade absoluta, sendo certo que a simples requisição do réu preso não o supre. Precedentes (STJ – HC nº 175807-MG, Rel. Laurita Vaz, j. 22/02/2011, Dje 14.03.2011).

O parágrafo 2º prevê o princípio da identidade física do Juiz.

O Juiz que conduziu a instrução dos autos, deverá proferir à sentença.

Este princípio garante ao réu, que o Magistrado que conduziu a instrução, e principalmente participou do interrogatório do réu, profira à sentença.

Art. 400 Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60(sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no artigo 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o Juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.

Os dispositivos legais foram incluídos no Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008.

O artigo prevê o prazo de 60 dias para o seu encerramento.

Quando existir vários réus no processo, este prazo deverá ser ultrapassado.

O artigo traz o trâmite da audiência de instrução, onde o Advogado do réu deverá observar com cautela, a parte final do artigo 400 do CPP, onde narra que o interrogatório do réu será o último ato da instrução.

Este artigo garante ao réu acompanhar às inquirições de testemunhas, às produções de provas, esclarecimentos de peritos e reconhecimento de pessoas, e após estes atos judiciais, o réu poderá ser interrogado.

Deverão ser inquiridas às testemunhas de acusação de acusação e posteriormente às testemunhas de Defesa.

Estas testemunhas serão inquiridas compromissadas com o Juízo. As testemunhas que não prestam compromissos, às conhecidas como informantes, estão descritas no artigo 208 do CPP.

As testemunhas poderão ser inquiridas por precatória

§ 1º Garante ao Juiz indeferir provas irrelevantes, pertinentes ou protelatórias.

§ 2º A provocação dos peritos caberá às partes através de prévio requerimento.

Art.401 Na instrução poderão ser inquiridas até 8(oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8(oito) pela defesa.

§ 1º Nesse número não se compreende as que não prestem compromisso e as referidas.

§ 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no artigo 209 deste Código.

Estes dispositivos foram incluídos no Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008.

No tocante ao número de testemunhas, às partes poderão arrolar até 08(oito) testemunhas para cada fato criminoso, conforme à jurisprudência abaixo citada:

“O art. 401, do CPP, estabelece que na instrução poderão ser inquiridas até 8(oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8(oito) pela defesa. O número limite de testemunhas previsto em lei refere-se a cada fato criminoso e devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao se levar em consideração a quantidade de fatos imputados ao denunciado.” (STJ – RHC nº 29236-SP, Rel. Gilson Dipp, j. 28.06.2011, Dje 01.08.2011)

§ 1º refere-se às testemunhas que não prestam compromisso não são contabilizadas conforme prevê o “caput” do art. 401 CPP.

§ 2º A defesa e acusação poderão desistir de qualquer testemunha arrolada, conforme suas conveniências.

O art. 402 Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

Este dispositivo legal foi inserido no CPP pela Lei 11.719, de 2008.

No termo da audiência, o MP, querelante, e o assistente e acusado poderão requerer diligências.

As partes deverão requerer às diligências pertinentes, conforme orientação jurisprudencial:

“A leitura do art. 402 do Código de Processo Penal deixa claro que a Defesa poderá requerer diligências ao final da audiência, se as circunstâncias ou fatos apurados na instrução assim fizerem necessário. Como se vê do relatório da sentença, nada foi pedido pela Defesa. Portanto, não cabe ao Magistrado intimar a Defesa para requerer diligências, uma vez que se trata de iniciativa da parte.” (STJ-180435-SC, Rel. Laurita Vaz, j. 02.08.2012, Dje 13.08.2012).

Art. 403 Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20(vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10(dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10(dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º O Juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5(cinco) dias sucessivamente para apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10(dez) dias para proferir a sentença.

Os dispositivos legais acima foram inseridos no CPP através da Lei 11.719/2008.

O artigo prevê que não havendo diligências, ou sendo indeferidas, serão ofertadas oralmente as alegações finais, iniciando-se pelo MP, com 20 minutos prorrogáveis por mais 10 minutos, assistente de acusação com 10 minutos e defesa com 20 minutos prorrogáveis por mais 10 minutos.

O § 1º determina que em caso de pluralidade de réus, o tempo para cada defesa será individual.

O § 2º Estipula o prazo para o assistente do Ministério Público, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

O § 3º O Juiz poderá converter em memoriais, concedendo o prazo de 05(cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Após às apresentações dos memoriais, o Magistrado terá que proferir a sentença no prazo de 10(dez) dias.

Ressalto que à Defesa ao apresentar preliminar em alegações finais, poderá ser aberta vista ao MP, conforme precedente abaixo:

“Quando a defesa argui preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da deesa” (STF – RHC 104261-SP, Rel. Dias Tófolli, j. 15.03.2012, Dje 06.02.2012).

Art. 404 Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5(cinco) dias, suas alegações finais por memorial, e, no prazo de 10(dez) dias, o juiz preferirá a sentença.

Os dispositivos legais foram inseridos no CPP através da Lei 11.719/2008.

O artigo narra que ao determinar a realização da diligência, a audiência será encerrada sem à apresentação das alegações finais.

No parágrafo único, após à realização da diligência, será aberto o prazo sucessivo de 5 dias, para apresentação de memoriais. Após a apresentação, o Magistrado terá o prazo de 10 dias para proferir a sentença.

Art. 405 Do ocorrido em audiência será lavrado em termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes do registro original, sem necessidade de transcrição.

Os dispositivos legais acima citados, foram inseridos no CPP através da lei 11.719/2008.

O artigo afirma que o ocorrido em audiência será lavrado num termo.

Cabe ressaltar a importância de colocar todos incidentes ocorridos na audiência no termo, como indeferimento de perguntas à testemunha , indeferimento de esclarecimentos durante o interrogatório do acusado e outras ocorrências.

§ 1º Prevê à gravação durante às audiências.

§ 2º Se o registro for feito por meio de audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro, dispensando a transcrição.

Neste sentido, a jurisprudência afirma:

“A Lei processual conferiu maior agilidade a colheita e provas, possibilitando o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, consignando que , no registro por meio de audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição , respeitando desta forma os princípios da celeridade, duração razoável do processo e oralidade. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que a busca da celeridade na prestação jurisdicional é hoje imperativo constitucional, estabelecido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal da República, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (STJ – HC nº 247912- RS – Rel. Nefi Cordeiro, j. 03.06.2014, Dje 20.06.2014.)

REFERÊNCIAS

Código de Processo Penal e Lei de Execução Criminal comentados por artigos / Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, -4 ed. Ver. e atual – Salvador: JusPodvim, 2020.

Curso de direito processual penal/Guilherme de Souza Nucci – 16.ed.-Rio de Janeiro; Forense, 2019.

<https://canalcienciascriminais.com.br/>

<https://www.conjur.com.br/>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

CAPÍTULO II – DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

SEÇÃO I– DA ACUSAÇÃO E DA INSTRUÇÃO PRELIMINAR

Levy Emanuel Magno¹
(arts. 406 ao 421)

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

§ 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

1. **Breve histórico:** o Tribunal do Júri é instituição milenar. A sua origem, segundo doutrina prevalente, remonta à Antiguidade Clássica, quando na Grécia e, posteriormente, em Roma, foram criados os Tribunais Populares, em que os cidadãos participavam da administração da Justiça. Sua fonte mais moderna, porém, é a “Charta Magna Libertatum” de 1215. O primeiro diploma brasileiro a tratar do Tribunal do Júri foi editado em 1822, fixando competência para o julgamento de crimes de imprensa. A partir de então, todos os textos legislativos editados trataram do tema, é bem verdade com peculiaridades específicas, culminando com a disciplina contida no **art. 5º, XXXVIII, CF**.

2. **Regra-Matriz Constitucional:** o art. 5º, XXXVIII, CF, hospeda como garantia constitucional a instituição do júri, com a organização conferida pela

¹ Advogado. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Formou-se pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça aposentado. Integrou o Setor de Recursos Especial e Extraordinário do Ministério Público de São Paulo. Coordenou o Centro de Apoio das Promotorias Criminais do Estado de São Paulo (CAOCRIM). Presidente da Comissão de Relação da Ordem dos Advogados do Brasil com o Ministério Público de São Paulo. Cursou Direito Penal e Direito Processual Penal Alemão, Europeu e Transcontinental na George August Universitat – Alemanha. Professor de Direito Processual Penal, Direito Penal e Legislação Extravagante.

legislação ordinária, àquele que se envolver em crimes dolosos contra a vida. Trata-se de cláusula pétrea, vedada qualquer supressão da instituição por conta do art. 60, §4º, CF. A organização (regulamentação) dada pela lei ordinária deve obedecer aos quatro comandos constitucionais: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos, e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

3. Competência e procedimento especial: nos termos do art. 5º, XXXVIII, “c” e “d”, CF, extrai-se pela literalidade do texto que o júri tem **competência** para apreciação dos **crimes dolosos contra a vida** (consumados ou tentados), e que referidos julgamentos estão protegidos pela soberania dos veredictos. Estando na esfera de competência dos crimes dolosos contra a vida, o juiz determinará a observação do **procedimento especial**, especialíssimo, ou soleníssimo, como alguns pretendem chamar, que a partir de agora se procede a uma avaliação. O fato de estar presente o evento **morte**, não permite a uma conclusão automática de se tratar de fato a ser submetido ao procedimento do júri. A exemplo, o C. Supremo Tribunal Federal editou a súmula 603, assim redigida: “A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri”.

4. Procedimento especial do júri: justiça estadual ou federal: a competência da justiça federal é fixada de acordo com as hipóteses relacionadas no art. 109, CF. Há uma série de situações em que o constituinte entendeu por bem outorgar a competência para presidir aos juízes federais; não sendo de competência da justiça federal, o fato será, de forma residual, de competência da justiça estadual. Na realidade do dia a dia forense criminal, quase a totalidade de procedimentos relativos a crimes dolosos contra a vida tramita no âmbito da justiça estadual. Vislumbra-se, de acordo com o art. 109, CF, a possibilidade de júri na esfera estadual quando a vítima for **funcionário público federal**, e o móvel do crime estiver relacionado ao **exercício da função** (Súmula 147, STJ), quando o móvel do crime for uma disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI), ou, ainda, quando o crime for cometido a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar (art. 109, IX, CF). A propósito, o Tribunal Regional Federal (3ª Região) determinou o julgamento de réu ao plenário do Júri, em razão de acusação de assassinar uma **perita** da Justiça do Trabalho em dezembro de 2008 (Processo 0000179-78.2009.403.6181 – referido processo criminal tramitou na 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo)

5. Ausência de competência exclusiva: o júri não tem competência exclusiva para crimes dolosos contra a vida. A competência é **mínima**, pois permite também a apreciação de fatos de crimes diversos dos dolosos contra a vida, desde que presente hipótese de conexão com estes. Em julgado didático, “a regra estabelecida no art. 78, I, do CPP de observância obrigatória, faz com que a competência constitucional do tribunal do júri exerça uma *vis atractiva* sobre **delitos** que apresentem relação de continência ou **conexão** com os **crimes dolosos contra a vida**. Precedentes (...) (HC 101542, Rel. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. em 04/05/2010 - negritei).

6. Mitigação da soberania dos veredictos: quando se diz que os crimes dolosos contra a vida estão protegidos pela **soberania dos veredictos**, há que se fazer, também, uma interpretação específica, pois tal garantia não tem caráter absoluto. Referida garantia constitucional não é absoluta, pois, primeiro, recebida a denúncia perante juízo da Vara do Júri (1ª fase do procedimento), e decorrida a instrução, o juiz monocrático que preside a Vara do Júri “absolverá desde logo o acusado, quando: I – **provada** a inexistência do fato; II – **provado** não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o **fato não constituir** infração penal; IV – **demonstrada** causa de isenção de pena ou de exclusão do crime” (hipóteses de absolvição sumária decorrentes da redação dada pela Lei nº 11.689/2008 - negritei). A natureza jurídica da “decisão” judicial é de **sentença absolutória**. A absolvição sumária depende de **prova inequívoca** de uma das hipóteses acima relacionadas, tanto que o dispositivo exige que seja “provado(a)” ou demonstrada (inciso IV). E essa prova ou demonstração deve ser debitada à defesa. As provas aptas a uma sentença de absolvição sumária são aquelas obtidas em sede de contraditório judicial. É situação que desconstitui a pretensão punitiva do Estado, e, transitada em julgado a sentença, faz coisa julgada material. Inclusive, diga-se de passagem, se absolvido sumariamente nas hipóteses dos incisos I – provada a inexistência do fato, II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato, e IV (última parte), demonstrada causa de exclusão de crimes – hipóteses excludentes, a sentença criminal repercutirá positivamente no âmbito cível e administrativo. A exemplo, se absolvido pela legítima defesa real, sem qualquer excesso ou hipótese de “*aberratio ictus*” com resultado duplo ou múltiplo, o réu estará reflexamente absolvido no âmbito cível e administrativo. A segunda mitigação da soberania dos veredictos diz respeito à possibilidade de **revisão criminal** dos julgados pelo Tribunal do Júri, exclusivamente na hipótese “*pro reo*”. Havendo trânsito em julgado da sentença condenatória, o

Tribunal no qual tenha se consumado o trânsito em julgado (STF, STJ, TRF ou TJ), poderá julgar a revisão criminal (art. 626, CPP), absolvendo o réu em uma das hipóteses do art. 386, CPP. Entende-se que após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o Tribunal passa a ser o **juiz natural** para julgamento da revisão criminal, como se julgamento de piso fosse (de 1º grau) podendo “alterar a classificação da infração, **absolver** o réu, modificar a pena ou anular o processo.” (art. 626, CPP – negritei). Nesse sentido, “o Tribunal competente para julgar a Revisão Criminal pode, analisando o feito, confirmar a condenação, ou, no juízo revisional, alterar a classificação do crime, reduzir a pena, anular o processo ou mesmo **absolver o condenado**, nos termos do art. 626 do CPP. V. Uma vez que o Tribunal de origem admitiu o erro judiciário, não por nulidade no processo, mas em face de contrariedade à prova dos autos e de existência de provas da inocência do réu, não há ofensa à soberania do veredicto do Tribunal do Júri se, em juízo revisional, absolve-se, desde logo, o réu, desconstituindo-se a injusta condenação. Precedente da 6ª Turma do STJ. [...] (REsp 1304155/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6ª T., j. em 20/06/2013). Na mesma linha, “em uma análise do instituto da revisão criminal, observa-se que entre as prerrogativas oferecidas ao Juízo de Revisão está expressamente colocada a possibilidade de **absolvição** do réu (REsp 964.978/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Min. Adilson Vieira Macabu, Des. Convocado TJ/RJ, 5ª T. j. em 14/08/2012). 7. **Procedimento especial e prerrogativa de foro:** questão importante se refere a competência e procedimento daqueles que tem prerrogativa de foro prevista no âmbito da Constituição Federal ou Constituições dos Estados e do DF. Determinadas pessoas, em razão dos cargos que ocupam, se violarem a lei penal, responderão em sede de competência originária nos Tribunais (STF, STJ, TRFs, e TJs). Os juízes de 1º grau, como regra, não têm competência para presidir a ação penal. Diz-se, por regra, porque tal questão passou por diversas alterações nos últimos tempos. Inicia-se a colocação, com a Súmula 721, C. STF: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Esta-dual.” No entanto, o C. STF, alterou o entendimento: (I) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas (Tese definida na AP 937 QO, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 3-5-2018, DJE 265 de 11-12-2018). Pelo novo entendimento do C. STF, se o agente com prerrogativa de foro fixado na CF praticar

crime doloso contra a vida, só será julgado em sede de competência originária se o crime for cometido **durante** o exercício do cargo e **relacionados** às funções desempenhadas. Dado o aspecto incomum de pessoas com prerrogativa de foro se envolverem em crimes dolosos, há se aguardar caso concreto para saber, ao certo, como se posicionará o C. STF.

8. Recebimento de denúncia: cabe ao magistrado que atua na Vara do Júri (especializada em razão da matéria), diante de uma peça acusatória ofertada pelo MP, avaliar se estão presentes os requisitos para recebê-la ou rejeitada. Os motivos para eventual rejeição encontram-se elencados no art. 395, CPP (inépcia, falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou falta de justa causa para o exercício da ação penal). Na hipótese de rejeição, o magistrado deverá proferir decisão mediante fundamentação expressa, cabível, no caso, recurso em sentido estabelecido no art. 581, I, CPP, no prazo de 5 dias para interposição. O recebimento da denúncia é decisão que interrompe a prescrição, iniciando-se a contagem prescricional a partir desse momento. Desde a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, não se conta a prescrição antes do recebimento da peça acusatória como outrora se fazia. Assim, “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa” (art. 110, §1º, CP). O recebimento da denúncia ou queixa torna a pessoa do denunciado réu, mas ainda não forma a relação processual que se consumará com a citação válida do acusado(a).

9. Recebimento da denúncia e fundamentação: o C. STF entende dispensável fundamentação concreta e expressa: “nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a decisão de recebimento da denúncia prescinde de fundamentação por não se equiparar a ato decisório para os fins do art. 93, inc. IX, da Constituição da República. Precedentes. (...) (HC 118183, Rel. Cármen Lúcia, 2ª T., j. em 10/12/2013)

10. Recebimento da denúncia e recurso cabível: na hipótese, não há previsão legal de recurso, mas havendo coação ilegal demonstrável de plano e sem a necessidade de instrução criminal, o advogado poderá se valer da impetração de ordem de *habeas corpus* perante o Tribunal hierarquicamente superior, fundamentando o manejo na falta de justa causa, quando não houver justa causa, ou quando extinta a

punibilidade (art. 647, I e VII, CPP). Nesse sentido, o “trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus, somente se dá em hipóteses **excepcionais**, nas quais **seja patente** a atipicidade da conduta, a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade do delito, ou a presença de alguma causa extintiva de punibilidade. (HC 585.789/PE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. em 07/12/2020)

11. Citação: a citação é o chamamento do réu para que tenha conhecimento do teor da acusação descrita na peça acusatória. Deve ser sempre pessoal, sob pena de não permitir o prosseguimento válido da ação penal. Na hipótese, pode ser feita por mandado, carta precatória ou carta rogatória. Na hipótese de o réu se recusar a receber o oficial de justiça, ou mesmo de assinar eventual recebimento, referido oficial poderá certificar que cientificou o acusado(a), e o juiz determinará o prosseguimento do feito à revelia, nomeando advogado dativo ou provocando a atuação da Defensoria Pública. A ação penal até pode tramitar sem a presença do réu (à revelia dele), mas nunca sem a defesa técnica. A ausência de atuação defensiva, seja qual for o ato processual, ocasionará nulidade absoluta no feito.

12. Resposta à acusação: a defesa técnica, em nome do réu, deverá ser ofertada no prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do “efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído”. A data do efetivo cumprimento do mandado é aquela constante da certidão do oficial de justiça. Normalmente o meirinho certifica que compareceu até a presença do réu e o citou, apondo a data do ato. A data consignada é o termo inicial da contagem. Outra questão importante. Querendo ter vista dos autos para avaliar a conveniência ou não de atuação, ou mesmo para verificar em condições em que se encontram os autos, não deve juntar instrumento de procuração para fim de “exercer a defesa nos autos de nº ...”, pois o juiz pode e, no mais das vezes vai compreender, que a contagem para ofertar resposta à acusação teve seu início regular. O advogado pode ter acesso aos autos para consulta sem estar munido de qualquer procuração, salvo se tramita em segredo de justiça

13. Resposta à acusação e imprescindibilidade: a resposta à acusação é condição de prosseguibilidade. Sem ela, o magistrado não pode determinar o seguimento do feito à luz do que dispõe o art. 408, CPP: “**Não apresentada a resposta no prazo legal**, o juiz **nomeará defensor** para **oferecê-la** em até 10 (dez) dias,

concedendo-lhe vista dos autos”. Com isso, ainda que fora de prazo, o juiz deve considerar o(s) pleito(s) nela contido. Nesse sentido, “a resposta à acusação é **obrigatória** e se defensor particular a apresentou de forma extemporânea, mas o Juiz aceitou a peça, não há como desconsiderar apenas o rol de testemunhas. 3. Está correta a declaração de nulidade pelo Tribunal de Justiça, pois o acusado teve cerceada a garantia constitucional de plenitude da defesa. Ele suportou condenação sem a oportunidade de produzir prova oral em decorrência da atuação intempestiva de seu patrono, ausente a paridade de armas necessária ao processo penal (...) (Resp 1828483/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. em 03/12/2019)

14. Resposta à acusação e absolvição sumária (art. 397, CPP): recebida a denúncia, a primeira oportunidade de defesa técnica é a resposta à acusação subscrita por advogado. Há procedimentos em que a defesa tem o direito de oferecer defesa preliminar antes de o juiz analisar eventual recebimento da peça acusatória (procedimento perante juizado especial criminal, no de crimes funcionais, no de competência originária, e no da lei antidrogas). A Lei nº 11.719/2008 deu nova roupagem aos procedimentos separando o procedimento comum do especial. Desde já é de se consignar, por oportuno, que o procedimento dos crimes dolosos contra a vida é um procedimento especial. Para o procedimento comum, sem nenhuma dúvida ou controvérsia, estabeleceu-se a possibilidade de absolvição sumária (art. 397, CPP), após a resposta à acusação. Mas de maneira controvertida, estabeleceu-se uma dúvida quanto à possibilidade de aplicabilidade da absolvição sumária prevista no art. 397, CPP, no procedimento especial do júri. Tal fato se deve ao fato de o art. 394, § 3º, CPP, dispor que “Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento **observará** as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código”, afastando, numa interpretação literal, a possibilidade de aplicação do art. 397, CPP. No entanto, de acordo com a reforma de 2008, o art. 394, § 4º, assim dispôs: “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”, vale dizer, ainda que o procedimento esteja previsto em lei especial. Surge, então, a grande dúvida: aplica-se ou não ao procedimento especial do júri a absolvição sumária prevista no art. 397, CPP, após ofertada a resposta à acusação? Há que se fazer uma interpretação sistemática do CPP à luz da Constituição Federal. Explica-se. Nos termos do art. 5º, LV, CF, aos **litigantes**, em **processo judicial** serão asseguradas as garantias da **ampla defesa**, contraditório, e todos os recursos a ele inerentes. O texto constitucional deixa claro que não se deve outorgar ao litigante (e isso se caracteriza com o recebimento da peça acusatória –

quando então nos deparamos com a figura do réu), apenas o direito de defesa e sim, como expresso no texto constitucional, a “ampla defesa”. A resposta à acusação é a primeira oportunidade conferida ao acusado após o magistrado tê-lo tornado réu e, nos termos do art. 406, §3º, poderão ser arguidas preliminares, oferecer documentos, justificações, especificar provas e, mais importante, “**alegar tudo que interesse a sua defesa**”. O C. STJ pacificou o entendimento de não ser possível a absolvição sumária do art. 397, CPP: “caso em que não se aplica a regra do art. 397 do CPP. Nos processos que tramitam pelo rito do Tribunal do Júri, a avaliação acerca da absolvição é regulada pelo art. 415 do CPP. Precedentes. (RHC 68.765/ES, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª T., julgado em 17/11/2016)”. De qualquer forma, sendo uma tese de defesa consistente, não se observa impedimento a que se sustente não só a rejeição tardia da denúncia, mas também teses que estejam relacionadas às hipóteses de absolvição sumária. Nesse aspecto: “é possível ao Juiz reconsiderar a decisão de recebimento da denúncia, para rejeitá-la, quando acolhe matéria suscitada na resposta preliminar defensiva relativamente às hipóteses previstas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal” (STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1.291.039/ES 2011/0263983-6, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 24/9/13).

Na mesma linha de raciocínio, “o recebimento da denúncia não impede que, após o oferecimento da resposta do acusado (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal), o Juízo reconsidere a decisão prolatada e, se for o caso, impeça o prosseguimento da ação penal” (STJ, Quinta Turma, HC 294.518/TO, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 2/6/15).

Art. 407. As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

1. Exceções: são defesas indiretas que não guardam relação com a procedência ou não da ação penal. Veiculam questões relativas às questões de validade do feito no juízo onde a demanda foi proposta, ou mesmo de condições da ação.

2. Modalidades: elas se subdividem em exceção de suspeição, incompetência do juízo, litispendência, ilegitimidade de parte, ou coisa julgada. Sempre serão processadas de forma apartada e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal (artigo 111 do CPP).

3. Efeitos: do ponto de vista dos efeitos, podem ser **peremptórias** (implicam na extinção do feito – litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada), ou **dilatórias** (alteram o juízo sem extinção do feito – suspeição e incompetência de juízo). No procedimento do júri não há alteração de conteúdo em relação às exceções fixadas quando das regras gerais apostas nos art. 95 a 112, CPP (ver comentários nos respectivos artigos)

Art. 408. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos.

Resposta à acusação e obrigatoriedade: “a nomeação da Defensoria Pública ocorreu de forma legal, uma vez que, após a citação do réu, a resposta à acusação não foi apresentada no prazo consignado, de modo que, o juízo de primeiro grau, em conformidade com o art. 396-A, § 2º, do CPP, nomeou essa Instituição (AgRg no RHC 128.844/PB, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. em 15/12/2020)

Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.

1. Preliminares: são questões (objeções) de ordem processual que podem levar ao reconhecimento de nulidade do feito. Por se tratar de questão relevante, o autor da ação penal deve se manifestar sobre a arguição e seus fundamentos.

2. Documentos: o art. 232, CPP, estabelece o conceito formal de documento (“consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares). A definição de documento, numa interpretação literal, é insuficiente. Deve ser considerado documento qualquer exteriorização de pensamento sobre fato juridicamente relevante no campo penal de forma **materializada**. Assim, os conteúdos de um “pen drive”, CD, ata notarial, print de conversa de WhatsApp, resultado de uma interceptação telefônica, entre outros oriundos da aplicação de tecnologia, ainda que não disciplinados expressamente pela lei, devem ser considerados documentos e assim devem ser tratados. Havendo apresentação de documento que possibilite a alteração

do quadro apresentado com a descrição inicial, não qualquer dúvida da necessidade de o autor se manifestar.

3. Querelante subsidiário: todos os crimes dolosos contra a vida são de ação penal pública incondicionada. O titular privativo é o Ministério Público. O querelante referido no dispositivo é o subsidiário, exclusivamente quando houver inércia do MP na propositura da ação penal (art. 29, CPP)

Art. 410. .O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias. (

Prazo impróprio: o prazo de dez dias fixado para consecução das diligências é impróprio, apenas um referencial. Caso não seja possível o cumprimento de diligências no prazo legal, nenhuma nulidade poderá ser apontada. Trata-se apenas de lapso de tempo utilizado como referencial, sem nenhuma consequência nas hipóteses de descumprimento.

Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

§ 1º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz.

§ 2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código.

§ 4º As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez).

§ 5º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual.

§ 6º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

§ 8º A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no caput deste artigo.

§ 9º Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

1. Audiência: o procedimento deve ser compreendido como ato processual destinado a coleta da prova oral. O ato está sujeito ao contraditório real (*direct examination e cross examination*), no qual as partes podem perguntar diretamente aos ofendidos, às testemunhas, aos eventuais peritos, entre outros que tiverem de ser ouvidos.

2. Réu solto: tendo sido intimado pessoalmente para o comparecimento e, estando ausente no momento do ato processual, o juiz deverá realizá-lo normalmente sem, não antes, decretar sua revelia. Havendo justificativa de ausência do acusado, a tempo, o juiz poderá decidir adiar a realização do ato processual.

3. Réu preso: deve ser requisitado para ser apresentado na audiência. Existe a possibilidade de aplicação do sistema de videoconferência (art. 185, §2º, CPP)

4. Réu preso em outro Estado da Federação: o C. STJ entende ser possível a realização da audiência se presente a defesa técnica do acusado, não havendo nenhuma ilegalidade na realização do ato sem a presença dele. Nesse sentido: “o comparecimento do paciente em juízo não se concretizou em razão de fundamentação idônea, qual seja, o fato de que ele estava preso em comarca de outra unidade da federação, no interior do estado de Goiás, motivo pelo qual a sua condução para a audiência seria muito onerosa para a Administração Pública, com inevitável atraso da jurisdição” (HC 613.985/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. em 07/12/2020). Ademais, se houver concordância da defesa constituída, o ato será plenamente válido, notadamente em razão da ausência de prejuízo.

5. Ordem das oitivas: o CPP, para melhor orientar a instrução, esclarece a ordem em que serão ouvidos aqueles que foram arrolados na denúncia e na resposta à acusação. Sendo possível, deve ser ouvida o ofendido, seguindo-se das testemunhas arroladas pela acusação e defesa; após, eventuais peritos, assistentes técnicos, finalizando-se com a acareação, reconhecimento, e outras providências nesse sentido; por fim, o interrogatório do réu. Contudo, (...) “atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas.

Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal.⁵ Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal - Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado. 6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas. 7. Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitiva de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19/3/2020, ou seja, após a realização de todas as oitivas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira (...) (HC 585.942/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, j. em 09/12/2020). Há tendência, no entanto, de os Tribunais Superiores validarem o curso processual quando não ficar evidenciado a existência de prejuízo. Nesse sentido, “a Lei Processual Penal em vigor adota, nas nulidades processuais, o princípio da *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte (...) (HC 574.885/PE, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. em 30/06/2020). Cabe, portanto, principalmente à defesa se preocupar, sempre, em identificar e apontar o prejuízo decorrente de eventual inversão no âmbito das oitivas.

6. Interrogatório: Outra questão relevante. O interrogatório do réu, seja em procedimento comum, especial, ou mesmo em legislação extravagante, deve ser ultimado por último, pouco importando como esteja previsto literalmente nos textos

legais. O C. STF, no HC n. 127.900/AM, estabeleceu que a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se aos processos penais militares, aos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial.

7. Audiência una: o legislador desejou que a audiência destinada a instrução criminal fosse efetivada de uma só vez, em um só dia. Na prática, o dispositivo é mero elemento normativo orientador, pois, como se sabe, a audiência só pode se realizar em um só dia quando todos os foram intimados e estão presentes. Salvo tal situação, o juiz, na hipótese de insistência das partes (de testemunhas ou vítimas faltantes ou qualquer prova equivalente), redesignará o ato para outra data em continuidade, sem que isso signifique qualquer irregularidade ou nulidade.

§ 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

8. Mutatio libelli: após a instrução criminal, verificando o titular da ação penal que o crime configurado é diverso daquele descrito na inicial, avaliará a necessidade de aditamento próprio (real ou pessoal), providenciando a adequação no ritual estabelecido no art. 884, CPP. Observa-se, por ser oportuno, que o aditamento pode ser feito a qualquer tempo, não havendo necessidade de se aguardar o término da instrução criminal, sem que isso acarrete nenhuma nulidade, cabendo ao titular da ação penal a iniciativa.

9. Mutatio libelli provocada pelo magistrado: existe, na doutrina, dois conceitos de aditamento: espontâneo por parte do legitimado, ou provocado, sugerido pelo juiz. Assim, no que se refere a última hipótese, provocado, pode ocorrer, no decorrer da instrução criminal, ou mesmo ao final, que o magistrado decida, de ofício, dar vista dos autos ao Ministério Público para fins do art. 384, CPP. Pela técnica, o juiz deveria evitar uma manifestação dessa ordem, pois estaria, sem dúvida, se imiscuindo no seio da acusação, cuja atribuição constitucional exclusiva é do órgão. E se alguma dúvida havia quanto à inadequação de o juiz dar vista ao Ministério Público, destaca-se que a redação original do art. 384, CPP, era: “Se o **juiz** reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas” (negritei),

mas com a reforma decorrente da Lei nº 11.719/2008, não restou dúvida acerca da impossibilidade jurídica de o juiz dar vista ao Parquet para que se manifeste acerca de eventual aditamento. Assim, “encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).”

10. Alegações finais orais: Plenamente possível, ainda que não haja previsão expressa, a que o juiz converta as alegações orais em memoriais, notadamente quando concorde as partes, ou quando o feito assim o exigir. A deliberação judicial autorizando memoriais não causa qualquer tipo de nulidade. Por fim, se o membro do Ministério Público entender por bem apresentar as alegações orais, e a defesa desejar apresentá-las por escrito, na forma de memoriais, poderá requerer ao juiz prazo para tanto, justificando o pleito na complexidade ou qualquer outra circunstância relevante.

11. Mais de um réu: na hipótese de o juiz converter em memoriais, poderá conceder o prazo de 5 dias ao Ministério Público, seguindo-se de prazo comum para as defesas.

12. Ausência de pessoa intimada: desejou o legislador infraconstitucional, como já dito anteriormente, que a audiência fosse realizada em um só dia. No entanto, como também frisado, nem sempre é possível praticar todos os atos numa só data, razão pela qual o juiz poderá redesignar ou data em continuidade. Tendo havido notificação válida de testemunha, vítima, ou perito, o juiz poderá determinar a condição coercitiva por meio de oficial de justiça, na mesma data, ou em data redesignada pelo juízo.

13. decisão: após as alegações finais, sejam na forma oral, ou em memoriais, o juiz poderá proferir 3 tipos de decisões (pronúncia, impronúncia, ou desclassificação), ou uma sentença meritória (absolvição sumária).

14. decisão ou sentença no termo: compreendendo estar apto, o juiz poderá proferir decisão ou sentença oral no próprio termo, e na presença das partes, ou optar por proferi-las em 10 dias.

15. prazo impróprio: o prazo fixado pela lei é impróprio, pois caso seja superado ou ultrapassado pelo magistrado, nenhuma nulidade maculará os autos.

Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

Prazo impróprio: o prazo acima referido é impróprio, pois caso seja excedido, o magistrado ou mesmo o Tribunal não reconhecerá nenhum vício, nulidade ou irregularidade de forma automática. Tudo dependerá, sempre, do caso concreto. Assim, “eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. (HC 605.431/RS, Rel. Min, Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. em 09/02/2021) Da Pronúncia, da Impronúncia e da Absolvição Sumária

SEÇÃO II– DA PRONÚNCIA. DA IMPRONÚNCIA E DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

Levy Emanuel Magno²

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

² Advogado. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Formou-se pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça aposentado. Integrou o Setor de Recursos Especial e Extraordinário do Ministério Público de São Paulo. Coordenou o Centro de Apoio das Promotorias Criminais do Estado de São Paulo (CAOCRIM). Presidente da Comissão de Relação da Ordem dos Advogados do Brasil com o Ministério Público de São Paulo. Coursou Direito Penal e Direito Processual Penal Alemão, Europeu e Transcontinental na George August Universitat – Alemanha. Professor de Direito Processual Penal, Direito Penal e Legislação Extravagante.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

1. **Pronúncia e natureza jurídica:** pronúncia é uma decisão interlocutória de cognição limitada e não terminativa. Ela “encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação da sentença condenatória, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se pro societate (...) (AgRg no AREsp 1745667/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 01/12/2020). Limitada, pois o juiz coleta a prova sob o crivo do contraditório apenas com o objetivo de identificar **prova da existência de um crime doloso contra a vida e indícios suficientes de autoria**. Os indícios precisam ser sérios e minimamente responsáveis, não sendo possível o embasamento por depoimento de “ouvir dizer”, ou mesmo por elemento informativo não confirmado em sede judicial. Nesse aspecto, “muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório colhido sob o contraditório judicial, fundada exclusivamente em elementos informativos obtidos na fase inquisitorial, mormente quando essa prova está isolada nos autos, como na hipótese, em que há uma única declaração, colhida no inquérito e não confirmada em juízo. (...) 5. Não se verifica contrariedade à lei federal em acórdão que deixa de acolher o testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular. (...) (REsp 1444372/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., julgado em 16/02/2016). A decisão de pronúncia não é terminativa, pois não encerra a relação processual, mas tão somente uma fase processual, encaminhando o réu para a segunda fase do procedimento denominado de “*judicium causae*”. O intervalo correspondente entre o recebimento da denúncia e a pronúncia é denominado de “*judicium accusationis*”. Havendo **qualquer tipo de controvérsia** detectada em razão da coleta da prova, caberá ao magistrado pronunciar o acusado, pois é vedado, pela sistemática do procedimento especial, adotar para si uma das teses, se mais de uma existente. As “eventuais contradições e incertezas nas provas angariadas devem ser dirimidas no Plenário do Tribunal do Júri, pelo seu Conselho de Sentença, único juízo constitucionalmente competente para sopesar se

deve prevalecer a narrativa da Acusação ou a narrativa da Defesa (...) (AgRg no AREsp 1675836/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. em 03/11/2020). O juízo natural, como sabido, é o Tribunal do Júri formado por 25 jurados leigos e um juiz togado (juiz-presidente), sendo que dentre os leigos serão escolhidas 7 pessoas por sorteio (formarão o Conselho de Sentença). Dessa forma, recomendável que o advogado não sustente, em sede de alegações finais, a existência de controvérsias ou dúvidas relevantes do ponto de vista indiciário, pois fornecerá elementos de convicção ao magistrado que implique em lastro para a decisão de pronúncia, além do que abre o flanco para acusação em eventual plenário. Imperioso que o advogado se acautele, portanto, no momento de oferecer sua manifestação final, lembrando sempre que por se tratar de procedimento especial, as alegações finais no júri não podem se assemelhar a qualquer outra prevista em procedimento diverso, daí a especialidade.

2. Crime doloso contra a vida e crime conexo: a jurisprudência majoritária segue no seguinte sentido: "Admitida a imputatio acerca do delito da competência do Tribunal do Júri, o ilícito penal conexo também deverá ser apreciado pelo Tribunal Popular. [...] O crime conexo só pode ser afastado - e este não é o caso dos autos - quando a falta de justa causa se destaca in totum e de pronto" (EDcl no REsp 1486745/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. em 15/05/2018).

3. Excesso de linguagem: o juiz responsável por presidir a primeira fase do procedimento do júri é responsável pela avaliação da admissibilidade da acusação e, se o caso, pronunciar o acusado. Deve ser comedido no manejo palavras, sob pena de configurar eventual excesso de linguagem. O magistrado não pode se utilizar de termos decisivos, certos, indubitáveis, pois não incumbe a ele proceder ao julgamento da causa, lembrando, por outro lado, que o juiz da causa (jurado) receberá uma cópia dessa decisão, podendo ser influenciado com os termos mais incisivos. Configurado eventual excesso, a defesa pode manejar recurso em sentido estrito (art. 581, IV, CPP), buscando anular a decisão maculada com o vício do excesso, buscando a determinação de que outra seja proferida. Conforme entendimento do C. STJ, "na sentença de pronúncia, o dever de fundamentação do magistrado deve ser cumprido dentro de limites estreitos, com linguagem comedida, sob pena de influenciar os jurados. As teses de defesa e elementos de prova devem ser sopesadas pelo Conselho de Sentença, por expressa previsão constitucional, sendo atribuídas, ao juiz presidente, apenas a direção e a condução de todo o procedimento, bem como a lavratura da sentença final.

2. A afirmação de que, sem qualquer dúvida, o veículo no qual estavam os réus deliberadamente ingressou na contramão para com a derrubada do motociclista com o fito de, com sua morte, fazer que os policiais parassem para socorrer a vítima e os deixassem fugir, traz forte valoração do mérito da causa, sendo, portanto, passível de influenciar o Conselho de Sentença. 3. Anulada a sentença de pronúncia para que outra seja proferida, mostra-se flagrante o excesso de prazo sem a submissão da recorrente a julgamento pelo Tribunal do Júri (...).

(REsp 1723140/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. em 23/06/2020). No mesmo sentido: “no caso dos autos, há evidente excesso de linguagem na sentença de pronúncia. Reconhecida a ilegalidade, deve ser anulada a decisão, com a determinação de que outra seja prolatada, sem o vício apontado. 5. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1442002/AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., julgado em 28/04/2015)”

4. Medidas cautelares de natureza pessoal: No momento em que o juízo proferir a decisão interlocutória de pronúncia, deverá revisitar a necessidade de aplicar eventual medida cautelar de natureza pessoal, ou mesmo autorizar que o agente pronunciado permaneça em liberdade. Tratando-se de análise de eventual medida cautelar pessoal, o juiz deverá se pautar no trinômio legalidade, necessidade e adequação ou não de medida cautelar diversa prisão. A regra, como se sabe, é a de permitir que o agente permaneça em liberdade sem qualquer condição. Estando o agente preso preventivamente (art. 311 e 312, CPP), o juiz deverá avaliar a necessidade de revalidar (renovar) a prisão preventiva, fundamentando concretamente a necessidade e justificando a razão pela qual a medida cautelar diversa é inadequada e insuficiente. Poderá entender, também, que a prisão não é mais necessária, substituindo a prisão por medidas cautelares diversas (art. 319/320, CPP). Ainda dentro das possibilidades, pode revogar a prisão sem qualquer condição específica. Enfim, afora a decisão de manter em liberdade sem qualquer condição, todas as demais carecem de fundamentação expressa. Caso a defesa não concorde com a decretação, o remédio imediatamente cabível é o manejo de habeas corpus (art. 647 e 648, I, CPP), perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

5. Recurso cabível: cabível o recurso em sentido estrito (art. 581, IV, CPP), a ser manejado no prazo de 5 dias a contar a intimação, seguindo-se a regra do

art. 798, §1º, CPP.

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

1. Impronúncia e natureza jurídica: a decisão de impronúncia é interlocutória mista e terminativa. Ela encerra a relação processual, posto que ausentes os requisitos de admissibilidade e inviabiliza o prosseguimento do feito para a fase seguinte (“judicium causae”). O âmbito de avaliação judicial é limitado (cognição limitada). É decisão proferida quando o juiz não vislumbra, entre os elementos de prova colhidos durante a instrução criminal, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. É, grosso modo, uma espécie de arquivamento do processo por falta de condições para prosseguimento. A decisão não transita em julgado materialmente falando, pois, surgindo provas novas poderá o feito ser restaurado. A única impossibilidade de restauração se dará diante da ocorrência de alguma causa extintiva de punibilidade (morte do agente ou prescrição).

2. Prisão e Impronúncia: estando o agente preso preventivamente durante a ação penal, com a superveniência da decisão de impronúncia haverá soltura imediata sem qualquer condição imposta.

3. Recurso cabível: cabível o recurso de apelação (art. 416, CPP), a ser manejado no prazo de 5 dias a contar a intimação, seguindo-se a regra do art. 798, §1º, CPP

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

1. **Absolvição Sumária e natureza jurídica:** é a única “decisão” judicial, entre as quatro do procedimento do júri, configurador de verdadeira **sentença absolutória**, inclusive com efeitos materiais diretos e indiretos. Ela é proferida sob a ótica certeza. Havendo dúvida ou controvérsia da ocorrência de qualquer de suas hipóteses, de acordo com a prova coletada, o juiz deve proferir decisão de pronúncia e deixar a competência reservada ao Tribunal do Júri,

2. **Recurso cabível:** cabível o recurso de apelação (art. 416, CPP), a ser manejado no prazo de 5 dias a contar a intimação, seguindo-se a regra do art. 798, §1º, CPP

Art. 416. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação.

2. **Recurso cabível:** cabível o recurso de apelação (art. 416, CPP), a ser manejado no prazo de 5 dias a contar a intimação, seguindo-se a regra do art. 798, §1º, CPP

Art. 417. Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código.

Aditamento ou oferecimento de nova denúncia: ao pronunciar o agente, verificando o juiz a existência de indícios de autoria em relação a pessoas não contempladas na peça acusatória, esse dará vista ao Ministério Público para se manifestar. Tendo em vista o adiantado estado do feito, recomendável a que o membro do Parquet, entendendo ser caso de acusá-lo criminalmente, possa oferecer nova denúncia, de modo a não permitir o atraso dos autos originais

Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

Emendatio libelli: o dispositivo se assemelha na sua inteireza ao art. 383, CPP, e trata da possibilidade de o juiz, com base na **descrição** feita pelo legitimado na peça inaugural acusatória (denúncia ou queixa), entender que aquela descrição se amolda em outro tipo penal, e não naquele capitulado pela parte. O juiz não pode, como já dito, alterar de ofício a **descrição** do fato criminoso. Nunca poderá alterar a descrição. A atribuição é exclusiva do legitimado. O que se permite, com a “*emendatio libelli*” é simples: com a descrição feita pelo legitimado, e sem alterá-la, o juiz pode entender que a descrição se amolda em outro tipo penal. A exemplo, em determinada denúncia, o membro do Ministério Público descreve circunstanciadamente que o réu matou a vítima por motivo fútil simplesmente porque foi traído (art. 121, §2º, II, CP). A descrição é essa e o juiz não pode alterar. No entanto, como base na descrição pode o magistrado entender que matar por conta de traição é motivo torpe e repugnante, pronunciando o réu como incurso no art 121, §2º, I, CP. Ele apenas amoldou o fato descrito a outro tipo.

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1o do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.

1. **Desclassificação e natureza jurídica:** trata-se de decisão interlocutória voltada para o reconhecimento da incompetência do juízo. Exige um juízo de certeza de que não se trata de fato que se amolde aos crimes dolosos contra a vida. E não se amoldando, cabe ao magistrado remeter o feito ao juízo comum para reavaliação. Diz-se juízo de certeza, pois se houver alguma controvérsia sobre tratar-se ou não de crime doloso contra a vida, o juiz deve pronunciar o acusado e deixar que o juízo natural, Tribunal do Júri, resolva o eventual impasse. Lembra-se que sendo encaminhado para julgamento em plenário, portanto, pronunciado, os jurados também poderão optar pela tese da desclassificação e optar por ela no momento da votação na sala secreta.

2. **Nomear o crime identificado:** o juiz, ao desclassificar o fato e reconhecer que ele é de competência do juízo comum, não é recomendável nomear qual infração penal está vislumbrando para tanto. Ele, enquanto magistrado, chegando à conclusão da desclassificação, deve, fundamentadamente, dizer que não se trata de crime doloso contra a vida, mas não nominar a infração penal, porque tal atribuição será do

Ministério Público oficiante perante juízo diverso. Nos autos do processo sob nº 17.901/DF (Tribunal do Júri de Brasília), que tratou do fato envolvendo a morte do índio pataxó Galdino Jesus dos Santos, em que a morte de se deu por ter os réus jogado combustível no corpo e ateado fogo na vítima, fato que ganhou muita repercussão na época (<https://jus.com.br/jurisprudencia/16290/o-caso-do-indio-pataxo-queimado-em-brasilia>), o juízo entendeu por bem desclassificar a conduta dos réus para lesão corporal seguida de morte. Houve recurso do Ministério Público, tendo o TJDF mantido a decisão da juíza. Interposto recurso especial pelo Parquet, o C. STJ entendeu por bem determinar fossem os réus pronunciados, e assim se pronunciou: “a decisão, na fase da pronúncia, aprecia a admissibilidade, ou não, da acusação, não se confundindo com o denominado "iudicium causae". V - A desclassificação, por ocasião de "iudicium accusationis", só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano. VI - Na fase da pronúncia (iudicium accusationis), reconhecida a materialidade do delito, qualquer questionamento ou ambiguidade faz incidir a regra do brocardo "in dubio pro societate". VII - Detectada a dificuldade, em face do material cognitivo, na realização da distinção concreta ente dolo eventual e preterdolo, a acusação tem que ser considerada admissível (REsp 192.049/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. em 09/02/1999). Dessa forma, não há como o juiz desclassificar a conduta quando a prova coletada indica a existência de controvérsia sobre configurar ou não crime doloso contra a vida.

3. Réu preso: estando o réu preso, e decidindo pela desclassificação, o juiz que proferiu a decisão avaliará a necessidade de manutenção da prisão preventiva, pois, como sabido, não há prisão cautelar automática. O art. 419, p. único, numa interpretação sistemática, é nitidamente inconstitucional, pois impõe a manutenção da prisão quando os autos forem encaminhados a outro juízo. Como dito, ao desclassificar, o juiz deve avaliar se há necessidade de manutenção da prisão até que o juízo comum possa avaliar a questão da medida cautelar de natureza pessoal.

4. Recurso cabível: cabe recurso em sentido estrito (art. 581, II, CPP), a ser manejado no prazo de 5 dias.

Art. 420. A intimação da decisão de pronúncia será feita:

- I – pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público;
 - II – ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do disposto no § 1º do art. 370 deste Código.
- Parágrafo único. Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.

1. Intimação: é o ato pela qual se comunica oficialmente a parte sobre determinado ato processual. Somente as partes ou representante das partes serão intimados. Vale destacar julgado do C. STJ: “conforme jurisprudência consolidada no âmbito deste Superior Tribunal, "A intimação pessoal a que se refere o art. 370 do CPP somente é exigível quando se tratar de membro do Ministério Público, defensor público ou dativo; na hipótese, trata-se de advogado constituído pelo réu." (AgRg no AREsp n. 709.215/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 13/10/2015). (...) (AgRg no AREsp 1771126/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 17/02/2021)

2. Intimação da pronúncia: (i) **acusado:** pessoalmente (estando custodiado cautelarmente, a intimação se dará no estabelecimento prisional onde se encontra); (ii) **defensor nomeado ou dativo:** pessoalmente; (iii) **Ministério Público:** pessoalmente. “Na linha do julgamento do HC 83.255 (rel. min. Marco Aurélio), a intimação pessoal do Ministério Público se dá com a carga dos autos na secretaria do Parquet. 2. Se houver divergência entre a data de entrada dos autos no Ministério Público e a do "ciente" aposto nos autos, prevalece, para fins de recurso, aquela primeira. (...) (HC 83821, Rel. Joaquim Barbosa, 1ª T., j. em 01/06/2004); (iv) **defensor constituído, querelante subsidiário, ou assistente do Ministério Público:** intimação por meio do Diário Oficial.

3. Réu que se encontra em local incerto e não sabido: tratando de réu nessa condição, a intimação se dará por edital. Nessa situação, não basta que haja intimação apenas de seu defensor, sendo exigível, também para ele, a expedição do edital.

Art. 421. Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 1º Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§ 2º Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão.

1. Preclusão: a preclusão (definitividade) pode se dar pela ausência de recurso da pronúncia, ocasião em que o cartório certificará o trânsito em julgado, ou pelo improvimento dos recursos interpostos em relação a ela.

2. Preclusão e providência judicial: observada a preclusão, o juiz dará vista ao Ministério Público para fim de cumprir a fase do art. 422, CPP, oportunidade de formulação de requerimentos antes da realização do plenário. A fase do art. 422, CPP, é o momento em que as partes poderão requerer o que entenderem cabível e necessário, além de ser o momento de arrolar testemunhas.

3. Circunstância superveniente: situação de difícil ocorrência prática. Havendo superveniência de circunstância que altere o fato, o juiz dará vista ao Ministério Público para fim de análise e eventual aditamento. A exemplo, réu pronunciado por tentativa de homicídio e, pós pronúncia definitiva (preclusa), a vítima vem a falecer. O Ministério Público, no caso, poderá verificar se há nexos do óbito com a conduta e, sendo positivo aditará a denúncia para fim de descrever um homicídio consumado. A defesa, é claro, terá o direito de contraditar tal procedimento.

SEÇÃO III – DA PREPARAÇÃO DO PROCESSO PARA JULGAMENTO EM PLENÁRIO

Clesio Medeiros Junior¹
(arts. 422 ao 435)

Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

O artigo 422 trata especificamente do início da fase da preparação do processo para julgamento em plenário pelo juiz presidente, oportunizando às partes, tanto acusação, quanto defesa, a possibilidade de arrolarem as testemunhas que serão ouvidas no plenário do Tribunal do Júri. O Código de Processo Penal, nesta fase, trouxe o número de cinco testemunhas as quais devem ser arroladas com manifestação expressa da sua imprescindibilidade, a fim de evitar prejuízo processual à parte cuja testemunha, embora intimada, venha a faltar no dia da sua oitiva. A parte que arrolar a testemunha, mostrando sua imprescindibilidade, poderá requerer ao juiz presidente a sua condução coercitiva, caso venha a se ausentar no dia da sessão de julgamento. Por outro lado, não demonstrando a imprescindibilidade, não poderá haver a condução coercitiva. Vale ressaltar que o fornecimento de dados para localização da testemunha é ônus da parte. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido: “Habeas Corpus. Nulidade. Homicídio Qualificado. Tribunal do Júri. Sessão de Julgamento. Testemunha. Cláusula de Imprescindibilidade. Ausência de Oitiva de Testemunha não Localizada. Ônus da Parte. Relevância não demonstrada. Prejuízo não Evidenciado. Constrangimento Ilegal. Ausência. 1. Não se configurou a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, por cerceamento de defesa, ante a negativa de adiamento, pelo não comparecimento de testemunhas de defesa que não foram localizadas, uma vez que o fornecimento de dados suficientes à localização é ônus da parte; além de não ter sido comprovada a imprescindibilidade dos testemunhos,

¹ Procurador Legislativo. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP. Também é professor em Cursos Preparatórios para Concursos.

demonstrando em que termos o depoimento poderia modificar as premissas fáticas constantes dos autos. Precedentes. 2. Ordem denegada.” (HC 498441/SP – Ministro: Sebastião Reis Junior, 6ª Turma, Data Julgamento: 17/09/2019, Data Publicação: 25/09/2019). Assim como no procedimento comum ordinário, o juiz presidente analisará o pedido de produção de provas, podendo indeferir àquelas que entender serem protelatórias ou impertinentes, dando à parte prejudicada o direito de se fazer valer dos meios processuais para coibir um indeferimento abusivo. Vê-se que o Código de Processo Penal traz a previsão do mesmo número de testemunhas para a acusação e para a defesa, assim como a oportunidade de ambos os lados requererem a produção de prova na sessão de julgamento, consagrando o princípio da paridade de armas e também do contraditório e da ampla defesa, na medida em que, além de oportunizar a produção de prova, também dá à outra parte conhecimento, a fim de que possa contradita-las.

Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente.
I – ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa;
II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

O juiz presidente, ao analisar o pedido de produção de provas das partes, na forma do artigo anterior, deverá deferir aquelas necessárias para a busca da verdade dos fatos, podendo indeferir aquelas que julgarem protelatórias e/ou impertinentes. E, como já afirmado, cabe à parte prejudicada alegar o cerceamento de defesa, buscando os meios processuais para tanto. Após deliberar sobre o requerimento de provas, o juiz irá sanear o feito, ordenando as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade que possa existir no processo, evitando-se assim que o processo vá a julgamento contaminado por alguma nulidade. Esta fase é muito importante, já que o juiz de direito, como presidente e aplicador da lei, deve evitar que o processo esteja contaminado com alguma nulidade insanável que possa comprometer o andamento e julgamento do processo. O inciso II do referido artigo menciona a existência de um relatório, que deve ser elaborado pelo juiz de direito, que determinará a inclusão do processo na pauta da reunião do Tribunal do Júri. O relatório, embora sucinto, deve

conter o resumo dos fatos constantes na denúncia ou queixa; um resumo das matérias de defesa; menção sobre toda prova produzida, desde a fase inquisitorial, bem como aquela produzida em audiência de instrução e julgamento, sob o crivo do contraditório e, especialmente, sobre o interrogatório do acusado. Esse relatório também deve conter breves considerações sobre a decisão de pronúncia, do pedido de produção de provas das partes, bem como quaisquer outras ocorrências que sejam importantes no decorrer do processo, como a concessão de liberdade provisória, interposição de recursos, dentre outros. Esse relatório, assim como na sentença, tem o objetivo de demonstrar às partes, acusação e defesa, que o juiz presidente percorreu todos os caminhos previstos para que o processo fosse submetido a julgamento pelo plenário do Júri.

Art. 424. Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 433 deste Código.

Parágrafo único. Deverão ser remetidos, também, os processos preparados até o encerramento da reunião, para a realização de julgamento

O artigo 424 trata da questão da organização para que o processo seja submetido a julgamento pelo plenário do Tribunal do Júri, consagrando as normas de organização judiciária de cada local. As normas de organização judiciária são aquelas que normatizam o funcionamento da estrutura do Poder Judiciário. Há casos em que o processo poderá tramitar perante uma Vara Criminal comum e, após o saneamento, na forma dos artigos anteriores, sejam remetidos a Vara Especializada do Tribunal do Júri, tudo a depender da comarca e da lei de organização judiciária de cada local. Frisa-se que isso não acarreta na violação do juiz natural, uma vez que já há prévia previsão legal. O referido artigo deixa à cargo da lei de organização judiciária o papel de indicar a competência para processamento e julgamento do processo, justamente consagrando a grande diferença de legislação existente em nosso país.

SEÇÃO IV – DO ALISTAMENTO DOS JURADOS

Clesio Medeiros Junior²

Art. 425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população.

§ 1º Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do § 3o do art. 426 deste Código.

§ 2º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.

O modo como se dá o alistamento dos jurados merece atenção. Isso porque, embora o artigo 425 trata especificamente da forma como isso acontece, na prática, podemos observar que há uma diferença no processo de alistamento dos jurados, principalmente quando se trata de grandes cidades e capitais. Em cidades menos povoadas, é perfeitamente possível a aplicação do § 2º, onde o juiz requisitará às autoridades locais, associações de classe e bairro, entidades e instituições a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercerem a função de jurado. Consigne-se que o juiz presidente não pode e nem deve ter contato direto com a escolha desses jurados, a fim de manter sua imparcialidade e evitar qualquer nulidade. Em comarcas maiores, é comum a utilização da listagem de cartórios eleitorais para a escolha dos jurados, que coletam vários nomes e remetem ao juiz presidente para a composição da listagem. O “caput” do referido artigo traz o número de alistados baseado na quantidade de habitantes de cada cidade, o que na prática pode se tornar insatisfatório.

Art. 426. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri.

² Procurador Legislativo. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP. Também é professor em Cursos Preparatórios para Concursos.

§ 1º A lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva.

§ 2º Juntamente com a lista, serão transcritos os arts. 436 a 446 deste Código.

§ 3º Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente.

§ 4º O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído.

§ 5º Anualmente, a lista geral de jurados será, obrigatoriamente, completada.

Esse artigo cuida da publicidade dos nomes dos alistados, determinando que a lista dos jurados deve ser publicada pela imprensa (Diário Oficial) e através de editais a serem fixados nas sedes dos Fóruns, com o nome e profissão, a fim de dar transparência à população. Veja que a população tem até o dia 10 de novembro para contestar a escolha de determinado jurado. Um cidadão pode, por exemplo, alegar ausência de idoneidade moral para que o escolhido possa exercer a função de jurado.

O § 3º trata da fiscalização das partes interessadas no processo de alistamento dos jurados. Anteriormente, somente o Ministério Público fazia parte do processo de fiscalização. Com o a Lei Federal nº 11.689/2008, o legislador aumentou o rol, com previsão da participação de advogado indicado pela OAB local e de Defensor Público, indicado pela Defensoria Pública. Finalmente, o § 4º e o § 5º tratam sobre o processo de renovação dos jurados, uma vez que não é ideal que as mesmas pessoas sempre figurem como jurados, o que ocorre em muitas comarcas pequenas.

SEÇÃO V – DO DESAFORMENTO

Clesio Medeiros Junior³

Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante

³ Procurador Legislativo. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP. Também é professor em Cursos Preparatórios para Concursos.

representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

§ 1º O pedido de desaforamento será distribuído imediatamente e terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma competente.

§2º Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.

§ 3º Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada.

§ 4º Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.

O desaforamento é um importante instituto processual com aplicação apenas nos feitos de competência do Tribunal do Júri. Trata-se da alteração da competência inicialmente estabelecida conforme previsão no artigo 69, do CPP. Em outras palavras, pode ocorrer a alteração de competência se ocorrer qualquer uma das hipóteses legais. O referido artigo trata expressamente das hipóteses legais em que está autorizada a mudança de competência: i) se o interesse da ordem pública o reclamar; ii) houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado. Na primeira hipótese, o legislador visou proteger a ordem pública, evitando que julgamentos que possam acarretar intranquilidade social possam ser desaforados. Na segunda situação, o legislador preocupou-se com a imparcialidade do corpo de jurados e com a segurança pessoal do acusado. É muito comum que crimes dolosos contra a vida possam acarretar grande mobilização social, manifestações populares de indignação, dentre diversos comportamentos que possam colocar em risco a própria integridade física do acusado, além de macular a imparcialidade do corpo de jurados, que devem analisar a causa com isenção de ânimo. É o que acontece, frequentemente, em pequenas comarcas do interior, onde a comoção social acaba por atrapalhar o julgamento. São por esses motivos que o legislador criou o instituto do desaforamento, para evitar julgamentos tendenciosos e graves danos ao acusado. Veja que o referido artigo traz o rol das partes que podem determinar ou requerer o desaforamento: o Ministério Público, o assistente, o querelante ou o acusado ou mediante representação do juiz competente. Insta mencionar que no desaforamento, o julgamento será em outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. Todavia, havendo como motivo o comprometimento da parcialidade em comarcas circunvizinhas, o feito poderá ser julgado na comarca da Capital, como já decidiu o STJ: “PROCESSUAL PENAL. DESAFORAMENTO. TRIBUNAL DO JÚRI.

MODIFICAÇÃO EPISÓDICA DA REGRA DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA O JULGAMENTO POPULAR. DÚVIDAS ACERCA DA PARCIALIDADE DO JÚRI. MOTIVOS RELEVANTES QUE COMPROMETEM O JULGAMENTO POPULAR. COMARCAS CIRCUNVIZINHAS COM O MESMO COMPROMETIMENTO DE PARCIALIDADE. JULGAMENTO NA COMARCA DA CAPITAL. POSSIBILIDADE. 1. Nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal, em regra, a competência para julgamento das infrações penais é determinada pelo lugar em que se consumou o delito. Há, entretanto, situações em que a própria lei autoriza o deslocamento da competência, com o escopo de proteger princípios caros ao processo e à ordem jurídica vigente. 2. No rito do julgamento pelo Tribunal do Júri, o desaforamento encontra disciplina nos arts. 427 e 428 do Código de Processo Penal, possibilitando a modificação episódica da regra de competência territorial para o julgamento popular. 3. Por força de regramento legal, nos casos de interesse da ordem pública; dúvidas acerca da imparcialidade do Júri; para a segurança pessoal do acusado; ou em virtude de excesso de serviço no foro original, desloca-se o julgamento do acusado em Plenário para outra comarca que esteja livre dos vícios apontados. 4. No caso concreto, o Juiz de Direito da Comarca de Fronteiras/PI externou o temor que as testemunhas demonstram ao depor, bem como a manifesta incapacidade dos jurados para ofertarem um julgamento ético, justo e imparcial. 5. Estando o juiz da causa mais próximo das partes e da própria comunidade julgadora, tem maior sensibilidade para aferir os detalhes e os problemas que envolvem o processo, motivo pelo qual, em feitos deste jaez, suas informações alcançam enorme relevância para a apreciação do pedido em tela, podendo muito bem aferir o peso de possível parcialidade do Tribunal do Júri. 6. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o desaforamento do processo, com sua transferência para a Comarca da Capital, não afronta o art. 427 do CPP, tendo em vista que a escolha da nova localidade deve ser feita levando-se em conta o caso concreto, não havendo obrigatoriedade de se remeter o feito à Comarca mais próxima. 7. Persistindo nas comarcas circunvizinhas os mesmos motivos que levaram ao deslocamento do julgamento, correta foi a decisão tomada pelo Colegiado estadual para garantir a imparcialidade do Júri. 8. A desconstituição do disposto pelas instâncias de origem, entendendo pela desnecessidade do desaforamento é inadmissível na angusta via do habeas corpus, ante a imperiosa necessidade de revolvimento do conteúdo fático-probatório. 9. Ordem de habeas corpus denegada.” (HC 307963/PI – Ministro: Antônio

Saldanha Palheiro, 6ª Turma, Data Julgamento: 27/06/2017, Data Publicação: 01/08/2017). Os § 1º a 4º tratam da competência para julgamento do desaforamento e seu modo de processamento perante a Câmara ou Turma competente para tanto. Destaca-se que o instituto do desaforamento não viola o juiz natural, na medida em que há previsão legal anterior, bem como se trata de medida excepcional, já que visa garantir a imparcialidade do juiz e diversos outros direitos constitucionalmente observados, como a integridade física do acusado e a celeridade de julgamento. Convém mencionar que não há previsão legal para o “reaforamento”, ou seja, a devolução do processo para julgamento na comarca, uma vez cessado o motivo que originou o desaforamento inicial. Outro ponto de grande destaque é que a oitiva da defesa é obrigatória. A Súmula nº 712, do STF, determina que “é nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa”. Nesse sentido, há inclusive o informativo de jurisprudência do STJ nº 0323, que assim dispõe: “DESAFORAMENTO. JÚRI. INTIMAÇÃO. DEFESA. Na espécie, ao ser realizado novo julgamento pelo Tribunal do Júri na comarca em que o paciente foi condenado, foi dissolvido o Conselho de Sentença pelo juiz presidente por ter sido noticiada a quebra de incomunicabilidade por uma das juradas, encerrando-se a referida sessão. Diante desse fato, o MP representou pelo desaforamento do processo. Isso posto, ressalta o Min. Relator que, no presente *habeas corpus*, a defesa do paciente alega que não foi intimada para apresentar manifestação acerca do pedido de desaforamento, tampouco foi intimada da data do julgamento no TJ. Nesses casos, há precedentes do STF e do STJ, reclamando a audiência de defesa à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que se faz indispensável sob pena de nulidade do ato. Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem, anulando o julgamento para que se proceda a outro, ouvindo-se previamente a defesa, que também será intimada para a sessão de julgamento.” Precedente citado: HC 34.043-SE, DJ 1º/7/2004. HC 62.915-RS, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 12/6/2007.

Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

§ 1º Para a contagem do prazo referido neste artigo, não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa.

§ 2º Não havendo excesso de serviço ou existência de processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, o acusado poderá requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento.

O artigo 428, homenageando o princípio da celeridade processual, traz uma nova hipótese de autorização de desaforamento: o excesso de serviço, que pode ocasionar a demora no julgamento do processo. O referido artigo menciona que o julgamento deve ocorrer no prazo de 06 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, sendo que, se não ocorrer, desafiará pedido de desaforamento pelas partes. O § 1º, prestigiando o princípio da boa-fé processual e do prejuízo, dispõe que na contagem do prazo, não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa. Todavia, para que o Tribunal de Justiça reconheça o desaforamento com base no excesso de serviço, esse deve restar devidamente comprovado. Caso inexistir o excesso, a corte se limitará a determinar que o julgamento seja realizado de forma rápida, na comarca onde o feito tramita, sem reconhecer o desaforamento.

SEÇÃO VI – DA ORGANIZAÇÃO DA PAUTA

*Clesio Medeiros Junior*⁴

Art. 429. Salvo motivo relevante que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência.

I – os acusados presos;

II – dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão;

III – em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

§ 1º Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem prevista no caput deste artigo.

§ 2º O juiz presidente reservará datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado.

⁴ Procurador Legislativo. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP. Também é professor em Cursos Preparatórios para Concursos.

Esse artigo inicia a seção da organização da pauta de julgamento, com a preferência na ordem dos julgamentos dos processos pelo rito especial do Tribunal do Júri. O inciso I prestigia o direito à liberdade do cidadão, ao trazer a preferência no julgamento dos acusados que estão privados de liberdade em detrimento daqueles que se encontram soltos. Consigne-se que dentre os acusados que estiverem presos, deve se dar prioridade àqueles que tiverem há mais tempo na prisão e, em havendo igualdade de condições, terão prioridades àqueles que foram primeiramente pronunciados. Nota-se que o “caput” excepciona a situação em havendo motivo relevante, sendo que a ordem preestabelecida nos incisos não é absoluta. Importante ressaltar que havendo qualquer desvio na elaboração da pauta de julgamento, o acusado prejudicado pode se valer de habeas corpus em razão de evidente constrangimento ilegal ao seu direito de liberdade. Por isso, é importante dar publicidade a pauta de julgamento, justamente para que haja esse controle pelas partes, conforme estabelecido no § 1º, do referido artigo.

Art. 430. O assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar.

O artigo em apreço trata especificamente da habilitação da figura do assistente de acusação, trazendo um prazo para que isso ocorra no prazo, qual seja, cinco dias antes da data da sessão do julgamento. Esse prazo é necessário para que haja correta preparação da sessão, bem como a parte contrária tenha conhecimento do seu ingresso, em nome do princípio do contraditório. Note que se o assistente de acusação já tenha sido habilitado nos autos em oportunidade anterior, o referido prazo se torna desnecessário.

Art. 431. Estando o processo em ordem, o juiz presidente mandará intimar as partes, o ofendido, se for possível, as testemunhas e os peritos, quando houver requerimento, para a sessão de instrução e julgamento, observando, no que couber, o disposto no art. 420 deste Código.

Importante ponto a ser considerado foi que a Lei Federal nº 11.689/2008 consagrou a obrigatoriedade da intimação do ofendido (vítima) para o dia da sessão de

instrução e julgamento (desde que seja possível, é claro). Vale ressaltar que ainda que o Ministério Público, o querelante ou a defesa não tenha arrolado a vítima, deve o juiz presidente intimá-la para comparecer a sessão de instrução e julgamento. Outrossim, o juiz deve proceder a intimação do acusado, das testemunhas e dos peritos, quando houver requerimento, para que haja a produção de prova em plenário. O acusado, embora solto, tem o dever de ser intimado para comparecer e exercer seu direito a autodefesa, caso queira, sendo causa de nulidade. O acusado que esteja preso, de igual forma, tem o direito de ser interrogado, mas não é obrigado a comparecer na sessão de seu julgamento

SEÇÃO VII – DO SORTEIO E DA CONVOCAÇÃO DOS JURADOS

Clesio Medeiros Junior⁵

Art. 432. Em seguida à organização da pauta, o juiz presidente determinará a intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica.

Antes do advento da Lei nº 11.689/2008, não havia obrigatoriedade da intimação dos maiores interessados no sorteio e convocação dos jurados. O sorteio se dava às portas abertas, garantindo-se a publicidade do ato processual, mas não havia previsão expressa da necessidade da intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública. Com a mudança, o legislador buscou dar maior credibilidade e lisura ao sorteio dos jurados. Em havendo ausência de qualquer das partes, o sorteio se dará normalmente, conforme previsão expressa no § 2º, do artigo 433, prestigiando a celeridade processual e adiamento dos atos sem necessidade. Neste

⁵ Procurador Legislativo. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP. Também é professor em Cursos Preparatórios para Concursos.

contexto, impõe-se um esclarecimento: deverão ser intimados os representantes das instituições (OAB, Defensoria e MP) e não daqueles que irão efetivamente atuar no processo, como o próprio advogado constituído ou o promotor do caso.

Art. 433. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária.

§ 1º O sorteio será realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.

§ 2º A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes.

§ 3º O jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para as reuniões futuras.

O “caput” do referido artigo prevê que o juiz presidente fará o sorteio dos jurados em portas abertas, prestigiando a publicidade e lisura do ato, como já menciona acima. O juiz procederá o sorteio de 25 (vinte e cinco) jurados, que serão intimados para comparecerem no dia do julgamento. Esse número é muito importante porque o juiz sorteará número a maior do necessário justamente para atender o artigo 463, do Código de Processo Penal, que ainda será analisado. Destaca-se que o sorteio de número a maior não configura, em tese, nulidade, uma vez que em julgamentos muito importantes, poderá haver uma maior ausência, o que pode acarretar na inviabilidade do julgamento, justamente por não haver o número mínimo de 15 (quinze) jurados. O § 1º dispõe que o sorteio será realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião. Por sua vez, em atenção ao princípio da celeridade processual, como já tratado acima, o § 2º veda o adiamento pelo não comparecimento das partes. Por fim, o § 3º traz que o jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para futuros julgamentos do Tribunal do Júri.

Nos termos do artigo 435, a lista dos jurados deve ser publicada, a fim de que haja controle sobre referido ato. Qualquer cidadão pode impugnar até o dia 10 de novembro, já que é de conhecimento público. Todavia, ocorrendo qualquer causa de suspeição ou impedimento, o momento oportuno é após o sorteio dos 07 (sete) jurados que comporão o conselho de sentença, ou seja, os que figurarão como juízes leigos.

Art. 434. Os jurados sorteados serão convocados pelo correio ou por qualquer outro meio hábil para comparecer no dia e hora designados para a reunião, sob as penas da lei.

Parágrafo único. No mesmo expediente de convocação serão transcritos os arts. 436 a 446 deste Código.

A Lei nº 11.689/2008 inovou em permitir que os jurados sorteados serão convocados por correio ou qualquer outro meio hábil para comparecer no dia e hora designados. Isso se deu em nome da celeridade processual. Há diversas comarcas em que portarias autorizam o envio de carta registrada (por “AR”) para convocação dos jurados. Com o avanço da tecnologia, essa notificação tem sido por vezes através de telefone ou mesmo aplicativos de mensagens instantâneas. O que se deve atentar é a possibilidade de certificar que o jurado teve conhecimento do dia e hora designados para a sessão de julgamento. É importante destacar que a intimação por mandado, através do oficial de justiça, ainda é o meio mais eficaz para notificação e intimação no processo penal, ainda mais se considerarmos o bem jurídico envolvido: a liberdade do acusado. Isso porque o oficial de justiça, como auxiliar e serventuário da justiça, tem fé pública, presumindo-se verdadeiro os teores de suas certidões. Mas o Poder Judiciário não pode fechar os olhos ao avanço da tecnologia, à celeridade processual, a carência de servidores, razão pela qual têm-se impulsionado a utilização de outros meios hábeis para a notificação e intimação dentro do processo penal. Nesse ínterim, o Código de Processo Civil de 2015, aplicado analogicamente ao processo penal, admite a utilização de carta registrada para esses fins, conforme artigo 273, inciso II, do CPC.

O artigo 442, que ainda será estudado, prevê a aplicação de multa de 01 (um) a 10 (dez) salários mínimos ao jurado que, notificado, não comparece na sessão de julgamento, sem apresentar justificativa legítima. Dessa forma, caso haja alguma intercorrência com o jurado, este deve comparecer perante o Fórum e submeter sua justificativa ao juiz presidente, a fim de ilidir a multa do artigo 442.

Art. 435. Serão afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

Como dito anteriormente, a relação com os jurados convocados, o nome do acusado e os procuradores das partes, bem como o dia, hora e local da sessão de julgamento deve ser afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri, a fim e dar publicidade e conhecimento a toda população.

SEÇÃO IV – DA FUNÇÃO DO JURADO

Luiz Fernando Bernardes¹
(arts. 436 ao 452)

Artigo 436 O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

§ 1º Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução.

§ 2º A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado.

A função de jurado não é uma faculdade, mas uma obrigação legal. Para ser jurado o cidadão precisa ter mais de 18 anos e possuir notória idoneidade. Idônea é aquela pessoa considerada honesta, digna, honrada e de boa reputação na comunidade.

O Judiciário costuma buscar os jurados nas relações dos cartórios eleitorais. Também é efetuada uma pesquisa para saber se o jurado não possui antecedentes criminais. O cidadão com antecedentes criminais não cumpre o requisito de notória idoneidade e não pode ser jurado.

Na prática, a maioria dos jurados são cidadãos de classe média, muitos funcionários públicos, alguns empregados de empresas privadas e poucos são voluntários.

A idade mínima (maior de 18 anos) é muito criticada por parte da doutrina por entender que a pessoa dessa idade, embora tenha atingido a maioridade civil, ainda é muito jovem, possuindo pouca experiência de vida para exercer, com responsabilidade, a função de jurado. (NUCCI, 2020, p. 913, nota 118).

Embora a lei não diga, não podem ser jurados os analfabetos, devendo ainda, o cidadão possuir perfeita saúde mental e física compatível com a função, como audição, visão e voz, ser brasileiro e estar em pleno gozo dos seus direitos políticos. (NUCCI, 2020, pág. 914, nota 121).

¹ Advogado. Especialista em Ciências Criminais (Universidade Municipal de São Caetano do Sul).

O parágrafo primeiro veda a discriminação e o preconceito como causa para impedir alguém de ser jurado.

Por sua vez, o parágrafo segundo define a multa que será aplicada pelo juiz, de acordo com a condição econômica, à pessoa que se recusar, sem justificativa, a exercer a função de jurado.

Art. 437. Estão isentos do serviço do júri:

I – o Presidente da República e os Ministros de Estado;

II – os Governadores e seus respectivos Secretários;

III – os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais;

IV – os Prefeitos Municipais;

V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública;

VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública;

VII – as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública;

VIII – os militares em serviço ativo;

IX – os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa;

X – aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento.

O artigo elenca as pessoas que, por exercerem determinadas funções e profissões, estão isentas de servir como jurado. A presença, no Conselho de Sentença, de alguma pessoa elencada nos incisos I a VIII deste artigo, pode acarretar a nulidade do julgamento. (HC 236.475 – SP, 6ª Turma, Relator Sebastião Reis Júnior, 23.08.2016, v.u.).

No caso do inciso IX, deve haver requerimento para a dispensa, podendo, caso assim deseje, o maior de 70 anos, servir como jurado.

O inciso X autoriza a dispensa do serviço do júri mediante requerimento demonstrando justo impedimento. É uma cláusula genérica que será verificada pelo juiz no caso concreto.

Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto.

§ 1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins.

§ 2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Se a recusa para servir como jurado tiver motivação religiosa, política ou filosófica, deverá a pessoa prestar serviço alternativo a ser fixado pelo juiz, sob pena de suspensão de seus direitos políticos.

O problema é que a lei não diz por quanto tempo seria essa prestação de serviço alternativo e nem como se daria a suspensão dos direitos políticos, algo bastante grave em uma democracia, deixando ao arbítrio do magistrado, respeitando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Segundo a doutrina: “...*pensamos que o serviço alternativo não pode durar mais que um dia – afinal, é a média de trabalho de uma sessão plenária no Tribunal Popular.*” (NUCCI, 2020a, pág. 148).

De toda sorte, é algo raro de acontecer, pois a maioria dos jurados preferem dar outras justificativas para não exercer a função. (NUCCI, 2020a, pág. 148).

Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.

Exercício efetivo da função de jurado significa ter composto o Conselho de Sentença ao menos uma vez, não bastando o simples alistamento.

O jurado presta relevante serviço à justiça e por isso tem algumas vantagens definidas por lei, como a presunção de idoneidade moral e prisão especial até julgamento definitivo, em caso de crime comum.

Art. 440. Constitui também direito do jurado, na condição do art. 439 deste Código, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária.

A lei concede aos que prestaram o efetivo serviço de jurado, preferência em caso de empate, em licitações e concursos públicos, assim como para promoções e remoções voluntárias no serviço público.

Art. 441. Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri.

O empregador privado ou o órgão público, não pode descontar do salário ou dos vencimentos, os dias em que o empregado ou funcionário público faltou ao trabalho para exercer a função de jurado no Tribunal do Júri. O jurado pode justificar as faltas ao trabalho mediante atestado fornecido pela justiça no dia da sessão de julgamento.

Art. 442. Ao jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente será aplicada multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a sua condição econômica.

O artigo estabelece uma multa (de 1 a 10 salários mínimos) que será aplicada ao jurado que não comparecer, injustificadamente, a sessão do Tribunal do Júri. A mesma multa será aplicada também àquele jurado que se retira da sessão, sem ser previamente dispensado pelo juiz presidente.

Art. 443. Somente será aceita escusa fundada em motivo relevante devidamente comprovado e apresentada, ressalvadas as hipóteses de força maior, até o momento da chamada dos jurados.

A justificativa para o não comparecimento do jurado, na sessão do Tribunal Popular, deve ter motivo relevante devidamente comprovado, devendo ser apresentada até o momento da chamada dos jurados (Art. 462 CPP). Nas hipóteses de força maior, a justificativa pode ser apresentada posteriormente. Exemplo: O carro do jurado quebrou quando estava a caminho do fórum.

Art. 444. O jurado somente será dispensado por decisão motivada do juiz presidente, consignada na ata dos trabalhos.

O juiz pode dispensar o jurado, mediante decisão motivada, fazendo constar referida decisão na ata de julgamento.

Art. 445. O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados.

O jurado quando exerce a função ou, a pretexto de exercê-la, é equiparado aos juízes de direito, ou seja, aos funcionários públicos, para fins criminais.

Desta forma, pode o jurado responder pelos crimes pertinentes aos funcionários públicos como corrupção passiva, prevaricação, concussão, peculato, entre outros.

Art. 446. Aos suplentes, quando convocados, serão aplicáveis os dispositivos referentes às dispensas, faltas e escusas e à equiparação de responsabilidade penal prevista no art. 445 deste Código.

Aos jurados suplentes, quando são convocados para servir no Tribunal do Júri, aplicam-se todas as regras referentes aos jurados em geral, no tocante às dispensas, faltas, escusas e responsabilidade criminal.

SEÇÃO IX – DA COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E DA FORMAÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA

Clesio Medeiros Junior²

Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

O artigo traz a composição do Tribunal do Júri que é um órgão colegiado, composto por um juiz de direito concursado, que é seu presidente, além de 25 jurados sorteados na forma dos artigos 432 a 435 do CPP.

² Procurador Legislativo. Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus São Paulo/SP. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP. Professor de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto/SP. Também é professor em Cursos Preparatórios para Concursos.

Dentre esses 25 jurados, 7 serão sorteados no dia da sessão de julgamento para compor o Conselho de Sentença.

Art. 448. São impedidos de servir no mesmo Conselho:

I – marido e mulher;

II – ascendente e descendente;

III – sogro e genro ou nora;

IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio;

V – tio e sobrinho;

VI – padrasto, madrasta ou enteado.

§ 1º O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar.

§ 2º Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados.

O artigo relaciona os casos de impedimento dos jurados para servir no mesmo Conselho de Sentença, isto é, aqueles sete jurados que são sorteados para julgar a causa, nos termos do artigo 467 e seguintes do CPP.

A maioria dos impedimentos se dá por conta de parentesco entre os jurados, sendo que o parágrafo 1º estende o impedimento para as pessoas que convivam em regime de união estável.

Por sua vez, o parágrafo 2º, estende aos jurados as mesmas causas de impedimento, suspeição e incompatibilidades dos juízes de direito (concursados).

Segundo a doutrina, incompatibilidades, *“nada mais são do que as causas de suspeição, quando proclamadas de ofício pelo magistrado ou pelo jurado. Em suma, incompatível é o juiz ou jurado que se considera suspeito para o julgamento da causa.”* (NUCCI, 2020, pág. 922, nota 150).

O momento para impugnação do jurado por motivo de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, será no sorteio para a formação do Conselho de Sentença, no dia da sessão de julgamento. Após sorteado o jurado, nos termos do artigo 468 do CPP, o defensor poderá arguir a suspeição ou o impedimento do jurado. Caso seja aceita pelo juiz, este excluirá o jurado motivadamente, portanto, não afetará o direito as recusas imotivadas.

Art. 449. Não poderá servir o jurado que:

I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;

II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;

III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.

(I) - Se ocorrer um novo julgamento, por qualquer motivo, não poderão participar deste, nenhum dos jurados que já tiverem composto o Conselho de Sentença do julgamento anterior do mesmo processo, sob pena de nulidade.

Neste sentido, a Súmula 206 do C. STF:

“É nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo.” (Súmula 206 - Publicação: DJ de 06/09/1962).

(II) - No caso de concurso de pessoas (art. 29 CP), o jurado que já fez parte do Conselho de Sentença que julgou qualquer um dos outros acusados, não poderá servir como jurado.

(III) - O jurado também não poderá servir no Conselho de Sentença caso tenha manifestado, por qualquer meio (imprensa, redes sociais, roda de amigos, etc...), prévia disposição para a condenação ou absolvição do acusado. Obviamente, necessita de comprovação para que o jurado seja impedido por este motivo.

Art. 450. Dos impedidos entre si por parentesco ou relação de convivência, servirá o que houver sido sorteado em primeiro lugar.

Quando o motivo do impedimento for o parentesco ou relação de convivência (casamento ou união estável) entre os jurados, o que primeiro foi sorteado fará parte do Conselho de Sentença e o outro dispensado.

Art. 451. Os jurados excluídos por impedimento, suspeição ou incompatibilidade serão considerados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão.

Os jurados que forem excluídos do Conselho de Sentença por impedimento, suspeição ou incompatibilidade, também serão computados para se atingir o quórum mínimo de 15 jurados, exigido pelo artigo 463 CPP, para a realização da sessão de julgamento.

Art. 452. O mesmo Conselho de Sentença poderá conhecer de mais de um processo, no mesmo dia, se as partes o aceitarem, hipótese em que seus integrantes deverão prestar novo compromisso.

Os mesmos 7 jurados que forem sorteados para compor o Conselho de Sentença de uma sessão de julgamento poderão julgar mais de um processo, no mesmo dia, caso as partes manifestem expressamente sua concordância.

Segundo a doutrina: *“Nesse caso, não se farão aceitações ou recusas, mas simplesmente submete-se o Conselho a novo compromisso (Art. 472, CPP). Exemplo disso seria, no mesmo dia, pela manhã, o Conselho julgar um réu e, à tarde, voltar ao plenário para julgar o outro.”* (NUCCI, 2020, pág. 923, nota 157).

REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, 19ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2020

NUCCI, Guilherme de Souza, **Tribunal do Júri**, 8ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2020a

SEÇÃO X – DA REUNIÃO E DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Cristiano Joukhadar¹
(arts. 453 ao 461)

Art. 453. O Tribunal do Júri reunir-se-á para as sessões de instrução e julgamento nos períodos e na forma estabelecida pela lei local de organização judiciária.

Não mais subsiste limite de dias para a realização de reuniões ou sessões periódicas, competindo a cada Tribunal disciplinar as reuniões e sessões de acordo com as peculiaridades de cada Estado, bem como compatibilizá-las às características de cada comarca ou subseção judiciária (na hipótese de júri federal), sendo certo que nas grandes cidades são realizados concomitantemente vários julgamentos diariamente.

Nos termos do art. 104 da Lei Complementar 35/79 e do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, a competência para suplementar as normas relativas a julgamento pelo júri é do Conselho Superior da Magistratura.

Art. 454. Até o momento de abertura dos trabalhos da sessão, o juiz presidente decidirá os casos de isenção e dispensa de jurados e o pedido de adiamento de julgamento, mandando consignar em ata as deliberações.

O art. 437 enumera os casos de isenção e dispensa de jurados, dentre eles causas genéricas de justo impedimento, as quais devem ser analisadas caso a caso pelo juiz presidente até o momento de abertura dos trabalhos da sessão.

Os casos de isenção e dispensa não se confundem com as de impedimento, suspeição ou incompatibilidades (arts. 448 e 449) de modo que, diferentemente destes, não serão computados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão (art. 451 e art. 463, §2º).

Os pedidos de adiamento da sessão, ainda que com a concordância da acusação

¹ Advogado. Pós-Graduado Em Direito Processual Civil Pela PUC-SP.

e defesa, também devem ser realizados até o momento de abertura dos trabalhos (art. 463) sob pena de preclusão.

Pedidos de adiamento realizados pela defesa do réu pautados na necessidade de produção de novas provas ou de juntada de novos documentos obtidos somente após o decurso do prazo do art. 422, ou ainda, a necessidade de julgamento de recursos ou *habeas corpus* que questionem legalidade ou constitucionalidade de prisão, provas ou procedimentos decisivos para o julgamento não constituem necessariamente “manobras protelatórias” por serem atributos da plenitude de defesa consagrada pela Constituição Federal.

Art. 455. Se o Ministério Público não comparecer, o juiz presidente adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, cientificadas as partes e as testemunhas.

Parágrafo único. Se a ausência não for justificada, o fato será imediatamente comunicado ao Procurador-Geral de Justiça com a data designada para a nova sessão.

O Ministério Público detém a titularidade privativa da ação penal pública, de modo que sua ausência implica obrigatoriamente na impossibilidade de realização do julgamento, o qual será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião.

Inexiste a possibilidade legal do Juiz nomear outro Promotor de Justiça para a sessão, dada a independência institucional e funcional do Ministério Público.

Resta ao juiz presidente avaliar o motivo da ausência que não pode recair em interesses pessoais, para beneficiar a acusação ou convenientes para a atuação como parte na ação penal, tendo em vista a natureza da posição ocupada pelo promotor de justiça como parte imparcial. Entendendo o juiz inexistir plausibilidade na justificativa de ausência, o fato será imediatamente comunicado ao Procurador-Geral de Justiça com a data designada para a nova sessão, para que este tome as medidas administrativas e disciplinares cabíveis.

Art. 456. Se a falta, sem escusa legítima, for do advogado do acusado, e se outro não for por este constituído, o fato será imediatamente comunicado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, com a data designada para a nova sessão.

§ 1º Não havendo escusa legítima, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, o juiz intimará a Defensoria Pública para o novo julgamento, que será adiado para o primeiro dia desimpedido, observado o prazo mínimo de 10 (dez) dias.

No plano teórico o tratamento conferido pelo dispositivo ao tratar da ausência do advogado do acusado ao julgamento é similar à ausência do representante do Ministério Público (art. 455): caso seja acolhida a justificativa, a sessão será adiada para o próximo dia desimpedido. Não sendo justificada é realizada a comunicação à Ordem dos Advogados do Brasil (no caso de defensor constituído ou dativo) para aplicação de eventuais sanções disciplinares, além de nomeação de defensor público ou dativo e adiamento da sessão. Se a ausência injustificada for do defensor público, a Defensoria Pública será devidamente comunicada.

A ausência do advogado, ainda que previamente justificada tem sido, de forma errônea, comumente considerada como manobra protelatória ou *chicana*, nomeando-se defensor dativo ou defensor público e na prática revogando-se mandato conferido a defensor constituído.

Nos termos do art. 133 da Constituição Federal o advogado é indispensável à administração da justiça e o exercício da advocacia constitui atividade de interesse público com relevante função social (art. 2º, Lei 8.906/94). Ademais, é direito do réu escolher defensor de sua confiança, tratando-se de atributo da ampla defesa e mais ainda, da plenitude de defesa prevista pela CF aos julgamentos de processos de competência do Júri Popular. Aliás, o art. 8º, 2, alínea “d” da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê expressamente este direito.

Observa-se, ainda, que no caso da ausência do advogado, tem sido comumente aplicada a multa de que trata o artigo 265, CPP, o qual entendemos ser de manifesta inconstitucionalidade uma vez que o referido dispositivo estipula punição de natureza administrativa invadindo e violando a competência da Ordem dos Advogados do Brasil disciplinada na Lei 8.064/94, que já prevê sanções para o profissional que descumprir com suas obrigações, especificamente em seu art. 35. Apesar disso, tem sido reiteradamente reconhecido pelos Tribunais a constitucionalidade na aplicação de multa sob o argumento de tratar-se de penalidade processual.

Entendemos, portanto, que a aplicação dos §§ 1º e 2º do dispositivo deve ser feita com muito critério e respeitando-se a natureza do trabalho do advogado e sua importância para a administração da justiça, devendo ser respeitado o direito do réu de escolher seu defensor bem como, abstando-se o Magistrado de impor a sanção do art. 265 dada a sua inconstitucionalidade.

Com relação ao prazo mínimo de 10 (dez) dias para realização de novo julgamento, conforme o §2º, os tribunais têm entendido muitas vezes que a violação do dispositivo não implica em nulidade por cerceamento de defesa se comprovado nos autos sua capacidade profissional e experiência do defensor nomeado (STJ, *Habeas Corpus* nº 106.317/PR, 5ª turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 19.8.2010, publicado no DJ em 25.10.2010).

Entendemos, porém, que o prazo de 10 (dez) dias deve ser obedecido não apenas para que o novo defensor tenha oportunidade de estudar o caso e realizar uma defesa efetiva, mas também para que o réu tenha direito a constituir novo defensor de sua escolha e confiança.

O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da *persecutio criminis*, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo (ou defensor público) sem expressa aquiescência do réu. (STF, HC 96.905, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2009, 2ª T, *DJE* de 3-10-2011.)

Art. 457. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

§ 1º Os pedidos de adiamento e as justificações de não comparecimento deverão ser, salvo comprovado motivo de força maior, previamente submetidos à apreciação do juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 2º Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor.

A possibilidade de realização da sessão de julgamento sem a presença do réu, inserida pela lei 11.689/08, eliminou a chamada “crise de instância”. Antes da reforma, caso o réu não comparecesse ao julgamento este seria redesignado ou suspenso indefinidamente.

É necessária a intimação pessoal de todos os interessados para comparecimento ao julgamento, inclusive e principalmente do réu. Entretanto, o acusado solto que não for encontrado para intimação pessoal, poderá ser intimado por Edital, à exegese do art. 420, parágrafo único, do CPP.

A nova sistemática impede a decretação da prisão do réu solto que não comparecer. Isto porque sua participação passou a consistir em direito de audiência, ou seja, a possibilidade do réu, querendo, exercer o seu direito à autodefesa, assistir a colheita da prova, dos debates e do seu julgamento, não podendo ser penalizado pela sua opção de não participar e tampouco ser determinada sua condução coercitiva.

O acusado preso deverá ser conduzido e, caso não o seja, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido. Isto porque, é responsabilidade do Estado a apresentação do preso, sendo imprescindível ofertar e permitir que o acusado preso exerça o direito à autodefesa e participação. O acusado preso poderá requerer expressamente sua dispensa de comparecimento em requerimento subscrito por ele e seu defensor.

Questão interessante se refere aos casos em que a instrução e pronúncia ocorreram antes do advento da Lei 9.271/08, procedimento este que permitia o prosseguimento da ação penal na fase do sumário da culpa sem a intimação pessoal do acusado e que ficaram paralisados ante a ausência de intimação pessoal da sentença de pronúncia. Nestes casos, não se aplica a nova sistemática intimando-se o acusado por edital e realizando-se seu julgamento sem sua presença, pois, teríamos uma situação em que réu foi julgado sem nunca ter tomado conhecimento da acusação.

Igualmente, o julgamento não será adiado ante o não comparecimento do assistente de acusação. É o Ministério Público quem detém a titularidade privativa da ação penal pública e em nossa sistemática o assistente de acusação é parte secundária na relação processual que não é alterada ou afetada pela sua ausência. Entretanto, de acordo com o § 1º, o juiz poderá adiar a sessão em caso de pedido e motivo justificável, de acordo com o caso concreto.

Na ausência do querelante (hipótese de conexão de crime de ação penal privada e crime doloso contra a vida), haverá a perempção e extinção da punibilidade em relação ao crime de ação penal privada e ocorrerá normalmente o júri em relação ao crime de ação penal pública. Também nesta hipótese o juiz poderá adiar a sessão em caso de requerimento neste sentido e motivo justificável.

Art. 458. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, aplicar-lhe-á a multa prevista no § 2º do art. 436 deste Código.

A testemunha que, sem justa causa, deixar de comparecer ficará sujeita a multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz e de acordo com sua condição econômica, tal e qual ocorre com o jurado faltante nos termos do § 2º do art. 436, CPP.

Além da condição econômica, para fins de arbitramento do *quantum* da multa, poderá o juiz considerar também o grau de resistência e a motivação da falta, como a desídia exagerada para com a justiça ou tratar-se de manobra protelatória para adiamento do julgamento, por exemplo.

A testemunha faltante se sujeita a processo por crime de desobediência, extraindo-se cópias e oficiando-se ao Ministério Público por se tratar de crime de ação penal pública incondicionada, para eventual apuração em autos próprios.

É necessário que a testemunha tenha sido intimada pessoalmente com a expressa advertência, constante no mandado, das sanções cabíveis, sem o que, estas não poderão ser aplicadas.

O art. 461, §1º, CPP prevê, ainda, a possibilidade de condução coercitiva da testemunha faltante, providência que pode ser adotada no mesmo dia do julgamento ou no seguinte, na hipótese de adiamento.

Podem constituir justa causa para que o juiz deixe de aplicar as punições previstas, estar impossibilitada por enfermidade, deficiência ou velhice, a que tenha temor justificável ou tenha sido ameaçada, comum em casos em que integrantes do crime organizado são julgados, o que eventualmente, e de acordo com o caso concreto a ser analisado pelo juiz, não obstará sua obrigação de depor e até mesmo sua condução coercitiva.

Art. 459. Aplicar-se-á às testemunhas a serviço do Tribunal do Júri o disposto no art. 441 deste Código.

Nenhum desconto será feito nos vencimentos das testemunhas convocadas a depor na sessão do júri, tal e qual ocorre em relação aos jurados, reconhecendo-se sua relevância do serviço público prestado.

No âmbito das relações de trabalho o art. 822 do Decreto-Lei 5452/43 que aprovou a Consolidação das Lei do Trabalho – CLT proíbe o desconto nos vencimentos do empregado convocado para depor como testemunha

Art. 460. Antes de constituído o Conselho de Sentença, as testemunhas serão recolhidas a lugar onde umas não possam ouvir os depoimentos das outras.

A incomunicabilidade das testemunhas é elemento crucial para que se evite qualquer tipo de influência sobre o conteúdo de seu depoimento.

A liturgia do rito do júri, a solenidade desde a chegada da testemunha, a separação em salas distintas, a exposição perante juiz, promotor, advogado, jurados, réu, serventuários e público em geral, a advertência do juiz sobre as penas do falso testemunho, as perguntas dirigidas pelas partes feitas muitas vezes em elevado tom para impressionar os jurados, os debates e apartes que indevidamente ocorrem no momento da inquirição, comumente coloca a testemunha, no momento de seu depoimento, como elemento central de pressão, temor e nervosismo.

Esta condição mental e psicológica da testemunha a deixa vulnerável a influências externas, de modo que pode ela se deixar levar pelo teor dos debates e conteúdo do que está sendo exposto. Há muitas vezes a tendência de oferecer respostas que se compatibilizam com que está sendo exposto, até mesmo como forma de se proteger do sentimento de pressão e nervosismo.

Desta forma, a incomunicabilidade é fundamental para a manutenção da imparcialidade da testemunha e a segurança do julgamento.

Os tribunais têm decidido que a violação da incomunicabilidade constitui nulidade relativa devendo ser provado o prejuízo.

Art. 461. O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade de que trata o art. 422 deste Código, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização.

§ 1º Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução.

§ 2º O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça.

Na fase de preparação do processo para julgamento em plenário, o art. 422, CPP estabelece a intimação das partes para, no prazo de 5 (cinco) dias apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário.

Neste momento, é necessário seja requerido a intimação da testemunha por mandado, fornecendo sua respectiva localização e sua oitiva em caráter de imprescindibilidade. Não o fazendo, a parte não poderá insistir no seu depoimento e na sua ausência o julgamento será realizado normalmente.

Se a testemunha “imprescindível” intimada não comparecer, o juiz poderá determinar sua condução coercitiva, suspendendo os trabalhos, hipótese em que todos os envolvidos deverão aguardar a conclusão da diligência pelo oficial de justiça. Outra alternativa, é o adiamento da sessão ordenando a condução coercitiva. Na hipótese de insucesso na condução coercitiva, seja pela não localização ou alteração do endereço, o juiz deverá avaliar o caso concreto para decidir pelo novo adiamento da sessão, verificando sua importância para o julgamento e no caso de testemunha arrolada pelo réu, a plenitude de defesa. Em tese, é possível sua realização após o fracasso da condução coercitiva uma vez que o julgamento não poderá ser adiado indefinidamente.

Na hipótese da testemunha arrolada em caráter de imprescindibilidade não ser encontrada no local indicado, devidamente certificado por oficial de justiça é necessário que seja oportunizado à parte que a arrolou, a indicação do seu paradeiro, fornecendo novo endereço para intimação. Somente após o cumprimento desta formalidade aplica-se o disposto no §2º, ou seja, realização do julgamento sem a presença da testemunha não localizada.

Na hipótese de não comparecimento da testemunha arrolada sem o caráter de imprescindibilidade, o julgamento somente poderá ser adiado se a diligência para sua

intimação não foi ultimada ou sequer tentada, e tal procedimento (intimação por mandado) tenha sido expressa e tempestivamente requerido na fase do art. 422 do CPP.

SEÇÃO X – DA REUNIÃO E DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI (continuação)

Henrique Tremura Lopes¹
(arts. 462 ao 475)

Art. 462. Realizadas as diligências referidas nos arts. 454 a 461 deste Código, o juiz presidente verificará se a urna contém as cédulas dos 25 (vinte e cinco) jurados sorteados, mandando que o escrivão proceda à chamada deles.

O Tribunal do Júri é composto pelo juiz togado e, também, por 25 (vinte e cinco) jurados sorteados dentre os alistados.

Para a formação do Conselho de Sentença, observados os artigos 454 a 461 do CPP, deverá o juiz presidente, sempre com a imprescindível atenção da defesa e da acusação, verificar se a urna contém, efetivamente, as 25 (vinte e cinco) cédulas com os nomes dos jurados, devendo o escrivão chamar, em voz alta, cada um deles.

É preciso lembrar que tramita perante o Conselho Nacional de Justiça os autos de ato normativo nº 0004587-94.2020.2.00.0000, cuja proposta visa adequar o tribunal do júri à situação causada pela Pandemia mundial causada pelo vírus COVID-19.

Tal proposta autoriza que o juiz convoque os jurados do período para uma reunião virtual prévia, com a participação de representantes do Ministério Público e da Defesa, ocasião na qual analisará os pedidos de dispensa e dará explicações sobre o procedimento do júri (artigo 3º da proposta).

Art. 463. Comparecendo, pelo menos, 15 (quinze) jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento.

§ 1º. O oficial de justiça fará o pregão, certificando a diligência nos autos.

§ 2º. Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão computados para a constituição do número legal.

¹ Graduado em Direito. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Advogado. Professor de Direito Processual Penal. Conselheiro Regional de Prerrogativas (8ª Região) da OAB/SP. Coordenador Regional da ABRACRIM - São José do Rio Preto. Professor convidado da Escola Superior da Defensoria Pública. Professor da Escola Superior da Advocacia ESA/SP - Núcleo São José do Rio Preto. Palestrante da Comissão de Cultura e Eventos da OAB/SP

Para que o juiz presidente declare instalados os trabalhos da sessão do Tribunal do Júri é imprescindível a presença de, no mínimo, 15 (quinze) jurados, observando-se o disposto no §2º deste artigo, ou seja, deverão ser contabilizados os jurados excluídos por impedimento ou suspeição.

Importante observar que, em comarcas maiores, é possível a chamada de jurados incluídos na lista convocada para outros julgamentos previstos para a mesma data em diferentes plenários do Júri com a finalidade de perfazer o número mínimo de 15 (quinze) jurados para o início dos trabalhos. (LIMA, 2019, p. 1231).

O chamado “empréstimo de jurados” tem precedentes em ambas as turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 6ª Turma, HC nº 168.263/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20/08/2015, DJe 08/09/2015; STJ, 5ª Turma, HC nº 227.169/SP, rel. Min; Gurgel de Faria, j. 03/02/2015, DJe 11/02/2015.

Instalados os trabalhos, em cumprimento ao §1º deste artigo, o oficial de justiça fará o pregão, que nada mais é do que a anunciação, em voz alta, do processo que será submetido à julgamento, chamando, expressamente, o nome do acusado, o representante do Ministério Público e o nome do defensor, além de identificar o juiz que presidirá os trabalhos, bem como eventuais testemunhas que serão ouvidas em plenário (LIMA, 2019, p. 1232).

Atenção: Logo após o pregão, nos termos do art. 571, inciso V do CPP, devem ser arguidas eventuais nulidades relativas ocorridas após a sentença de pronúncia, sob pena de preclusão.

Art. 464. Não havendo o número referido no art. 463 deste Código, proceder-se-á ao sorteio de tantos suplentes quantos necessários, e designar-se-á nova data para a sessão do júri.

Caso não seja atingido o número mínimo de jurados – 15 (quinze) – deverá ser procedi do pelo juiz presidente o sorteio de tantos jurados suplentes quantos necessários, designando-se nova data para a sessão do júri.

Art. 465. Os nomes dos suplentes serão consignados em ata, remetendo-se o expediente de convocação, com observância do disposto nos arts. 434 e 435 deste Código.

Em havendo o sorteio de jurados suplentes, seus nomes serão consignados em ata, devendo o juiz presidente determinar a convocação dos sorteados por correio ou por qualquer outro meio hábil para comparecerem no dia e na hora da nova sessão (Art. 434 do CPP), bem como afixar na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos convocados juntamente com os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local da sessão de instrução e julgamento (Art. 435 do CPP).

Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 deste Código.

§ 1º. O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

§ 2º. A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.

Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença o juiz explicará aos jurados os impedimentos, as suspeições e as incompatibilidades, lembrando que, apesar de haver no procedimento do júri regras próprias quanto aos impedimentos dos jurados e, também, quanto às vedações específicas de atuação – arts. 448 e 449 do CPP -, devem ser aplicadas aos jurados as hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade do juiz togado – arts. 252 e 254 do CPP. (BADARÓ, 2020, p. 803).

Deverá haver advertência, também, de que, a partir do sorteio do nome do jurado para integrar o Conselho de Sentença, passa a vigorar a cláusula de incomunicabilidade, ou seja, a partir do efetivo sorteio, está vedado ao jurado comunicar-se entre si ou com outras pessoas, bem como fica proibido de externar sua opinião sobre o processo, vez que o voto é secreto, sob pena de exclusão do Conselho e aplicação de multa. (PACELLI; FISCHER, 2020, p. 1138).

A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.

Quanto ao tema, importante precedente do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 6ª Turma, HC nº 436.241/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/06/2018, DJe 27/06/2018).

Art. 467. Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o juiz presidente sorteará 7 (sete) dentre eles para a formação do Conselho de Sentença.

Verificado o comparecimento do número mínimo de jurados – 15 (quinze) -, bem como que os respectivos nomes constam nas cédulas dentro da urna, deverá ser realizado o sorteio, pelo juiz presidente, dos 7 (sete) jurados que integrarão o Conselho de Sentença.

Mais uma vez vale consignar que, pela proposta de ato normativo em trâmite no CNJ (0004587-94.2020.2.00.0000), na data designada, a sessão de julgamento do Tribunal do Júri poderá se iniciar virtualmente, pelo sistema de videoconferência, com o acompanhamento virtual do Juiz, do representante do Ministério Público, da Defesa técnica e do réu, momento em que será realizado o sorteio dos 7 jurados que comporão o conselho de sentença (artigo 4º da proposta).

Se o sorteio for realizado de forma virtual, após definidos os jurados e eventuais suplentes (§3º do artigo 4º da proposta), o ato deve ser suspenso para que o magistrado, os jurados sorteados, o secretário de audiência e os oficiais de justiça, no mesmo dia, se façam presentes à sala de sessões plenárias do Tribunal do Júri (§1º do artigo 4º da proposta).

Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

Parágrafo único. O jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes.

O *caput* do artigo 468 estabelece que a cada cédula sorteada o juiz presidente deverá ler o nome do jurado sorteado, podendo a defesa e o Ministério Público, nesta ordem, recusá-lo. É uma das raras situações em que a defesa fala antes da acusação.

As recusas poderão ser:

Motivadas: Caso haja suspeição, impedimento ou incompatibilidade que não tenham sido declaradas de ofício pelo jurado sorteado, a parte interessada poderá suscitar tal situação oralmente, logo após o sorteio. Não há limite numérico para tais recusas, cabendo ao juiz decidir no ato sobre a procedência, ou não, da alegação. (LOPES JR., 2020, p. 897).

Imotivadas: Recusa peremptória, sem qualquer fundamentação. Limitada a 3 (três) para cada parte.

O professor Aury Lopes Jr. ensina que a recusa é, no mais das vezes, puramente instintiva, vez que no modelo adotado pelo legislador pátrio não foi prevista uma entrevista com os jurados para que os advogados e promotores pudessem ter contato maior e conseguissem traçar perfis sociais, econômicos e até mesmo psicológicos. (LOPES JR, 2020, p. 897).

Aqui vale ponderar que a tecnologia, em especial as redes sociais, permite um melhor estudo sobre os jurados, mitigando a instintividade da escolha. Os 25 (vinte e cinco) jurados que atuarão na reunião periódica são sorteados em reunião realizada a portas abertas, nos termos dos artigos 432 e seguintes do CPP, ou seja, tanto a defesa quanto a acusação têm acesso, com antecedência, aos nomes dos jurados que poderão compor o Conselho de Sentença.

Assim, com uma simples pesquisa em redes sociais ou sites de buscas - existem empresas especializadas em tal levantamento -, poderá a parte ter um indicativo, através das manifestações públicas lançadas em rede, de como são os posicionamentos sociais, econômicos ou até mesmo psicológicos dos sorteados.

Em havendo a recusa, a exclusão do jurado recusado daquela sessão de instrução e julgamento é automática (parágrafo único).

O advogado do assistente da acusação não poderá recusar jurado imotivadamente vez que a acusação cabe ao Ministério Público, sendo aquele apenas parte supletiva, auxiliar. (CAMPOS, 2018, p. 247).

De outro modo, na hipótese de ação penal subsidiária da pública, quem terá direito às recusas é o querelante, e não o Ministério Público, que atuará apenas como fiscal da Lei. (LIMA, 2019, p. 1234).

Art. 469. Se forem 2 (dois) ou mais os acusados, as recusas poderão ser feitas por um só defensor.

§ 1º. A separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de 7 (sete) jurados para compor o Conselho de Sentença.

§ 2º. Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato ou, em caso de coautoria, aplicar-se-á o critério de preferência disposto no art. 429 deste Código.

Quando forem 2 (dois) ou mais acusados, representados por defensores diversos, o *caput* do artigo 469 possibilita que as recusas imotivadas sejam realizadas por um só defensor.

Não havendo acordo para que somente um defensor exerça o direito de recusa, cada defensor terá direito a 3 (três) recusas.

Caso 2 (dois) ou mais acusados sejam representados por um mesmo – o que se admite quando não há colidência defensiva –, entende a maioria da jurisprudência e da doutrina que serão, no máximo, 3 (três) recusas. (LIMA, 2019, p. 1235)

Em sentido contrário, precedente da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça admitindo que cada um dos acusados, ainda que representados por um mesmo defensor, tem direito a recusar imotivadamente até 3 (três) jurados – STJ, 6ª Turma, REsp nº 1.540.151/MT, rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 08/09/2015, DJe 29/09/2015.

O §1º prevê que somente haverá a cisão de julgamentos quando, em decorrência das recusas, não for possível alcançar o número mínimo de 7 (sete) jurados para compor o Conselho de Sentença.

Noutras palavras, ocorre o chamado “estouro de urna”.

Exemplificando, se no dia da Sessão de Julgamento estão presentes o mínimo legal de 15 (quinze) jurados e serão julgados 2 (dois) réus, com defensores diferentes, e cada qual recusa imotivadamente 3 (três) jurados (6 no total) e o Ministério Público também recusa imotivadamente o máximo permitido (3 jurados), sobrarão apenas 6 (seis) jurados, número insuficiente para a formação do Conselho de Sentença.

Cindido o processo, nos termos do §2º, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato. Havendo coautores, deverá ser observada a preferência trazida pelo artigo 429 do CPP – 1. Acusados presos; 2. Dentre os acusados presos, aqueles que estiverem a mais tempo na prisão; 3. Em igualdade de condições, os que precedentemente denunciados.

Art. 470. Desacolhida a arguição de impedimento, de suspeição ou de incompatibilidade contra o juiz presidente do Tribunal do Júri, órgão do Ministério Público, jurado ou qualquer funcionário, o julgamento não será suspenso, devendo, entretanto, constar da ata o seu fundamento e a decisão.

A arguição de impedimento, de suspeição ou de incompatibilidade contra o juiz presidente, o representante do Ministério Público, jurado ou qualquer funcionário (vide artigos 252, 254, 448 e 449 do CPP) será realizada de forma oral e, caso desacolhida, deverá constar em ata a decisão fundamentada.

Tal formalidade permitirá, se for o caso, a interposição de eventual recurso da parte interessada.

Art. 471. Se, em consequência do impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa, não houver número para a formação do Conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, após sorteados os suplentes, com observância do disposto no art. 464 deste Código.

É o chamado “Estouro de Urna”. Ocorre quando a formação do conselho de sentença com 7 (sete) jurados não é possível em decorrência de impedimentos, suspeições, incompatibilidades ou recusas.

Neste caso, também deverá ser procedido pelo juiz presidente o sorteio de tantos jurados suplentes quantos necessários, designando-se nova data para a sessão do júri (artigo 464 do CPP).

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.

O juiz presidente deverá exortar que todos os jurados examinem a causa com imparcialidade e que julguem de acordo com a consciência de cada um e ditames da justiça. Cada jurado deverá responder, em voz alta, “assim o prometo”.

Walfredo Cunha Campos leciona que a exortação, desde que séria, consciente e feita com emoção chama à responsabilidade o jurado, mostra-lhe a altitude da função ali exercida. (CAMPOS, 2018, p. 249).

Após ser colhido o compromisso dos jurados, deverá ser entregue, a cada um, cópias da pronúncia ou, se o caso, das decisões posteriores, que julgaram admissível a acusação e, também, do relatório do processo.

O relatório referido é o previsto no artigo 423, II do CPP e deve ser sucinto, sem quaisquer considerações subjetivas.

SEÇÃO XI – DA INSTRUÇÃO EM PLENÁRIO

Henrique Tremura Lopes²

Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§ 1º. Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo.

§ 2º. Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

§ 3º. As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

A indicação de quem será ouvido em plenário deve ser feita na fase de preparação do processo para julgamento (artigo 422 do CPP).

Se possível a oitiva do ofendido em plenário, sua indicação não é computada no número de testemunhas e sua oitiva será sempre considerada imprescindível.

Importante frisar que o ofendido poderá prestar suas declarações sem a presença do acusado, porém sempre na presença do defensor.

² Graduado em Direito. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Advogado. Professor de Direito Processual Penal. Conselheiro Regional de Prerrogativas (8ª Região) da OAB/SP. Coordenador Regional da ABRACRIM - São José do Rio Preto. Professor convidado da Escola Superior da Defensoria Pública. Professor da Escola Superior da Advocacia ESA/SP - Núcleo São José do Rio Preto. Palestrante da Comissão de Cultura e Eventos da OAB/SP

Após a vítima, serão inquiridas as testemunhas de acusação. As perguntas serão feitas adotando-se a ordem prevista no *caput* deste artigo.

Com relação às testemunhas de defesa, a ordem de quem fará os questionamentos está fixada no §1º deste artigo.

As partes perguntarão diretamente ao ofendido e às testemunhas, tendo o juiz papel secundário. (LOPES JR., 2020, p.899).

Os jurados também poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas de acusação e de defesa, porém os questionamentos serão feitos por intermédio do juiz presidente.

As testemunhas só serão liberadas se houver concordância das partes vez que, nos termos do § 4º do artigo 476, poderão ser reinquiridas em réplica ou tréplica.

Quanto à possibilidade de oitiva por videoconferência, a proposta de resolução em trâmite no CNJ possibilita a oitiva das testemunhas pelo sistema audiovisual (artigo 2º, §2º), o que, em nosso sentir, é completamente incompatível com a sistemática do devido processo legal.

Já a parte inicial do § 3º deste artigo prevê expressamente a possibilidade de realização de acareação, de reconhecimento de pessoas ou coisas e, também, esclarecimentos dos peritos a pedido dos jurados.

Caso a acusação ou a defesa desejem que os peritos prestem esclarecimentos orais em plenário, deverão observar o disposto no artigo 159, §5º, I c.c. o art. 422.

Quanto ao disciplinado na parte final do §3º, a leitura de peças é limitada às provas: (i) colhidas por carta precatória, ou seja, quando for produzida em comarca diferente daquela em que tramita o processo; (ii) cautelares, que são produzidas sem o contraditório real ante o risco de desaparecimento da prova; (iii) antecipadas, que são aquelas colhidas em momento processual distinto daquele previsto, ou até mesmo antes do início do processo, desde que perante a autoridade judicial e observado o contraditório; e (iv) não repetíveis, que são aquelas que, por motivo ou outro, não poderão ser produzidas em plenário.

Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§ 1º. O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.

§ 2º. Os jurados formularão perguntas por intermédio do juiz presidente.

§ 3º. Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

O próximo ato da instrução é o interrogatório do acusado, caso esteja presente, já que lhe é assegurado o direito de não comparecimento. Deve ser assegurado ao acusado o direito de entrevistar-se reservadamente com seu defensor (artigo 185, §5º do CPP).

Quanto à possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência, o próprio Código de Processo Penal já previa tal possibilidade no §º 2º do artigo 185, sendo tal ato excepcionalíssimo.

Ocorre que a proposta de resolução em trâmite perante o Conselho Nacional de Justiça (autos nº 0004587-94.2020.2.00.0000) torna regra o interrogatório por videoconferência quando o réu estiver preso (artigo 11, §1º) e facultativo quando estiver solto (artigo 2º, §2º). Mais uma vez rechaçamos tal previsão, vez que é direito do acusado prestar seu depoimento presencialmente perante seus julgadores. O corpo fala.

As perguntas serão formuladas diretamente pelas partes, lembrando que a pergunta feita por jurado deverá ser por intermédio do juiz presidente.

Havendo dois ou mais réus é possível o pedido de esclarecimentos aos outros acusados. (CAMPOS, 2018, p. 288).

O direito ao silêncio é assegurado, podendo o acusado, inclusive, responder somente às perguntas do seu defensor. Nestes termos, o Ministro Felix Fischer esclarece, em recente precedente, que “a autodefesa se exerce de modo livre, desimpedido e voluntário.” (STJ, Decisão Monocrática, HC nº 628224 / MG, rel. Min. Felix Fischer, 07/12/2020, DJe 09/12/2020).

Por fim, quanto ao uso de algemas em plenário, o legislador só o permite se necessário for para a garantia da ordem dos trabalhos, para a segurança das testemunhas ou para a garantia da integridade física dos presentes.

Tal parágrafo deve ser lido em consonância à Súmula Vinculante nº 11, que permite o uso de algemas em caso de receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros.

Conclui-se que o enunciado da Súmula Vinculante nº 11 deve ser interpretado restritivamente, ou seja, caso haja a possibilidade de manter a ordem dos trabalhos por outros meios, deve ser o uso das algemas dispensado. (BADARÓ, 2020, p. 814).

Evidente que a necessidade de uso das algemas durante o plenário deverá ser fundamentada, não bastando a mera reprodução das exceções autorizadoras. Caso haja dúvida, deve ser determinada a retirada das algemas.

Deve a defesa ficar bastante atenta quanto aos termos lançados em ata vez que, geralmente, as fundamentações são falhas e genéricas, devendo tal nulidade ser arguida em momento oportuno.

Em consonância com o tema, vale trazer precedente a 5ª Turma do STJ onde foi garantido ao acusado o uso de roupas civis durante o julgamento. (STJ, 5ª Turma. RMS 60575 / MG, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 13/08/2019, DJe 19/08/2019). Frise-se que não cabe à escolta decidir tal situação, mas sim ao juiz presidente.

Art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.

Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a deggravação, constará dos autos.

Devem ser registrados todos os depoimentos e interrogatórios, bem como todas as intercorrências ou incidentes que ocorram no curso da instrução. Especial atenção deve ter o defensor em fazer constar, inclusive, perguntas eventualmente indeferidas pelo juiz presidente.

Caso os registros sejam tomados através do método de estenotipia, patente a necessidade de transcrição dos códigos gerados. Já se os registros forem feitos por outros meios, como por exemplo por sistema audiovisual, tem-se entendido, sem embargos à expressividade do parágrafo único deste artigo, desnecessária a transcrição.

Na prática, sugerimos aos defensores que gravem toda a instrução plenária. O amparo legal encontra-se no Código de Processo Civil, em seu artigo 367, parágrafos 5º com correspondência com 6º, que confere às partes, independentemente de autorização judicial, o direito de gravar as audiências integralmente em imagem e em áudio, por meio digital ou analógico.

Precedente do Supremo Tribunal Federal: STF, Decisão Monocrática, MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 193.515/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/12/2020.

REFERENCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**. 6ª Ed. SP. Atlas.2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 7ª Ed. Salvador. Jus Podivm. 2019.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador. Jus Podivm. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** – 17ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 12ª ed. São Paulo. Atlas. 2020.

ROSA, Alexandre M. da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 6ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2020

SEÇÃO XII – DOS DEBATES

Paulo Sérgio de Oliveira¹
(arts. 476 a 488)

Art. 476. Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

§ 1º O assistente falará depois do Ministério Público.

§ 2º Tratando-se de ação penal de iniciativa privada, falará em primeiro lugar o querelante e, em seguida, o Ministério Público, salvo se este houver retomado a titularidade da ação, na forma do art. 29 deste Código.

§ 3º Finda a acusação, terá a palavra a defesa.

§ 4º A acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário.

Ao final da instrução em plenário, onde foram ouvidas a vítima (se sobrevivente), testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa e interrogado o réu, terão início os debates entre acusação e defesa.

A acusação falará primeiro. Havendo assistente de acusação, este dividirá o tempo de fala com o representante do Ministério Público, ficando a critério de ambos a divisão do tempo. Em seguida, será dada a palavra à defesa.

A critério da acusação, poderá haver réplica. Havendo discordância entre o representante do Ministério Público e o assistente de acusação, a doutrina diverge quanto à possibilidade do MP não querer replicar e o assistente assim o desejar. Gustavo Badaró (2018) afirma que por ser parte acessória, o assistente da acusação não pode realizar réplica quando o representante do Ministério Público não desejar. Contrariando este entendimento, Guilherme Madeira (2019) afirma ser possível que o assistente da acusação exerça o direito à réplica, ainda que o MP assim não o queira. Esta posição encontra ressonância em outros doutrinadores, assim como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (conf. REsp 1.343.402-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 03.09.2014).

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Franca. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal em diversos cursos de pós-graduação.

Havendo réplica, a defesa poderá fazer uso da tréplica.

Questão que se põe contra majoritariamente é se a defesa poderia fazer uso da tréplica, sem que a acusação tivesse feito a réplica. Entre nós, pouquíssimos doutrinadores defendem esta possibilidade, dentre os quais destacamos Aury Lopes Jr (2020) que afirma que esse impedimento viola o devido processo, a amplitude de defesa e até mesmo o contraditório. Também, Jader Marques (2008) leciona que esta limitação fere a paridade de armas, pois enquanto a acusação poderá dosar sua fala, pois, fica a seu critério usar apenas o tempo inicial ou também o tempo de réplica, a defesa, por sua vez, não dispõe do mesmo privilégio. Fica refém da opção da acusação poder ou não mais tempo de fala e, definitivamente, isso não se mostra democrático.

Embora minoritária esta corrente, nos filiamos à mesma, pois, entendemos que os argumentos sustentados pelo Aury e pelo Jader guardam ressonância com os anseios constitucionais que consagram o Tribunal do Júri.

Art. 477. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

§ 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

§ 2º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no § 1º deste artigo.

O texto legal é autoexplicativo, cumpre apenas criticar a “falha legislativa” ao deixar ao arbítrio do juiz a divisão de tempo quando houver mais de um defensor e não houver consenso entre estes na divisão do tempo. Bastaria que o legislador estabelecesse uma divisão de tempo igualitária, mas não o fez.

Na hipótese de haver assistente de acusação, este – por ser acessório – fala após ao representante do Ministério Público, entretanto, caso se trate de ação penal privada, aí haverá inversão, primeiro falará o querelante e depois o Ministério Público.

Por fim, problema maior a ser apontado é a hipótese de haver um elevado número de réus. Nesta hipótese a prudência orienta que deve haver cisão de julgamento, sob pena de deixar todos os réus indefesos, pois, não há como se garantir

plenitude de defesa – inafastável do Tribunal do Júri – ceifando-lhe o tempo de fala, a ponto de deixar a palavra inócua.

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Embora sejam livres as falas da acusação e da defesa nos debates em plenário e não haja padrões preestabelecidos, pois, tudo é direcionado à juízes leigos, houve por bem o legislador impor alguns limites.

As proibições descritas neste artigo são taxativas, não cabendo qualquer interpretação extensiva, conforme afirmou o STJ ao julgar o REsp nº 1.815.618-RS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 26.08.2020.

Cumpré, no entanto, destacar que a proibição contida no inciso I do art. 478 ocorre apenas quando as referências forem usadas como argumentos de autoridade, conforme decidido pelo STJ, no AgRg no REsp nº 1.575.615-SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe. 17.03.2020.

Há na doutrina nacional que faça severas críticas à proibição aqui imposta, afirmando inclusive que não há uma definição do que seria o “argumento de autoridade”, taxando-a de norma penal aberta, como por exemplo, Mougenot (2012), em seu Código de Processo Penal Anotado.

Entretanto, pensamos diferente, como já adiantamos.

Nos parecem razoáveis tais vedações, pois, tudo no plenário é dirigido aos jurados leigos. Assim, não se mostra salutar querer, para muito além da eloquência, forçar a compreensão dos jurados sob base autoritária. Em outras palavras, quando se faz referência a decisões judiciais como argumento de autoridade, seja da pronúncia (ou decisões posteriores que a julgaram admissível) ou mesmo aquela que determinou uso de algemas, busca-se apegar o Conselho de Sentença, acuar-lo.

Mostrar que “quem entende” das leis – juízes, desembargadores ou ministros – decidiu desta ou daquela forma e, por isso, os jurados também deveriam decidir, contraria os princípios norteadores do Tribunal do Júri.

Importante frisar que, por se tratar de nulidade, esta deve ser apontada ao juiz presidente logo após sua ocorrência, requerendo que se conste em ata, inclusive apontando os exatos termos dos argumentos expostos como autoridade pela parte contrária. Aconselhamos que se peça a palavra pela ordem (não se trata de aparte, pois é dirigida ao juiz e não à parte contrária) e requeira seja declarada em ata sua impugnação. Em razões recursais, embora crenes da não necessidade, os TJ, TRFs, STJ e STF tem exigido a demonstração de prejuízo, não bastando, portanto, mera afirmação ou presunção.

Avançando para a parte final deste artigo, a hipótese do inciso II, também nos parece acertada a opção do legislador ao censurar a utilização do silêncio do réu ou a ausência de interrogatório, por falta de requerimento, em prejuízo deste.

Aliás, crítica necessária aos que contrariam este dispositivo é a inacreditável capacidade de se interpretar o silêncio do réu no interrogatório. Sendo este um direito constitucional, não cabe qualquer interpretação senão o exercício de seu direito. Além disso, se o silêncio significa o “nada”, como interpretar o “nada”? Deixamos, pois, nossa indignação com aqueles profissionais do direito que insistem em querer interpretar o inexistente. E mais, em se tratando de um direito, não há direito que prejudique aquele que o utilizou.

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.

A vedação contida no art. 479 busca fazer com que a parte contrária não seja surpreendida em plenário, que tenha tempo de ter ciência de tudo aquilo que poderá ser utilizado durante o julgamento popular.

O prazo para juntada de documentos, objetos ou materiais que poderão ser explorados em plenário é de 3 dias úteis de antecedência mínima. Aury (2020) vai além ao afirmar que não basta que sejam 3 dias de antecedência do júri, mas sim, um tríduo da efetiva ciência da parte contrária, garantindo-se este prazo mínimo para que possa analisar o documento ou material juntado.

O mesmo doutrinado defende que este prazo pode até ser alargado, a depender da complexidade do conteúdo trazido aos autos pela parte contrária nas vésperas do julgamento. Nesta hipótese, havendo requerimento da parte, fica a critério do juiz adiar ou não o julgamento em plenário, para que se garanta o contraditório efetivo.

Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.

§ 1º Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.

§ 2º Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos.

§ 3º Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.

Este artigo visa garantir que não haja afirmações falsas durante os debates. Cabe a parte contrária ficar atenta a fala de seu oponente para, se necessário, intervir rapidamente e solicitar ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada.

Embora não haja previsão legal de consequências ao orador que falsear em plenário, certamente a parte contrária se incumbirá de maculá-lo pelo descrédito. Aliás, em plenário, o descrédito do orador pode colocar em risco todo seu trabalho. Daí a razão de agir com lealdade e ética, valores estes que sempre premiarão o profissional.

O mesmo artigo ainda autoriza que os jurados solicitem, pelo mesmo meio, esclarecimento de fato alegado pelo orador. Tal prática é pouco comum. Porém, quando ocorre, o jurado deverá dirigir-se ao juiz presidente, por escrito, que avaliará a procedência ou não da solicitação. Caso entenda pertinente, pedirá ao orador que faça o devido esclarecimento.

Concluídos os debates, o juiz togado perguntará aos senhores jurados se estão aptos a julgar a causa. Cabe afirmar que não é comum que os jurados façam qualquer manifestação contrária à sua aptidão para julgar (pedidos de esclarecimentos, solicitação dos autos ou instrumentos do crime), porém, da mesma forma acima mencionada, quando isso ocorrer caberá ao magistrado presidente avaliar a pertinência dos pedidos feitos pelos jurados e autorizar ou não esclarecimentos ou outra solicitação. Esta cautela visa preservar, acima de tudo, a isenção dos jurados leigos e a imparcialidade.

Art. 481. Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias. Parágrafo único. Se a diligência consistir na produção de prova pericial, o juiz presidente, desde logo, nomeará perito e formulará quesitos, facultando às partes também formulá-los e indicar assistentes técnicos, no prazo de 5 (cinco) dias.

A hipótese trazida neste artigo diz respeito a necessidade de verificação de fato essencial à decisão da causa, quando esta diligência não puder ser realizada imediatamente, pois, nesta hipótese, suspende-se o julgamento para sua realização e, em seguida, dá-se continuidade ao julgamento. É o que a doutrina chama de “conversão de julgamento em diligência”.

Entretanto, quando não puder ser realizada de maneira imediata, não resta opção a não ser dissolver o Conselho de Sentença e designar novo plenário após a efetivação das diligências pertinentes.

Conclui o parágrafo único deste artigo que se a diligência consistir em produção de prova pericial, o perito será nomeado ainda no plenário, assim como serão formulados os quesitos. Será facultado as partes formular quesitos, bem como, indicar assistentes técnicos no prazo de 5 dias.

SEÇÃO XIII – DO QUESTIONÁRIO E SUA VOTAÇÃO

*Paulo Sérgio de Oliveira*²

Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

O sistema de votação se dá por perguntas - também chamadas de “quesitos” - simples e diretas, que versarão sobre a matéria de fato e também se o acusado deve ser absolvido. Estes quesitos serão respondidos através de cédulas grafadas com as palavras “SIM” e “NÃO”.

De acordo com a parte final do parágrafo único deste artigo, são fontes dos quesitos a pronúncia (ou decisões posteriores que julgaram admissível a acusação), o interrogatório e as alegações das partes. A razão de apontar também o interrogatório do acusado é assegurar a plenitude de defesa, tendo em vista que o ato além de ser meio de prova, também é meio de (auto)defesa.

Importante destacar que a falta de quesito obrigatório é causa de nulidade absoluta, nos termos da Súmula 156 do STF.

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

² Mestre em Direito pela Universidade de Franca. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal em diversos cursos de pós-graduação.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

Este artigo dispõe sobre a ordem dos quesitos, iniciando-se pelas perguntas a respeito da materialidade e autoria do crime, seguindo-se do quesito referente à absolvição do acusado. Em seguida, caso o Conselho de Sentença, por maioria, não absolva o réu, serão quesitadas as causas de diminuição da pena alegadas pela defesa e, por fim, as qualificadoras e causas de aumento de pena.

Como nosso sistema adota a decisão por maioria de votos dos jurados, a partir do quarto voto igual a apuração dos votos de cada quesito deve ser encerrada. Embora seja esta a regra legal, o STJ já afirmou que não há nulidade em caso de não ser interrompida a apuração dos votos após formada a maioria (cf. STJ, AgRg no REsp nº 1.454.610-SP, rel. Min. Reinaldo Soares da Fonseca, DJe. 25.05.16). Contudo, ousamos contrariar este entendimento jurisprudencial.

Especialmente quando houver sete votos iguais, para muito mais do que uma simples irregularidade procedimental, entendemos que há clara violação ao sigilo das votações, pois, se for apurado todos os votos “sim” ou “não”, fica identificado como cada jurado votou. Sendo o sigilo das votações uma garantia constitucional, com a devida vênia, a não interrupção da apuração após o quarto voto igual, fere de morte o julgamento popular.

Seguindo, caso haja maioria de votos (quatro) negativos ao primeiro ou segundo quesito, estará o réu absolvido. Caso contrário, será submetido aos Senhores

Jurados a seguinte pergunta: “O jurado absolve o réu?”, assim, havendo quatro votos afirmativos (“sim”), estará o réu absolvido, caso contrário, seguirá a votação dos demais quesitos.

Importante frisar que o sistema atual de quesitação foi alterado em nosso ordenamento jurídico pela Lei 11.689/08. Antes disso era muito mais complexo e sujeito a maiores injustiças e equívocos. Hoje, boa parte das teses defensivas são condensadas neste quesito (o jurado absolve o réu?), possibilitando ainda, que haja uma absolvição até mesmo por razões não expostas explicitamente pela defesa (v.g. Clemência).

O tema é polêmico e atualíssimo, pois, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral quanto a constitucionalidade da absolvição lastreada no quesito genérico previsto no art. 483, *caput*, inciso III, c/c, §2º, do Código de Processo Penal. Assim, o Plenário do STF analisará se o controle judicial das absolvições por clemência no Tribunal do Júri ofende o princípio constitucional da soberania dos veredictos, pacificando o entendimento dos ministros da Corte sobre a matéria (Tema 1.087).

O §4º do art. 483 determina que, quando a defesa sustentar tese de desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, o quesito a respeito deverá ser respondido após o 2º ou 3º quesito, conforme o caso.

No parágrafo seguinte define a fixação de quesito, em hipótese de ter sido sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, logo após o segundo quesito, ou seja, este antecederá a pergunta “o jurado absolve o réu?”.

Por fim, em caso de pluralidade de crimes ou de acusados, o §6º dispõe que os quesitos deverão ser formulados em séries distintas, ou seja, uma série para cada acusado, assim como uma série para cada crime imputado.

Art. 484. A seguir, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito.

Os quesitos que serão apresentados na sala especial para votação serão lidos ainda em plenário pelo juiz presidente, dando-se publicidade aos mesmos. Ao final da leitura será perguntado às partes se tem algum requerimento ou reclamação. Este momento é importantíssimo, pois, caso não se aponte qualquer irregularidade ainda em plenário, restará preclusa qualquer nulidade a respeito da formulação dos quesitos (cf. STJ, HC nº 438.651-RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe. 24.06.2020).

O parágrafo único impõe ao juiz presidente a obrigatoriedade de explicar aos jurados o significado de cada quesito, que já deve ter sido formulado de maneira muito clara e objetiva. Trata-se de um momento também muito importante e delicado, pois, deverá o juiz ser o mais didático possível, sem, contudo, induzir qualquer resposta.

Embora o ordenamento jurídico estipule ser este o momento de explicação dos quesitos aos jurados, nada impede que na sala de votação seja novamente explicado cada uma das perguntas a serem submetidas ao Conselho de Sentença, podendo inclusive, de forma isenta e didática, explicar as consequências de uma resposta afirmativa ou negativa a cada pergunta.

Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.

§ 1º Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no caput deste artigo.

§ 2º O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.

Fixados os quesitos, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação. Na mesa terão assento apenas o juiz e os jurados. Acusação e defesa acompanharão a votação, porém não na mesma mesa para que não haja qualquer possibilidade de interferência ou influência no julgamento.

Caso não haja sala reservada para a votação, esta poderá ocorrer em plenário, porém, o público deverá ser retirado, mantendo-se no recinto apenas as pessoas referidas no *caput* deste artigo.

Por fim, as partes serão advertidas pelo juiz presidente de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho sob pena de ser retirado da sala quem se portar inconvenientemente.

Art. 486. Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não.

Antes de iniciar a votação serão entregues a cada um dos sete jurados 2 cédulas distintas, uma com a palavra “SIM” e outra com a palavra “NÃO”. Estas deverão ser confeccionadas em papel opaco e dobrável para evitar que seja possível identificar a cédula do voto de cada jurado.

Art. 487. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas.

Após cada quesito, um oficial de justiça passará colhendo o voto de cada jurado. Em seguida, outro oficial de justiça passará recolhendo a “sobra” (descarte). Cada voto e descarte é depositado diretamente nas respectivas urnas (ou sacolinhas opacas) evitando-se, assim, que outra pessoa possa ver ou identificar a opção de cada jurado.

Art. 488. Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizados, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento.

Parágrafo único. Do termo também constará a conferência das cédulas não utilizadas.

Entregue ao juiz a urna contendo os votos, inicia-se a apuração até que se atinja quatro votos iguais. O presidente, após a apuração de cada quesito, confere as demais

cédulas nas urnas, para constatar a existência de 7 cédulas iguais de cada resposta, dando assim, validade e licitude a votação e sequência aos quesitos seguintes, se for o caso.

Apurada a maioria, o juiz determina que o escrivão registre no termo a votação aferida de cada quesito, bem como o resultado do julgamento.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique H. Ivahi. **Processo Penal**, 6 ed, Ver. Atual e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**, 4ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MADEIRA, Guilherme Dezem. **Curso de Processo Penal**. 5 ed.. Atual e ampl. Revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Jader. **Tribunal do Júri – Considerações Críticas à Lei 11.689/08**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

SEÇÃO XIII – DO QUESTIONÁRIO E SUA VOTAÇÃO

(continuação)

João Pedro Teixeira Araujo Senedesi¹
Rafael Junior Soares²
(arts. 489 ao 497)

Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.

A Constituição Federal prevê o Tribunal do Júri em seu artigo 5º, XXXVIII, assegurando a plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Além disso, reserva à legislação ordinária a delimitação das regras inerentes à instituição, conforme se vê dos dispositivos contidos no Código de Processo Penal (artigos 406 a 497).

Neste contexto, o artigo 489 define que as decisões tomadas pelo Tribunal do Júri observarão a maioria de votos. Ou seja, considerando que o Conselho de Sentença é composto por sete jurados, serão necessários quatro votos para a tomada de decisão em relação a cada um dos quesitos formulados pelo juiz. Desse modo, não há qualquer exigência quanto à unanimidade nas decisões.

A título de complemento, existem críticas em relação ao número de jurados escolhidos pelo legislador ordinário, na medida em que a decisão condenatória por quatro votos a três representaria dúvida (57,14% de convencimento) que não se amolda à presunção de inocência disposta na Constituição Federal. A proposta para solução do problema seria o aumento da quantidade de jurados, a fim de que as condenações estivessem baseadas em maior número de votos, o que representaria, por sua vez, maior estado de certeza (LOPES JR., 2019, p. 856).

De qualquer sorte, o dispositivo é importante ao assegurar o sigilo das votações. Isso porque uma vez alcançado quatro votos dos jurados, não há mais necessidade de se prosseguir na votação, pois a decisão da maioria já se consolidou (TASSE, 2020, p. 874). Portanto, a partir da reforma operada por meio da Lei 11.689/2008, superou-se

¹ Pós-graduado em Processo Penal e Direito Penal Econômico pelo IDPEE – Coimbra e IBCCRIM. Advogado.

² Doutorando em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Processo Penal na PUC/PR. Advogado

o antigo modelo em que era obrigatório o registro dos votos afirmativos e negativos (HC 104308, STF; Resp 905432, STJ), bastando consignar atualmente que se alcançou a maioria naquela votação para que se encerre a verificação das respostas pelos jurados.

Art. 490. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas. a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.

O juiz que preside o julgamento exerce papel essencial no esclarecimento das votações aos jurados, conforme preconiza o próprio artigo 484, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Incumbe ao magistrado prestar a orientação daquilo que as partes sustentaram e a repercussão que a deliberação dos jurados terá em caso de resposta positiva ou negativa aos quesitos deduzidos. No entanto, mesmo com as explicações oferecidas antes de se proceder à votação, é possível que se identifiquem dúvidas ou contradições no curso da deliberação a respeito dos quesitos.

Diante disso, a legislação processual penal autorizou que o magistrado, de ofício ou mediante requerimento das partes, poderá refazer a votação se constatada a incongruência entre os resultados, permitindo que os jurados corrijam o equívoco eventualmente realizado na tomada de decisão (LIMA, 2020, p. 1522). Tal posição não configura ofensa à soberania dos veredictos, pois se está diante de juízes leigos os quais estão mais suscetíveis a eventuais incompreensões dos quesitos formulados (AgInt no REsp 1837289, STJ), autorizando-se, portanto, a postura do juiz de se confirmar efetivamente o propósito do Conselho de Sentença.

Da mesma forma, entende-se que a nova votação deve ocorrer em relação aos quesitos que deram origem à resposta contraditória, e não somente em relação ao último, tendo em vista que se mostra necessário apurar se a divergência é fruto de erro ou da vontade dos jurados (AgRg no REsp 1610764, STJ).

Além disso, eventual resposta a determinado quesito, pode tornar prejudicado os demais, nos moldes do artigo 483 da legislação processual penal. O exemplo mais emblemático diz respeito ao terceiro quesito disposta na lei processual penal (se o

acusado deve ser absolvido), tendo em vista que em caso de resposta positiva pelos jurados, não há mais interesse no prosseguimento da votação ante a conclusão do julgamento quanto ao crime doloso contra a vida.

Art. 491. Encerrada a votação, será o termo a que se refere o art. 488 deste Código assinado pelo presidente, pelos jurados e pelas partes.

Concluída a votação pelos jurados, o termo deverá ser assinado pelo juiz presidente, jurados, assistente de acusação, se houver, Ministério Público (querelante) e defesa. Trata-se de documento que espelha aquilo que ocorreu na sessão de julgamento, cabendo às partes impugnar qualquer discordância em relação ao seu conteúdo, a fim de se evitar preclusão da matéria a ser submetida aos tribunais (HC 494060, STJ).

Apesar da obrigatoriedade da assinatura pela lei, entende-se que eventual omissão da subscrição do termo pelos jurados, não representa automaticamente nulidade do processo penal (AgRg no REsp 1176537, STJ). No entanto, a ausência do documento mencionado deve ser entendida como causa geradora de nulidade do feito, tendo em vista que impossibilita, em caso de impugnação pelas partes, o efetivo conhecimento do resultado da votação pelos jurados.

Por fim, o registro dos votos computados será realizado com o resultado de cada quesito, indicando-se apenas o “sim” ou “não” em mais de três respostas para se definir o desfecho quanto ao questionamento aos jurados (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2019, p. 954).

SEÇÃO XIV – DA SENTENÇA

*João Pedro Teixeira Araujo Senedesi³
Rafael Junior Soares⁴*

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

³ Pós-graduado em Processo Penal e Direito Penal Econômico pelo IDPEE – Coimbra e IBCCRIM. Advogado.

⁴ Doutorando em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Processo Penal na PUC/PR. Advogado

I – no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;
- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;
- d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;
- e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;
- f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

II – no caso de absolvição:

- a) mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso;
- b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas;
- c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

Após a votação pelos jurados, o juiz proferirá sentença condenatória ou absolutória, constando no artigo em exame algumas exigências a serem observadas na decisão. A questão é relevante na medida em que os jurados decidem o desfecho do julgamento como juízes leigos, mas a individualização da pena prossegue como

atribuição do juiz presidente, em razão da necessidade de abordar questões jurídicas e não apenas interpretação fática.

Depara-se, portanto, com decisão considerada como subjetivamente complexa, por englobar a atuação de órgãos jurisdicionais de natureza diversa, o Conselho de Sentença, ao avaliar fatos e suas circunstâncias, e o magistrado presidente, responsável pela aplicação da pena (BADARÓ, 2016, p. 532).

Primeiramente, em se tratando de decisão condenatória pelo Conselho de Sentença, caberá ao magistrado realizar a dosimetria da pena, de acordo com os artigos 59 e 68 do Código Penal, que estipulam o sistema trifásico, com a observância da pena-base, agravantes e atenuantes (pena provisória) e causas de aumento e diminuição de pena (pena definitiva).

O registro é importante porque a pena-base será valorada de acordo com os elementos probatórios colacionados ao processo, mas independentemente da manifestação das partes ou deliberação dos jurados.

Por outro lado, a pena provisória é de responsabilidade do juiz presidente, no entanto, é necessária a invocação pelas partes nos debates, não devendo ser reconhecida de ofício. Em outras palavras, as agravantes e atenuantes não serão objeto de quesitação aos jurados. A discussão é relevante porque o Superior Tribunal de Justiça possui posição firme no sentido de que as partes devem obrigatoriamente debater as mencionadas circunstâncias legais, sejam elas objetivas ou subjetivas, para que o juiz presidente possa aplicá-las no momento da sentença (HC 507.833, STJ).

Por fim, na fixação da pena definitiva, o magistrado apenas observará aquilo que foi decidido pelos jurados, pois se trata de matéria de competência do Conselho de Sentença (artigo 483, IV e V, CPP). Note-se que as causas de aumento e de diminuição serão apresentadas como quesitos aos jurados, os quais terão a responsabilidade de aplicá-las ou afastá-las. Mesmo assim, os parâmetros mínimos e máximos (intervalo entre um a dois terços, por exemplo, no crime tentado) são de responsabilidade do juiz presidente no momento da sentença.

Superada a questão da fixação da pena, o dispositivo examinado faz remissão ao artigo 387 do Código de Processo Penal, a fim de que o magistrado observe as demais disposições lá constantes. É possível mencionar a possibilidade de fixação do valor

mínimo de reparação dos danos causados pela infração, assim como a determinação de publicação da sentença na íntegra ou de forma resumida.

No que tange à prisão cautelar, o artigo 492, I, *e*, trouxe importante modificação que merece análise detalhada.

Em relação à primeira parte do dispositivo, o juiz presidente decidirá sobre a manutenção da prisão preventiva, caso persistam os pressupostos e requisitos da medida cautelar. Trata-se de exigência que está em consonância com a ordem constitucional, na qual a prisão provisória é a exceção, de modo que o magistrado deve declinar nos autos por quais motivos ainda se mostra fundamental a custódia cautelar. É importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a compreensão de que é possível a fundamentação *per relationem*, admitindo-se a manutenção da prisão preventiva após a sentença condenatória com alusão à motivação de decisão anterior quando permaneça hígida (HC 609282, STJ). Por outro lado, em caso de acusado solto, sobrevindo a necessidade da prisão cautelar, deverá o magistrado explicitar o porquê da sua necessidade no atual estágio processual, tendo em vista que impedirá a interposição de recursos pelo acusado em liberdade.

No tocante à segunda parte do dispositivo mencionado, é preciso rememorar que o Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2019, decidiu no âmbito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 que o artigo 283 do Código de Processo Penal possui legitimidade constitucional, o que, por corolário, impediria a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação em qualquer espécie de infração penal. No entanto, encontra-se pendente de julgamento na Corte Suprema o Recurso Extraordinário 1235340, no qual se decidirá sobre a possibilidade de imediata execução de condenação imposta pelo Conselho de Sentença, independentemente do total da pena aplicada.

Embora em um primeiro olhar possa parecer incongruente a discussão travada em face de decisão tomada de forma tão recente, os próprios votos nas ADCs apresentaram reservas em relação aos crimes julgados pelo Tribunal do Júri, em especial o Ministro Dias Toffoli, que apesar de ter adotado a corrente da constitucionalidade do dispositivo examinado, sustentou a necessidade de se dar tratamento diferenciado aos crimes dolosos contra a vida. Tal fato indica a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal adotar posturas distintas quanto à

execução provisória da pena, a partir da avaliação da natureza jurídica da infração penal.

Em suma, o argumento principal daqueles que defendem a execução imediata no Tribunal do Júri reside no fato de que a instância recursal não pode substituir a vontade do Conselho de Sentença quanto à autoria e à materialidade do delito, mas somente determinar novo julgamento em hipóteses excepcionais, justificando-se a execução imediata da pena depois da condenação pelos jurados. Como dito, no próprio julgamento das ADCs, a qual se deu por maioria apertada de votos (6 x 5), consignou-se que os crimes dolosos contra a vida poderiam sofrer tratamento diferenciado, em face da soberania dos veredictos e da necessidade de se atribuir credibilidade ao sistema de justiça criminal (BALDINI, 2020, p. 266).

Chama a atenção, inclusive, o fundamento da soberania dos veredictos como justificativa para a execução imediata da pena. Isso porque a previsão constitucional surge no texto como garantia do acusado, no entanto, é utilizada como motivo para restrição prematura da liberdade do imputado (TERRA; FERNANDES, 2020, p. 45/46).

Além disso, com o advento da Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), o assunto tornou-se ainda mais tormentoso, uma vez que se estipulou a execução imediata da sanção penal aplicada a partir da fixação pelo juiz de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão. Ou seja, nesta hipótese, pouco importaria a necessidade ou não de custódia cautelar, como prevê a primeira parte do dispositivo, eis que o critério para fins de determinação da custódia seria meramente objetivo.

O dispositivo mostra-se, no mínimo, curioso por adotar critério quantitativo de 15 (quinze) anos de pena sem justificativa para tanto ou vinculação com qualquer critério da legislação penal. De todo modo, o enunciado merece críticas em vários aspectos. O primeiro por ferir a garantir da isonomia, eis que acusados de crimes até mais graves sob o ponto de vista de pena aplicada (por exemplo, latrocínio), poderiam permanecer em liberdade enquanto seus recursos são apreciados pelas instâncias superiores. Segundo pelo argumento da impossibilidade de adoção da prisão cautelar como antecipação de pena, postura expressamente vedada pela legislação processual penal. E terceiro e último, a mitigação do duplo grau de jurisdição, visto que a redação legal ignora a possibilidade de modificação do julgamento pelas instâncias superiores, as quais possuem ampla possibilidade de revisão (D'ANGELO, 2020, p. 214/215).

Ademais, não obstante o acréscimo legal por meio da Lei Anticrime, o Superior Tribunal de Justiça tem refutado a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, ainda que se trate de julgamento pelo Tribunal do Júri, com clara valorização daquilo que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs (HC 623107, STJ). A posição adotada parece mais correta, porque prestigia a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição, uma vez que a decisão tomada pelo Conselho de Sentença ainda poderá ser revista pelas instâncias superiores. Trata-se, portanto, da posição que se alinha de forma mais adequada à Constituição Federal e à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em contrapartida à regra elaborada pelo legislador, o artigo 492, §§ 3º, 4º e 5º, buscou estipular situação excepcional em que a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos não seria executada imediatamente. Fundamentou-se em duas premissas: a primeira na ideia de que juiz presidente poderá deixar de executar de plano a sanção penal fixada em casos em que se identifique uma questão substancial a ser dirimida pelo Tribunal, enquanto a segunda na possibilidade de o próprio Tribunal atribuir efeito suspensivo ao recurso interposto pelo acusado, desde que não seja impugnação recursal protelatória ou então se encontre questão substancial que resulte em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Destacou-se, ainda, que a apelação no caso de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos não terá efeito suspensivo, cabendo à parte no próprio processo penal ou de forma incidental pleitear sua concessão. Como ressaltado anteriormente, as duas soluções encontradas pelo legislador são insuficientes para assegurar plenamente as garantias constitucionais, visto que dependerão necessariamente da discricionariedade do julgador em avaliar a “questão substancial”. Ademais, o resultado do recurso, ainda que favorável ao acusado, é incapaz de abrandar ou restabelecer o tempo de recolhimento ao cárcere do indivíduo. A atual disposição legal aproxima-se da já revogada prisão para apelar, a qual não mais encontra ressonância constitucional.

Na sequência, o magistrado presidente deverá estabelecer os efeitos genéricos e específicos da condenação, os quais estão dispostos nos artigos 91 e 92 do Código Penal. Dentre os efeitos fixados pela lei, merece destaque a certeza sobre a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Isso porque a sentença penal condenatória é

entendida como título executivo judicial a ser liquidado na seara cível, permitindo que o ofendido ou seus sucessores a executem diretamente na esfera cível. De todo modo, o dispositivo está consonância com o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal que permite ao magistrado fixar o dano mínimo a ser reparado, dando parcial liquidez ao que é incontroverso como prejuízo da conduta criminosa praticada. Ainda assim, como se está diante de crimes dolosos contra a vida, os quais possuem complexidade em termos de mensuração do dano produzido, em regra, o tema é dirimido na esfera cível.

Já em relação à decisão de absolvição, a primeira orientação dada pelo legislador consistiu na colocação em liberdade do acusado. O tratamento não poderia ser diferente, visto que a medida cautelar está calcada em indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime trazidos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Desse modo, com o juízo de mérito realizado, afasta-se a plausibilidade jurídica trazida pela acusação, impondo-se a liberdade ainda que haja impugnação da decisão perante as instâncias superiores.

Da mesma forma, as demais “medidas restritivas” devem ser revogadas. O dispositivo legal deve ser compreendido para se atingir as medidas cautelares diversas da prisão (artigos 319 e 320), além das medidas cautelares patrimoniais, ante ao esvaziamento do *fumus comissi delicti* a partir da decisão de absolvição do acusado (artigos 125 a 144-A).

Ainda, o juiz deverá aplicar medida de segurança em razão da absolvição imprópria decorrente da inimputabilidade, de acordo com o artigo 26 do Código Penal.

Como última atribuição ao juiz presidente, abordou-se a possibilidade de desclassificação da infração penal.

Após a decisão do Conselho de Sentença entendendo que não se trata de crime doloso contra a vida, caberá ao próprio magistrado presidente proferir decisão sobre o processo. De qualquer sorte, deve-se ter em mente que existem duas possibilidades de desclassificação, denominadas de própria e imprópria.

A desclassificação própria ocorrerá quando o Conselho de Sentença desclassificar o crime doloso contra a vida para outro que não é da sua competência, sem, contudo, apontar qual a infração penal. Nesta situação, ficará o juiz responsável pela apreciação do fato, podendo, naturalmente, condenar ou absolver o acusado

(LIMA, 2020, p. 1533). Já a desclassificação imprópria se dará na hipótese em que o Conselho de Sentença aponta sua incompetência para examinar o crime imputado, mas, ao contrário da situação anterior, indica a infração penal cometida pelo acusado. No caso em apreço, o magistrado é obrigado a observar a decisão dada pelos jurados, devendo, inclusive, condenar o acusado nos moldes da decisão dos jurados (LIMA, 2020, p. 1534).

Com a nova sistemática de quesitos trazida a partir da reforma de 2008, tem prevalecido o entendimento de que vigora atualmente apenas a desclassificação própria, visto que a perda da competência do Conselho de Sentença, pela desclassificação do crime doloso contra a vida para outro delito, levará sempre à hipótese de julgamento pelo juiz togado com ampla discricionariedade para absolver ou condenar. Assim, não mais haveria espaço para a admissão da desclassificação imprópria, especialmente em razão do quesito geral de absolvição do acusado, a qual inexistia na antiga legislação.

Por sua vez, no caso da desclassificação resultar em configuração de infração penal de menor potencial ofensivo, incumbe ao juiz aplicar os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, consistentes na composição civil dos danos, transação penal, representação nos crimes de lesão corporal leve e suspensão condicional do processo.

O Tribunal do Júri é responsável pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida e dos crimes conexos, ou seja, aqueles que possuem relação com a conduta principal. Desse modo, considerando a desclassificação do crime para outra infração penal, os crimes conexos também deverão ser julgados pelo juiz presidente.

Art. 493. A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento.

Após a votação dos jurados e antes de encerrar a sessão de instrução e julgamento, o juiz presidente lerá a sentença em plenário. Como sinal de respeito, mas sem haver obrigatoriedade legal, o magistrado realizará a leitura da sentença em pé, assim como os demais presentes no ato processual. É dispensada a elaboração de fundamentação, visto que prevalecerá a íntima convicção dos jurados.

Após a leitura da sentença em plenário pelo juiz presidente, as partes restarão intimadas e se dará início ao prazo recursal, restando desnecessária a aplicação do artigo 389 do presente Código.

As partes poderão interpor recurso verbalmente, ainda em plenário, conforme prevê o artigo 578 deste Código ao autorizar a interposição de recurso “por termo nos autos”. O inconformismo da parte deverá constar no termo e se considera iniciado o prazo de 8 (oito) dias para a apresentação das razões recursais, conforme dicção do artigo 600. O prazo se iniciará no dia seguinte à sessão de julgamento, respeitando o artigo 798, que estabelece as regras referentes à contagem de prazo. Caso a sessão termine em dia distinto ao do início do julgamento, o dia final, ou seja, o dia da leitura da sentença, será o termo *a quo* do prazo recursal (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2019, p. 961).

Se o réu não estiver presente na sessão de julgamento, bastará a presença do defensor constituído para que ocorra a intimação do ato processual. De outra forma, quando o acusado estiver ausente, encontrando-se solto e intimado por edital da decisão que o pronunciou e tendo sua defesa em plenário sido realizada por defensor dativo, sua intimação será realizada por edital, respeitando os termos do artigo 392, inciso VI (CUNHA, 2017, p. 1305).

SEÇÃO XV– DA ATA DOS TRABALHOS

*João Pedro Teixeira Araujo Senedesi*⁵
*Rafael Junior Soares*⁶

Art. 494. De cada sessão de julgamento o escrivão lavrará ata, assinada pelo presidente e pelas partes.

A ata da sessão de julgamento deverá ser elaborada pelo escrivão e conterá todas as principais ocorrências durante o plenário, as alegações e fundamentos

⁵ Pós-graduado em Processo Penal e Direito Penal Econômico pelo IDPEE – Coimbra e IBCCRIM. Advogado.

⁶ Doutorando em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Processo Penal na PUC/PR. Advogado

desenvolvidos nos debates, além dos protestos das partes. A ata deverá ser o histórico ou retrato fiel do que ocorreu durante a sessão de julgamento (MARCÃO, 2016, p. 1166).

Embora não caiba ao juiz presidente a formalização da ata, o magistrado deverá se certificar que as informações dispostas são fiéis ao que transcorreu na sessão. Se as partes identificarem prejuízo com os dados inseridos na ata ou ausência de informações relevantes, deverão formalizar sua inconformidade para que não reste preclusa a faculdade processual de arguir qualquer vício ou nulidade.

Após a lavratura da ata, todas as partes deverão assiná-la. Porém, é consolidado na jurisprudência que a simples ausência da assinatura não enseja nulidade processual, mas sim desrespeito à mera formalidade (AREsp 154.464, STJ).

Art. 495. A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente:

- I – a data e a hora da instalação dos trabalhos;
- II – o magistrado que presidiu a sessão e os jurados presentes;
- III – os jurados que deixaram de comparecer, com escusa ou sem ela, e as sanções aplicadas;
- IV – o ofício ou requerimento de isenção ou dispensa;
- V – o sorteio dos jurados suplentes;
- VI – o adiamento da sessão, se houver ocorrido, com a indicação do motivo;
- VII – a abertura da sessão e a presença do Ministério Público, do querelante e do assistente, se houver, e a do defensor do acusado;
- VIII – o pregão e a sanção imposta, no caso de não comparecimento;
- IX – as testemunhas dispensadas de depor;
- X – o recolhimento das testemunhas a lugar de onde umas não pudessem ouvir o depoimento das outras;
- XI – a verificação das cédulas pelo juiz presidente;
- XII – a formação do Conselho de Sentença, com o registro dos nomes dos jurados sorteados e recusas;
- XIII – o compromisso e o interrogatório, com simples referência ao termo;
- XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos;
- XV – os incidentes;
- XVI – o julgamento da causa;
- XVII – a publicidade dos atos da instrução plenária, das diligências e da sentença.

A ata de sessão de julgamento deve ser o retrato mais fiel possível dos acontecimentos ocorridos durante o plenário. Diante disso, o artigo 495 traz um rol obrigatório do que deve constar na ata. Porém, caso o juiz presidente entenda ser

importante mencionar outros fatos, poderá constar os demais acontecimentos necessários para que a ata esteja mais completa.

Mesmo em caso de não realização do julgamento, a ata deverá lavrada registrando-se que não fora realizada a sessão e por quais motivos isso se deu.

A incumbência para a lavratura da ata é do escrivão. Ocorre que as obrigações trazidas nos incisos XIV e XV necessitam de maiores conhecimentos jurídicos, visto que resumir os fundamentos dos debates, bem como todos os incidentes de forma que fique preciso e sem qualquer falha, não é tarefa fácil. Desta forma, cabe ao magistrado que presidiu a sessão informar ao escrivão de maneira clara o que constará na ata.

A importância desses incisos recai, principalmente, na hipótese de interposição de recurso contra a decisão tomada, a fim de permitir ao Tribunal a avaliação mais ampla possível daquilo que foi pleiteado pela acusação e defesa (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2019, p. 963).

Art. 496. A falta da ata sujeitará o responsável a sanções administrativa e penal.

Como cabe ao escrivão a elaboração da ata da sessão de julgamento, recai sobre ele a possibilidade de sanções administrativas e penais pela inexistência no processo. Na prática, não é habitual verificar a ausência da elaboração da ata, pois ainda que não redigida na data da sessão de julgamento, o escrivão poderá proceder dentro do prazo de dois dias, conforme prevê o artigo 799 da legislação processual penal (MARCÃO, 2016, p. 1167).

Em relação às sanções administrativas, a nova redação do dispositivo não traz limite mínimo ou máximo para o valor da multa a ser aplicada, mas de todo modo a falta disciplinar deverá ser apurada perante os órgãos correccionais.

Sobre a responsabilidade penal do escrivão que não lavrar a ata, poderá responder pelo crime de prevaricação, nos termos do artigo 319 do Código Penal, se agir de forma a “satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, ou também pelo crime de corrupção passiva caso tenha aceitado promessa de vantagem indevida para a não realização do ato, como dispõe o artigo 317 do mesmo Código.

SEÇÃO XIII – DO QUESTIONÁRIO E SUA VOTAÇÃO

(continuação)

João Pedro Teixeira Araujo Senedesi⁷
Rafael Junior Soares⁸

Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

- I – regular a polícia das sessões e prender os desobedientes;
- II – requisitar o auxílio da força pública, que ficará sob sua exclusiva autoridade;
- III – dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes;
- IV – resolver as questões incidentes que não dependam de pronunciamento do júri;
- V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;
- VI – mandar retirar da sala o acusado que dificultar a realização do julgamento, o qual prosseguirá sem a sua presença;
- VII – suspender a sessão pelo tempo indispensável à realização das diligências requeridas ou entendidas necessárias, mantida a incomunicabilidade dos jurados;
- VIII – interromper a sessão por tempo razoável, para proferir sentença e para repouso ou refeição dos jurados;
- IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer destes, a arguição de extinção de punibilidade;
- X – resolver as questões de direito suscitadas no curso do julgamento;
- XI – determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade;
- XII – regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 (três) minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo desta última.

O artigo em questão apresenta um rol exemplificativo de atribuições na condução do trabalho que recaem sobre magistrado que preside a sessão. Os primeiros incisos conferem ao juiz o poder para atuar de forma preventiva e repressiva no transcorrer do julgamento.

Com o escopo de assegurar o desenvolvimento das atividades de forma esmerada numa perspectiva de prevenção, poderá o juiz, por exemplo, limitar o número de pessoas presentes no plenário, decidir sobre a possibilidade de transmissão

⁷ Pós-graduado em Processo Penal e Direito Penal Econômico pelo IDPEE – Coimbra e IBCCRIM. Advogado.

⁸ Doutorando em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Processo Penal na PUC/PR. Advogado

do julgamento pelas vias midiáticas. Já de forma a repreender atitudes, poderá o juiz mandar retirar o acusado que esteja dificultando a realização dos trabalhos e de qualquer popular que esteja presente no plenário (MARCÃO, 2016, p. 1169).

Ao final do inciso I, atribui ao juiz presidente o poder de “prender os desobedientes”. Essa prisão ocorre no caso de flagrante delito pelo crime de desobediência, e caberá ao magistrado lavrar o auto de prisão em flagrante, por se tratar de crime praticado diante de autoridade, no exercício de sua função, conforme preconiza o artigo 307.

Embora caracterizada a prisão em flagrante pelo crime de desobediência, sabe-se que o delito em questão é de menor potencial ofensivo, portanto, improvável que o desobediente seja efetivamente preso, visto que o artigo 69 da Lei 9.099/95 estabelece que o “autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”. Os policiais que forem solicitados pelo juiz, conforme inciso II, estarão sob orientação exclusiva do magistrado, não podendo atender a comandos de nenhuma outra autoridade.

Devendo o juiz presidente coordenar os trabalhos perante o plenário, cabe a ele dirigir os debates podendo intervir sempre que houver abuso, excesso de linguagem ou requerimento expresso das partes. Exemplo disso, quando não se permite a leitura de documento ou exibição de objeto que não for juntado aos autos com três dias de antecedência, conforme prevê o artigo 479, assim, cabe ao juiz impedir a leitura de tal documento ou exibição do objeto.

Como em qualquer outro procedimento criminal, o réu tem direito à ampla defesa, a qual deve ser real e efetiva. Assim, entendendo o magistrado que o acusado encontra-se ausente de defesa técnica, poderá dissolver o conselho de sentença para que se realize a nomeação ou constituição de outro defensor para o acusado.

A ausência de defesa é causa de nulidade processual, portanto, dificilmente será nomeado novo defensor para o acusado ainda em plenário, visto que os processos são complexos e a defesa necessita de tempo para se habituar a causa. Desta forma, em consonância ao artigo 481, reconhecendo a ausência de fato essencial para o julgamento da causa, e não podendo ser sanado imediatamente, o juiz deverá dissolver

o conselho de sentença e ordenar as diligências necessárias (PACELLI; FISCHER, 2016, p. 1051).

No caso de o magistrado determinar a nomeação ou constituição de defensor, deverá respeitar o prazo de dez dias para novo julgamento, conforme disposto no artigo 456, § 2º deste Código.

Também é atribuição do juiz, a retirada do acusado da sala de julgamento, se entender que ele está dificultando a realização do julgamento. O direito ao réu de acompanhar o julgamento não é absoluto, devendo se comportar com respeito durante a sessão. Embora possa determinar a retirada do acusado, a simples alegação de periculosidade não é suficiente para que seja retirado da sala de julgamento (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2019, p. 965).

De forma preventiva, autoriza-se que o magistrado solicite auxílio da polícia militar para que o julgamento transcorra da maneira mais segura. Além disso, caso a vítima ou qualquer testemunha se sinta constrangida em prestar seu depoimento diante da presença do réu, o juiz poderá inquiri-la por videoconferência, como disposto no artigo 217 deste Código.

A retirada do acusado do plenário só poderá ser realizada se constatado algum ato concreto que esteja dificultando a realização do julgamento. Por exemplo, na hipótese de o acusado proferir ameaças verbais ou até mesmo gestos intimidatórios à vítima ou às testemunhas.

Por fim, com as alterações da Lei 11.689/2008, o Código de Processo Penal passou a disciplinar legalmente os apartes, que nada mais são do que as intervenções feitas pela acusação ou defesa durante as sustentações orais, com o objetivo de questionar alguma afirmação feita ou esclarecer algo que foi mencionado pela parte contrária.

O inciso XII trouxe a previsão de que caberá ao juiz presidente regulamentar os apartes em plenário, o que não existia antes da alteração da lei. Porém, as partes podem conceder livremente a intervenção da outra, permitindo que esclareça ou questione algo que foi alegado. Caso a parte não disponha o direito, caberá ao juiz presidente intervir e conceder a palavra à parte que apartou.

Caso acusação ou defesa conceda o aparte livremente, entende-se que estará dispondo de seu próprio tempo, sem que tenha direito a acréscimo. Por outro lado, se o tempo for concedido pelo magistrado isso acarretará a prorrogação do tempo disponibilizado para manifestação oral (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2019, p. 966).

O entendimento é importante, pois o inciso estipula que o magistrado pode conceder o prazo de três minutos para cada aparte requerido, que será acrescentado do tempo de quem tiver com a palavra. Embora a lei disponha que não deve ultrapassar o lapso de três minutos, em situações excepcionais e com concordância das partes, o tempo cedido pode ultrapassar o que é previsto, devendo ser descontado de quem estava com a palavra (PACELLI; FISCHER, 2016, p. 1054).

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BALDINI, Alessandra Gomes Faria. **Execução provisória das condenações do Tribunal do Júri – Art. 492 CPP**. In: Pacote Anticrime: Análise crítica à luz da Constituição Federal. [Org. Bruna Martins Amorim Dutra; William Akerman]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. Salvados: JusPodivm, 2017.
- D'ANGELO, Andréa Cristina. **Tribunal do Júri e o pacote anticrime**. In: Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial. [Coord. Antonio Baptista Gonçalves]. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luiza Borges. **A prisão decorrente de sentença condenatória no Tribunal do Júri e a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019: um olhar a partir do princípio constitucional da presunção de inocência**. In: Pacote anticrime Lei 13.964/2019 – Temas penais e processuais penais. [Coord. Gabriel Habib]. Salvador: Juspodvm, 2020.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo [Org.]. **Código de Processo Penal comentado**. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8 ed. Salvador: Juspodvm, 2020.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- TASSE, Adel. **Do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri**. In: Código de processo penal comentado. [Coord. Denise Hammerschmidt]. Curitiba: Juruá, 2020.

CAPÍTULO III – DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DA COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR

Art. 498 ao 502. (Revogados pela Lei 11.719 de 2208).

TÍTULO II – DOS PROCESSOS ESPECIAIS

CAPÍTULO I– DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DE FALÊNCIA

Art. 503 ao 512 (Revogados pela Lei 11.719 de 2008).

CAPÍTULO II– DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS

Matheus Sidericoudes Milan¹
(arts. 513 ao 523)

Art. 513. Os 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 justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

O Capítulo II do Título II inicia a parte do Código de Processo Penal que elenca e estabelece as regras concernentes às **modalidades especiais de processo penal**, tendo em vista a revogação do Capítulo I pelo advento da Lei n. 11.101/2005. No que se refere ao Capítulo II, muito embora o diploma processual penal traga o termo “crime de responsabilidade”, **esse capítulo tem relação íntima com os crimes dispostos no**

¹ Graduação em Direito com ênfase em Direito Público pela FACAMP – Faculdades de Campinas. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC SP – Faculdade Damásio. Advogado.

Título XI, Capítulo I, do Código Penal, ou seja, **os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral** (BRASIL, 1940). Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC n. 37.309/PE, da lavra do Min. Jorge Mussi, segundo o qual “1. O procedimento especial previsto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal só se aplica aos delitos funcionais típicos, descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Precedentes; [...]” (BRASIL, 2013, online).

Por fim, o artigo ainda discorre que, ao se deparar com uma hipótese de **oferecimento de denúncia** envolvendo crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral, o Ministério Público recebe a **autorização legal** para apresentar a peça acusatória com um **documento justificatório fundamentado no qual elementos de materialidade e autoria** da conduta sejam posteriormente apresentados, dada a **impossibilidade** de sua apresentação nesse momento processual. Nesse sentido, se a denúncia for apresentada nesses moldes, **o juiz deverá conceder prazo para apresentação de resposta preliminar, segundo o art. 514 do CPP**.

Contudo, se a peça acusatória estiver instruída com inquérito policial, a Súmula n. 330 do STJ **autoriza** a dispensa da resposta preliminar, conforme o seguinte verbete: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial” (BRASIL, 2015, online). Nesse ponto, há **divergência** entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, o qual, nos autos do RHC n. 120.569/SP, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, **entende pela obrigatoriedade de concessão de resposta preliminar, mesmo que haja fase investigatória anterior ao oferecimento da peça acusatória** (BRASIL, 2014). Em sustentação a uma tese defensiva, dever-se-á observar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra questão relevante que se põe nesse artigo é se a aplicação da dispensa está restrita unicamente à hipótese de investigação presidida pelo delegado de polícia ou se se aplica a outras formas administrativas de investigação, notadamente, as presididas e realizadas pelo membro do Ministério Público. Segundo o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, este definiu o **tema 184**, cujo teor se segue:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados

os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição (BRASIL, 2015, online).

Destarte, é **lícito** argumentar que, em adequação à fixação da tese em repercussão geral ao teor da Súmula n. 330 do STJ, **em procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público, também se aplicaria a dispensa de resposta preliminar se, durante o procedimento, o investigado teve a oportunidade de se manifestar.** E, caso aplicado o entendimento do STF nos autos do RHC n. 120/569/SP, ainda que haja tal oportunidade de manifestação durante o procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, **há a obrigatoriedade de o juiz conceder prazo para resposta preliminar.**

Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.

Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Uma das especificidades do procedimento para processar crimes cometidos por funcionários públicos contra a Administração em Geral reside na previsão desse artigo: a **resposta preliminar**. Segundo seu texto, antes de analisar o recebimento ou a rejeição de uma peça acusatória, **o juiz deverá abrir um prazo de 15 dias** ao funcionário público para que este apresente as razões pelas quais entende que a peça acusatória é infundada.

Dois pontos muito relevantes a serem destacados sobre esse artigo são: que ele (1) somente se aplica sobre os crimes funcionais que sejam **afiançáveis** e (2) somente **sobre o funcionário público**. Nessa toada, tem-se que, atualmente, somente **dois delitos** previstos no Capítulo I do Título XI do Código Penal **não admitem** resposta

preliminar: **excesso de exação** (art. 316, § 1º, do CP) e **facilitação de contrabando ou descaminho** (art. 318 do CP). Quanto à restrição de incidência, o entendimento doutrinário é o de que a resposta preliminar existe para proteger o **exercício da função pública**.

Portanto, a legislação processual dá um **arcabouço protetivo** ao funcionário público de eventuais perseguições no exercício de seu mister público, em especial, de **denúncias ou queixas-crime sobre as quais o servidor não teve a chance de se manifestar em fase investigatória** (inquérito policial ou procedimento investigatório criminal). Dessa forma, pode-se concluir, inicialmente, duas afirmativas: a) o **particular** que atua em coautoria ou participação com o funcionário público nos crimes funcionais **não tem direito** ao oferecimento de resposta preliminar; e b) no concurso delitivo entre crimes funcionais e não funcionais praticados pelo mesmo funcionário público, **o particular não haverá direito ao exercício da resposta preliminar** (ALVES, 2016). Essa última asserção tem suporte no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC n. 171.117/PE (BRASIL, 2013).

Uma terceira afirmativa, contudo, precisou de provocação do Supremo Tribunal Federal, que a fez nos autos da Ação Penal n. 465/DF, de relatoria da Min. Cármen Lúcia. Segundo a Suprema Corte, “Se o acusado, à época do oferecimento da denúncia, não era mais funcionário público, **não terá direito à defesa preliminar** de que trata o art. 514 do CPP.” (BRASIL, 2014, online, grifo nosso). Essa tese reforça uma importante característica do referido artigo: a resposta preliminar tem a única função de **proteger o funcionário público no exercício de suas funções**. Uma vez que o agente não mais exerça funções públicas, não há o porquê de manter à pessoa uma prerrogativa que é inerente ao cargo, emprego ou função (CAVALCANTE, 2014). Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa na seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 312, § 1º, DO CP. RITO DO ART. 514 DO CPP. INAPLICABILIDADE. FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE DEIXOU DE OCUPAR O CARGO OU FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM INQUÉRITO POLICIAL. SÚMULA 330/STJ. RECURSO IMPROVIDO. 1. O rito especial previsto no art. 514 do Código de Processo Penal **não se aplica ao funcionário público que deixou de exercer o cargo ou a função**

pública que ocupava. Precedentes do STF. 2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, configura nulidade relativa a ausência de abertura de prazo para o oferecimento de defesa preliminar, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, devendo ser arguida em momento oportuno e com demonstração de prejuízo, sob pena de preclusão. 3. Ademais, a defesa preliminar é afastada, mesmo tratando-se de crime funcional afiançável, no caso de denúncia instruída com inquérito policial (Enunciado n.º 330 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça). 4. No caso, além de a recorrente não ocupar mais a função pública quando do recebimento da denúncia, a ação penal foi instruída com inquérito policial, não havendo falar, portanto, em nulidade. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento (BRASIL, 2012, online, grifo nosso).

Por fim, vale destacar que do **não cumprimento**, pelo Poder Judiciário, da concessão de prazo para o funcionário público apresentar resposta preliminar, deriva uma **nulidade relativa** ao processo penal. Nesse sentido, a fim de sanar essa nulidade, **deverá, o acusado, se manifestar a respeito na primeira oportunidade** após esse momento processual, bem como demonstrar **efetivo prejuízo ao exercício do direito de defesa**, conforme preconiza tanto o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp n. 1.209.625/ES) quanto o Supremo Tribunal Federal (RHC n. 120.569/SP) nos seguintes verbetes: “[...] A inobservância do procedimento previsto no artigo 514 do Código de Processo Penal gera, tão-somente, nulidade relativa, que, além de dever ser arguida no momento oportuno, exige a demonstração” (BRASIL, 2013, online); e “[...] Esta Corte decidiu, por diversas vezes, que a defesa preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal tem como objetivo evitar a propositura de ações penais temerárias contra funcionários públicos e, por isso, a sua falta constitui apenas nulidade relativa. [...]” (BRASIL, 2014, online).

Tal manifestação, ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, **encontra limite de preclusão na prolação da sentença** (ARE 1072424 AgR – SC, 2.a T., rel. Dias Toffoli, 07.05.2018, v.u.). **Destaca-se, entretanto, que há posição doutrinária no sentido contrário, de que se trata, em verdade, de nulidade absoluta** (NUCCI, 2020).

Art. 515. No caso previsto no artigo anterior, durante o prazo concedido para a resposta, os autos permanecerão em cartório, onde poderão ser examinados pelo acusado ou por seu defensor.

Parágrafo único. A resposta poderá ser instruída com documentos e justificações.

Esse artigo afirma que o processo deverá ser conservado em cartório durante o prazo de 15 dias para o oferecimento da resposta preliminar do acusado. Com o advento da Lei n. 11.419/2006 (Lei da Informatização do Processo Judicial), essa consulta **poderá ser realizada mediante acesso ao sistema informatizado** desde que o processo já esteja digitalizado ou, quando ele já foi iniciado pelo sistema informatizado. Cada tribunal apresenta suas regras próprias em relação aos sistemas informatizados do processo eletrônico e quanto às formas de acesso. **O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, garante, nos arts. 1.224 a 1.227 da Seção V do Capítulo XI do Tomo I das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, a consulta processual aos autos eletrônicos de processo-crime**, como o previsto nesse Capítulo.

É de suma importância ressaltar ao causídico que, além do TJSP, **diversos outros Tribunais também já adotam o processo eletrônico** em seus mais variados sistemas informatizados (tais como o eSAJ, o eProc e o PJe). Devido à pandemia de COVID-19, o Conselho Nacional de Justiça iniciou o projeto “Juízo 100% Digital” em que “todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto”, bem como “o atendimento da unidade judiciária a operadores de Direito e à sociedade é também realizado por meios eletrônicos, que são divulgados nos portais dos tribunais.” (BRASIL, 2020, online), **incluindo-se, portanto, o exame dos autos.**

Segundo informações do CNJ, unem-se, ao tribunal paulista, em âmbitos estaduais, os tribunais acreano (TJAC), amazonense (TJAM), baiano (TJBA), cearense (TJCE), capixaba (TJES), goiano (TJGO), mineiro (TJMG), maranhense (TJMA), mato-grossense (TJMT), sul-mato-grossense (TJMS), potiguar (TJRN), fluminense (TJRJ) e rondoniense (TJRO); na seara eleitoral, somente o tribunal brasiliense (TRE-DF); já no que tange à Justiça Federal comum, os Tribunais Regionais Federais da 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul), da 4ª Região (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná) e da 5ª Região (Pernambuco, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas e Sergipe).

Nessa fase, o acusado poderá apresentar a resposta preliminar munido de elementos de prova, em sua essência, documentais, bem como poderá apresentar as justificativas pelas quais compreende a inépcia da peça acusatória e a necessidade de se extinguir o processo-crime. **Isso não impedirá que esses mesmos elementos sejam**

novamente colacionados à resposta à acusação em eventual recebimento da denúncia.

Art. 516. O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.

Ao contrário do que se observa na sistemática do rito comum, o rito especial de apuração de crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral **admite** que, **no momento de recebimento ou rejeição da peça acusatória**, o juiz possa concluir pela **inexistência do crime** ou pela **improcedência da ação**. Percebe-se que o CPP cria uma sistemática envolvendo os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral que busca evitar, **ao máximo**, o recebimento de denúncias relacionadas a esses tipos de crimes, **sempre com o objetivo de preservar as prerrogativas do exercício da função pública**.

Contudo, como toda decisão judicial relevante dentro do processo penal, a rejeição da denúncia **deve ser devidamente fundamentada**, sob pena de **nulidade**. Novamente, ressalta-se, como explicado nas anotações referentes ao artigo 514 supracitado, a defesa deve se atentar à demonstração do **efetivo prejuízo ao exercício do direito de defesa** para que o Poder Judiciário possa decretar a nulidade dos atos praticados após o momento em que o direito ao exercício de resposta preliminar deveria ter sido concedido e não o foi.

Art. 517. Recebida a denúncia ou a queixa, será o acusado citado, na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I.

Com o recebimento da denúncia pelo magistrado, o procedimento especial encerra-se e o processo-crime passa a ser processado mediante o **rito comum**. Percebe-se que, **somente após o recebimento da denúncia** é que se procede à **citação** do, agora, réu. Esse artigo reforça a tese de que o anteriormente acusado funcionário público deve ser **notificado**, e não citado, para o oferecimento da resposta preliminar. Portanto, **a falta do ato de citação depois do recebimento de denúncia no**

procedimento em questão gera nulidade absoluta ao processo-crime, não sendo suprida pela manifestação do acusado em sede de resposta preliminar.

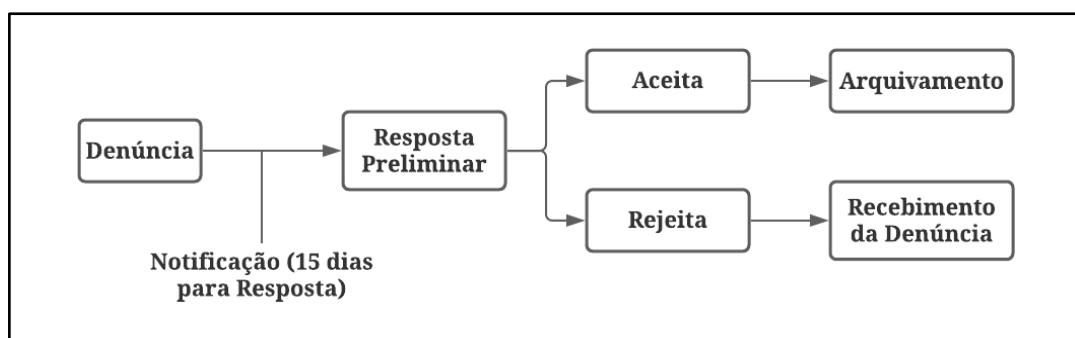
Uma questão a ser considerada é a possibilidade de haver aditamento à denúncia para a inclusão posterior de crime praticado por funcionário público contra a Administração em Geral. Segundo Nucci (2020, p. 1.739, grifo nosso), nesta hipótese, “caso seja proposto o aditamento com base em elementos diversos, **é preciso garantir o direito à defesa preliminar**”.

Art. 518. Na instrução criminal e nos demais termos do processo, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, deste Livro.

Novamente, o CPP estabelece que a especificidade do rito processual envolvendo crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral resume-se no ato de **notificação do funcionário público ao oferecimento de resposta preliminar** e que, **após o ato de recebimento da peça acusatória** pelo juiz, **o procedimento converte-se em rito comum.**

Para encerrar, de forma resumida, tem-se o seguinte **fluxograma** do procedimento especial envolvendo os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral:

Figura 1 – Fluxograma do procedimento especial envolvendo os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral.



Fonte: elaborado pelo autor

Nesta figura, é possível observar os procedimentos que têm como ponto de partida a denúncia, passando, em seguida, para a resposta preliminar a qual pode ser

aceita, culminando no arquivamento do processo, ou rejeitada, momento em que a denúncia é recebida e se tem a continuidade do processo-crime pelo procedimento comum.

A seguir, será discutido o Capítulo III do Título II do Código de Processo Penal, que regulamenta o procedimento dos crimes contra a honra de competência do juiz singular.

CAPÍTULO III– DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DE CALÚNIA E INJÚRIA, DE COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR

Matheus Sidericoudes Milan²

Art. 519. No processo por crime de calúnia ou injúria, para o qual não haja outra forma estabelecida em lei especial, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, deste Livro, com as modificações constantes dos artigos seguintes.

O Capítulo III inaugura um novo procedimento especial do Código de Processo Penal. Em que pese o *caput* do artigo referir-se somente aos crimes de **calúnia** (art. 138 do Código Penal) e de **injúria** (art. 140 do Código Penal), é pacífico o entendimento doutrinário segundo o qual **também se aplica este procedimento ao crime de difamação** (NUCCI, 2020).

Em regra, a competência para o julgamento é do **Juizado Especial Criminal** (LIMA, 2020), dado o fato de serem crimes de **menor potencial ofensivo**. O causídico, contudo, deve se atentar pelo fato de que esse procedimento, apesar de ser especial em relação ao rito comum ordinário, **é preterido** quando se há a previsão de crimes contra a honra em **legislação penal especial ou em outra situação específica**, notadamente: i) crime **eleitoral**; ii) crime **militar**; iii) **agente** causador do dano ter **foro especial por prerrogativa de função**; iv) fato **complexo** que retira a competência do

² Graduação em Direito com ênfase em Direito Público pela FACAMP – Faculdades de Campinas. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC SP – Faculdade Damásio. Advogado.

JECrim; v) necessidade de **citação por edital**; e vi) aplicabilidade de **causas especiais de aumento de pena** (art. 141 do Código Penal) que façam com que a pena máxima **extrapole dois anos** (ALVES, 2016).

Outro ponto muito relevante a ser elencado é o de que, por se tratarem de crimes afetos ao procedimento do Juizado Especial Criminal, **também é lícita, quando se tratar de queixa-crime**, a aplicação de instrumentos próprios da sistemática da Lei n. 9.099/95, como são os casos da **transação penal** e da **suspensão condicional do processo**, nos termos do Enunciado n. 49 do FONAJE (na ação de iniciativa privada, cabe a transação penal e a suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante).

Ressalta-se que, embora **não seja obrigatório**, conforme as características do caso, **recomenda-se ao causídico** ajuizar **pedido de explicações** (previsto no art. 144 do Código Penal) para melhor avaliar a viabilidade de prosseguir com uma demanda por crime contra a honra, desde que observe, também, se o pedido de explicações **não irá se sobrepor ao prazo decadencial e consequente extinção da punibilidade do querelado**. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se da seguinte forma:

INTERPELAÇÃO JUDICIAL – PROCEDIMENTO DE NATUREZA CAUTELAR – MEDIDA PREPARATÓRIA DE AÇÃO PENAL REFERENTE A DELITOS CONTRA A HONRA (CP, ART. 144) – PEDIDO DE EXPLICAÇÕES AJUIZADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR DISPOR O PARLAMENTAR FEDERAL DE PRERROGATIVA DE FORO, “RATIONE MUNERIS”, PERANTE ESTA SUPREMA CORTE, NAS INFRAÇÕES PENAIIS COMUNS – IMPUTAÇÕES ALEGADAMENTE OFENSIVAS AO PATRIMÔNIO MORAL DO INTERPELANTE – RECONHECIMENTO, POR ELE PRÓPRIO, DE QUE AS AFIRMAÇÕES QUESTIONADAS OFENDERAM-LHE A IMAGEM E A REPUTAÇÃO – AUSÊNCIA, EM TAL CONTEXTO, DE DUBIEDADE, EQUIVOCIDADE OU AMBIGUIDADE – CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO AO CONTEÚDO DE TAIS AFIRMAÇÕES – INVIABILIDADE JURÍDICA DO AJUIZAMENTO DA INTERPELAÇÃO JUDICIAL, POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – PEDIDO DE EXPLICAÇÕES A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO CONTRA ESSA DECISÃO – AÇÃO PENAL PRINCIPAL NÃO AJUIZADA CONTRA O SUPOSTO OFENSOR – DECURSO, “IN ALBIS”, DO PRAZO SEMESTRAL DE DECADÊNCIA (CP, ART. 103) – SUPERVENIENTE PERDA

DO OBJETO DA PRESENTE INTERPELAÇÃO JUDICIAL EM VIRTUDE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO INTERPELADO – PROCEDIMENTO CAUTELAR DE NATUREZA PREPARATÓRIA QUE NÃO DISPÕE DE EFICÁCIA INTERRUPTIVA OU SUSPENSIVA DA PRESCRIÇÃO PENAL OU DO PRAZO DECADENCIAL – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA EXTINÇÃO ANÔMALA DO RECURSO – RECURSO DE AGRAVO PREJUDICADO (BRASIL, 2016, online, grifo nosso).

A ementa supracitada condensa diversos elementos colacionados no comentário a esse artigo. De início, verifica-se que o pedido de explicações é, de fato, uma **medida preparatória** ao processo-crime de delitos contra a honra. Nesse sentido, a Corte Suprema reforça que **não haverá interrupção ou suspensão do prazo decadencial de seis meses ao ajuizamento da querela pelo ofendido em crimes contra a honra**. Portanto, o advogado deve, novamente, se atentar para promover a ação penal devida dentro do prazo decadencial, **independente de julgamento do pedido de explicações**, dada a natureza acautelatória desta, bem como sua dispensabilidade, por se tratar de uma medida facultativa à parte ofendida.

Art. 520. Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.

Este artigo traz o **principal elemento diferenciador** deste procedimento especial. Oferecida a queixa-crime, o magistrado poderá determinar a realização de uma espécie de **audiência prévia** entre as partes envolvidas. Entretanto, ao magistrado, é lícito dispensar tal audiência se verificar **falta de requisito essencial ao oferecimento da peça acusatória**, conforme se denota da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CALÚNIA. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE DOLO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 07 DO STJ. AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. A pretensão recursal do recebimento da queixa-crime pela adequação da conduta ao crime de calúnia, bem como a declaração de existência de dolo demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via especial, a teor da Súmula n.º 7 do STJ. 2. Não existe violação ao art. 520 do Código de Processo Penal, nos casos em que o

magistrado indefere liminarmente a queixa-crime, sem marcar audiência de tentativa de conciliação, quando entende ausente requisito necessário para o recebimento da exordial acusatória, como a atipicidade da conduta. Precedente. 3. Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2004, online, grifo nosso).

Nada obstante as divergências doutrinárias acerca da efetividade de uma audiência de reconciliação perante a seara criminal (NUCCI, 2020), certo é que a presença das partes na referida audiência determinada pelo Juízo, segundo a posição majoritária, é de caráter **obrigatório**, podendo trazer consequências jurídicas tanto ao **querelante** (exemplo: perempção) quanto ao **querelado** (exemplo: prosseguimento do feito).

Por fim, causa estranheza a previsão legal de que o magistrado, nos casos de crimes contra a honra que caiba este procedimento, ouça, primeiramente, os envolvidos **de forma separada, sem a presença dos respectivos advogados**, em espécie de “pré-oitiva” das partes. Tal disposição, por certo, **destoa do previsto no texto da Constituição Federal, a qual estabelece a indispensabilidade do advogado para a concretização da Justiça** (arts. 93, inciso IX, e 133, ambos da CF/88). Contudo, como ainda não houve declaração de inconstitucionalidade específica desse dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, seja em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, essa etapa do procedimento, se determinada, **continua válida e eficaz**.

Art. 521. Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença.

Passada a fase de o juiz ouvir querelante e querelado de forma separada, o magistrado, então, poderá convocar uma **audiência de reconciliação “propriamente dita”**, essa sim com as partes e seus respectivos patronos para, enfim, chegarem a um meio termo e encaminharem o caso à sua extinção com a formalização do termo reconciliatório. Entretanto, conforme Fernandes e Junior (2020, p. 47, grifo nosso), tal audiência deveria, em verdade, ser realizada por mediador capacitado em técnicas de negociação, conforme se extrai deste excerto:

A legislação processual penal permite a reconciliação entre as partes envolvidas nos crimes contra a honra, **apenas destacando que é essencial a presença do advogado durante todo o procedimento** e a condução dos trabalhos deve ser feita pelo mediador, capacitado, não podendo ser realizada pelo magistrado, **pois quem julga não pode ser a mesma pessoa que auxilia, em respeito ao princípio da confidencialidade**, que estabelece que **tudo o que for conversado ao longo do procedimento de mediação, se restringe às partes e seus advogados, não podendo ser utilizado contra ou favor das partes no futuro**, promovendo a liberdade e a segurança necessárias para que a comunicação seja realmente eficaz, sem receios.

Por se tratar, em regra, de procedimento de competência do Juizado Especial Criminal, **aplicam-se todos os pressupostos e os procedimentos cabíveis concernentes ao oferecimento da transação penal e à suspensão condicional do processo**. Entretanto, o advogado deve estar atento se o crime contra a honra não está envolto no microssistema protetivo instituído pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Nesse caso, **a transação penal e a suspensão condicional do processo não se aplicam a nenhum crime contra a honra praticado no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher** (PRADO, 2013).

Sendo **inviável** a realização da reconciliação, o juiz **analisará a peça acusatória**. Recebida, **o procedimento passa a ser o do rito comum**.

Art. 522. No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada.

Trata-se, na verdade, de hipótese de **extinção da punibilidade**, tendo em vista que a assinatura do termo de desistência pelo querelante da ação penal privada gera o arquivamento da referida queixa-crime.

Art. 523. Quando for oferecida a exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado, o querelante poderá contestar a exceção no prazo de dois dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal.

O Código Penal atribui, ao acusado de prática de crimes contra a honra, a possibilidade de trazer questões prejudiciais específicas ao julgamento do caso, por meio de dois instrumentos, quais sejam, a **exceção da verdade** e a **exceção da notoriedade do fato imputado**. A diferença entre elas é que a última somente se aplica nos casos de **difamação em face de funcionários públicos no exercício de suas funções**, ao passo em que a primeira se performa no crime de **calúnia**. Assim, reforça-se que **não caberá a exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado quando se tratar de crime de injúria**, já que essas exceções apenas podem ser opostas em relação a situações envolvendo a **honra objetiva, e não subjetiva**, típicas do último delito em questão (PRADO, 2013).

Caso haja o oferecimento de uma exceção, o juiz determinará que a Defesa do excepto/querelante **conteste** a exceção, abrindo um **prazo de dois dias**. Ainda segundo Nucci (2020), **há autorização para que o querelante modifique o rol de testemunhas**, haja vista a possibilidade de **modificação** do objeto do processo. No que se refere ao foro especial por prerrogativa de função, é salutar frisar que **o exame de admissibilidade da exceção deve ser feito no primeiro grau de jurisdição** para, só então, os autos serem encaminhados para a esfera de competência originária para o **julgamento**. Contudo, se se tratar de **exceção manifestamente infundada**, a **Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça** tem jurisprudência no sentido de que o juízo de admissibilidade pode **rejeitar a peça acusatória desde logo**, conforme se denota da seguinte ementa:

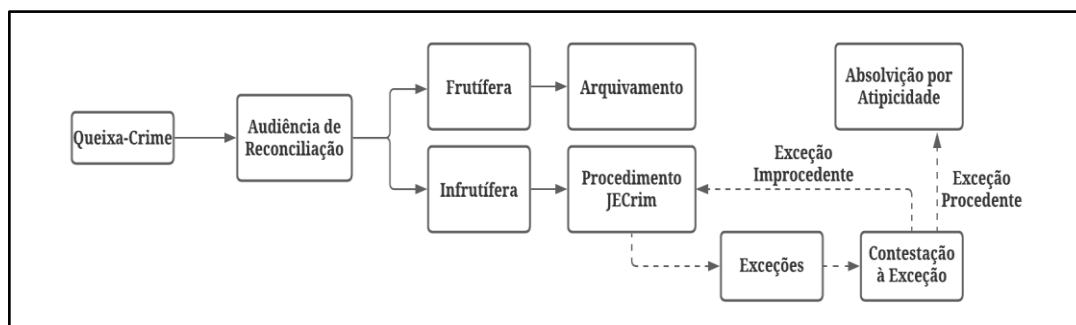
RECLAMAÇÃO. EXCEÇÃO DA VERDADE. AUTORIDADE COM PRERROGATIVA DE FORO NO STJ. COMPETÊNCIA. ADMISSIBILIDADE, PROCESSAMENTO E INSTRUÇÃO DA EXCEPTIO VERITATIS: JUÍZO DA AÇÃO CRIMINAL DE ORIGEM. JULGAMENTO DO MÉRITO: STJ. POSSIBILIDADE DE O JUÍZO DE PISO INADMITIR A EXCEÇÃO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS PREJUDICADOS. 1. O juízo de admissibilidade, o processamento e a instrução da exceção da verdade oposta em face de autoridades públicas com prerrogativa de foro devem ser feitos pelo próprio juízo da ação penal originária que, após a instrução dos autos, admitida a exceptio veritatis, deve remetê-los à Instância Superior para julgamento do mérito. 2. Hipótese em que o juízo de piso decidiu pela inadmissibilidade da exceção da verdade, em face da impossibilidade jurídica do pedido, porquanto dissociado do objeto da ação penal em curso. Ausência de usurpação da competência do STJ. Matéria a ser eventualmente impugnada pelas vias recursais ordinárias. Precedentes do STJ e do STF. 3.

Reclamação julgada improcedente, com a cassação da liminar anteriormente deferida. Prejudicados, por conseguinte, os pedidos subsidiários. (BRASIL, 2013, online, grifo nosso).

A decisão tomada pelo órgão representativo do Superior Tribunal de Justiça abarca o princípio da eficiência na prestação jurisdicional, já que **evita trâmites desnecessários entre as instâncias judiciárias**. O tribunal argumentou que, como o Juízo *a quo* não adentra o mérito da questão, senão se limita à análise de questões antecedentes (no caso, a impossibilidade jurídica do pedido por não correlação com a peça acusatória) no juízo de admissibilidade, **inexiste usurpação de competência originária**.

Para encerrar, de forma resumida, tem-se o seguinte fluxograma do procedimento especial envolvendo os crimes contra a honra de competência do juízo singular, com hipótese de oposição de exceção:

Figura 2 – Fluxograma do procedimento especial envolvendo os crimes contra a honra de competência do juízo singular, com hipótese de exceção



Fonte: elaborado pelo autor

Como se pode depreender desse fluxograma, a peça inicial acusatória é, em regra, a queixa-crime (por se tratar de ação penal privada). Oferecida dentro do prazo decadencial de seis meses, o juiz determinará uma audiência de reconciliação (art. 520) para que as partes possam se recompor. No caso de a audiência restar frutífera, elabora-se um termo que encerra o processo. Na hipótese de não haver composição, o procedimento do Juizado Especial Criminal torna-se vigente.

Ademais, caso haja oposição de alguma exceção à peça acusatória, o magistrado abrirá prazo de dois dias ao excepto/querelante e, a partir dessa resposta, analisar se a exceção é procedente, o que gera a absolvição do excipiente/querelado por atipicidade da conduta, ou improcedente, em que se retorna aos trâmites do procedimento comum do JECrim.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal para os concursos de Técnico e Analista**. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016;

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021;

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 08 mar. 2021;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 647.446/SP**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 08/11/2004, p. 287. Disponível em <<https://tinyurl.com/bmmkykyn>>. Acesso em: 09 mar. 2021;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Rcl 7.391/MT**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 01/07/2013. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2vbd6299>>. Acesso em: 10 mar. 2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pet 5.187-AgR/SP**, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 22/04/2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/f3s44w6j>>. Acesso em 10 mar. 2021

FERNANDES, Gláucia Guisso; JUNIOR, Lucilo Perondi. A instituição do procedimento de mediação nos processos de crimes contra a honra. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, ano X, n. 20, p. 39-49, jan-jul 2020, Disponível em: <<https://tinyurl.com/w624su6c>>. Acesso em: 16 mar. 2021;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020;

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 249. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAPÍTULO IV – DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DE CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

Luiz Felipe Maganin¹
Willey Lopes Sucasas²
(arts. 524 ao 530-I)

Art. 524. No processo e julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III do Título I deste Livro, com as modificações constantes dos artigos seguintes.

A propriedade imaterial representa um valor que demanda proteção penal no mundo contemporâneo (BADARÓ, 2018, p. 982), tendo amparo constitucional no inciso XXVII do artigo 5º e no art. 216 da Constituição Federal de 1988 e disciplina por dois diplomas legais: o Código Penal (art. 184)³ e a Lei 9.279/96 (arts. 183 a 185).

O processo especial dos crimes contra a propriedade industrial foi cindido com o advento da Lei 10.695/03, que alterou a sistemática penal e processual penal para incluir modalidades de delitos de violação de direito autoral (art. 184, §§ 1º a 3º), passando a existir um rito para os crimes de ação penal privada perquiridos através de queixa-crime – disciplinado nos arts. 524 a 530-A –, e outro aplicável aos crimes que admitam ação penal pública – arts. 530-B a 530-I (BADARÓ, 2020, p. 982).

Assim, se antes as figuras típicas previstas no Código Penal eram em regra processadas mediante ação penal privada, atualmente o são através de ação penal pública, seja condicionada ou incondicionada, permanecendo somente o delito previsto no *caput* do art. 184 como delito que se processa mediante ação exclusivamente privada.

Por sua vez, em relação às figuras típicas trazidas pela Lei 9.279/96, além de

¹ Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba.

² Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Pós-graduado no Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal) e pela Universidade de Salamanca (Espanha). Conselheiro Seccional da OAB/SP (2019-2021).

³ Vale registrar que, em sua origem, o Código Penal trazia no Título III de sua Parte Especial quatro capítulos destinados a tutelar os delitos contra a propriedade imaterial. Todavia, atualmente somente o Capítulo I, relacionado aos crimes contra a propriedade intelectual, continua em vigor, e apenas quanto à violação de direito autoral (art. 184 CP), sensivelmente modificado pela Lei 10.695/03. Os demais dispositivos foram revogados ao longo do tempo, encontrando-se atualmente tutelada a matéria pela Lei de Propriedade Industrial – Lei 9.279/96 (BADARÓ, 2020, p. 861).

previsões que lhe são particulares, dispõe em seu art. 200 a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal. Cabe registrar que, de acordo com seu art. 199, todos os crimes por ela previstos são processados mediante ação penal privada, com exceção daquele previsto no art. 191⁴, em que a ação será pública.

Em suma, explica BADARÓ que as normas especiais do Código de Processo Penal e da Lei de Propriedade Industrial não trazem alterações no procedimento comum em si, mas têm a especificidade de estabelecer medidas preliminares destinadas a preparar a futura ação penal diante das peculiaridades de investigação que são próprias aos crimes contra a propriedade imaterial (2018, p. 982).

A depender do preceito secundário de cada um dos delitos, poderá também ser aplicada a sistemática da Lei 9.099/95 para as infrações de menor potencial ofensivo, o que fixa a competência dos Juizados Especial Criminais e autoriza a aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos. Explica LIMA que, nas hipóteses de infrações que não deixem vestígios, a aplicação do procedimento comum sumaríssimo não suscita dúvidas, contudo, nas hipóteses que demandem exame pericial prévio resultante de busca e apreensão, em razão da complexidade probatória, é possível o deslocamento da competência para o juízo comum, de acordo com o § 2º do art. 77 do CPP (2018, p. 1292):

Art. 525. No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

O artigo em questão estabelece a obrigatoriedade do exame pericial nas hipóteses em que a infração deixar vestígios, sob pena de não recebimento da denúncia ou queixa, sendo, por isso, condição de admissibilidade ou procedibilidade. Evidentemente, em se tratando de infração que não deixar vestígios, a exigência de exame pericial é dispensável.

⁴ O dispositivo citado cuida dos crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda, notadamente *reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.*

Vale aqui citar a ressalva feita por BADARÓ, no sentido de que, ante a previsão trazida pelo art. 530-A (comentado abaixo), que restringe a exigência do laudo pericial só se aplica às ações penais privadas, a referência “denúncia” no art. 525 não tem mais aplicação (2020, p. 863).

Questão que suscita dúvidas diz com a aplicação dos arts. 158 e seguintes do CPP. De um lado, BADARÓ afirma que: “o art. 525 é regra especial do procedimento dos crimes contra a propriedade imaterial, que excepciona a disciplina do exame de corpo de delito e das perícias em geral”, sustentando, por isso, a impossibilidade do exame pericial ser suprido por exame indireto (art. 158 do CPP) ou prova testemunhal (art. 167 do CPP) (2018, p. 983). De outro lado, NUCCI afirma que, “se a infração deixou vestígios materiais que, no entanto, desapareceram, é possível a realização do exame de corpo de delito indireto, que é efetivado por peritos, embora fundados em elementos fornecidos por outras fontes, que não o seu contato direto com o resquício deixado pela infração penal”, não admitindo somente a utilização de prova testemunhal (2017, p. 12020).

Art. 526. Sem a prova de direito à ação, não será recebida a queixa, nem ordenada qualquer diligência preliminarmente requerida pelo ofendido.

Referido dispositivo exige, seja para o recebimento da queixa ou para qualquer requerimento de diligência preliminar formulado pelo ofendido, a prova do direito de ação, para que se permita verificar a *legitimatío ad causam* (BADARÓ, 2018, p. 984).

No que diz com o emprego da expressão “direito à ação”, BADARÓ tece a crítica de que “há, na verdade, análise superficial da prova da titularidade do direito autoral ou da propriedade imaterial invocada, que permitirá, nesse momento, concluir pela legitimidade ativa”, sendo que a comprovação do direito imaterial e de sua titularidade poderão ser discutidos em juízo e são condição para a procedência da ação (2018, p. 984).

Em se tratando de direitos de autor, sua titularidade independe de registro, conforme dispõe o art. 18 da Lei 9.610/98, admitindo qualquer meio de prova hábil. Por sua vez, em se tratando de titularidade de direito imaterial resguardado pela Lei 9.279/96, a prova do direito de ação depende da apresentação dos títulos de

propriedade e os respectivos registros, especificamente a carta de patente (art. 59), do certificado de registro de desenho industrial (art. 107) ou do certificado de registro de marca (art. 164).

Vale registrar que a Lei. 9.279/96 vai mais longe, ao prever em seu art. 204 que responderá por perdas e danos a parte que tiver requerido diligências de má-fé, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro.

O art. 526 não se aplica às ações penais de natureza pública, eis que, em virtude do disposto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, não há necessidade de prova do direito de ação em se tratando de legitimidade atribuída ao Ministério Público.

Art. 527. A diligência de busca ou de apreensão será realizada por dois peritos nomeados pelo juiz, que verificarão a existência de fundamento para a apreensão, e quer esta se realize, quer não, o laudo pericial será apresentado dentro de 3 (três) dias após o encerramento da diligência.

Parágrafo único. O requerente da diligência poderá impugnar o laudo contrário à apreensão, e o juiz ordenará que esta se efetue, se reconhecer a improcedência das razões aduzidas pelos peritos.

Conforme assevera LIMA, praticamente na totalidade das hipóteses de crimes contra a propriedade imaterial, faz-se necessária diligência de busca e apreensão para produção probatória relacionada aos vestígios deixados pela infração penal (2018, p. 1293), ressaltando que o art. 527 só se aplica aos delitos de ação penal de iniciativa privada.

Considerando que a persecução das figuras típicas para as quais é aplicável o referido dispositivo se dá mediante queixa-crime, o requerimento de busca e apreensão também deve ser formulado pelo titular do direito imaterial supostamente violado. Na hipótese de ser indeferido o pedido de busca e apreensão, caberá a interposição de recurso de apelação fundado no inciso II do *caput* do art. 593 do CPP, eis que se trata de decisão com força de definitiva (BADARÓ, 2018, p. 987). Por garantia, considerando a divergência a respeito do prazo decadencial em se tratando de delitos contra a propriedade imaterial, conforme será melhor abordado na análise ao art. 529 do CPP, *ad cautelam*, sendo necessária a interposição de recurso, é recomendável o ajuizamento da respectiva queixa crime com “*pedido de sobrestamento do juízo de admissibilidade da acusação até o julgamento da apelação*” e, caso não se admita tal

solução, conjuntamente com a apelação poderá ser impetrado mandado de segurança para conceder à primeira efeito ativo (BADARÓ, 2018, p. 987).

De acordo com BADARÓ, a existência de fundamento para a apreensão é incumbência dos peritos, que deverão examinar e descrever tudo que constituir objeto da infração, eis que “*os peritos são os árbitros da apuração de ter havido ou deixado de ter existido algum atentado à propriedade imaterial que possa justificar a apreensão*” (2018, p. 986).

Trata-se de diligência que, em um primeiro momento, não conta com a participação do suposto ofensor, que não será intimado sobre a realização do ato, mas deverá dele participar, podendo após contestar o laudo e apresentar quesitos complementares. Conforme BADARÓ, “*trata-se, pois, de medida sujeita a um contraditório diferido*” (2018, p. 986). Segundo lições de NUCCI, caberá também a interposição de mandado de segurança pela parte contrária caso considere a medida abusiva (2017, p. 1203).

Discute-se a possibilidade de realização da perícia por um único perito oficial, considerando a alteração do art. 159 do CPP pelo advento da Lei 11.690/08, todavia, em se tratando de procedimento especial, parece-nos que as modificação no procedimento geral não são extensíveis aos crimes contra a propriedade imaterial, prevalecendo a necessidade de que o trabalho pericial seja subscrito por dois profissionais nomeados pelo juízo. Nesse sentido, confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ARTS. 190 (CRIME CONTRA REGISTRO DE MARCA) E 195, INCISOS III, IV E V (CONCORRÊNCIA DESLEAL), AMBOS DA LEI N.º 9.279/96, E ART. 184, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL (VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL). MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. CUMPRIMENTO EM DESACORDO COM O ESTABELECIDO NO ART. 527 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FINALIDADE DO ATO ATINGIDA. PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRECEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas, no caso, não evidenciadas de plano. Precedentes.

2. Em relação aos crimes contra a propriedade imaterial que deixam vestígios, prevê o Código de Processo Penal a necessidade de realização de exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito e que o respectivo laudo deverá instruir a ação penal.

3. Tratando-se de ação penal privada, a diligência de busca e apreensão deve ser realizada por dois peritos nomeados pelo juiz, a fim de que possam verificar a existência de fundamento para a apreensão, de modo a evitar o recolhimento de provas dispensáveis à instrução do feito, conforme disposto no art. 527 do Código de Processo Penal.

4. Na situação em apreço, o Juízo de primeiro grau, ao deferir a medida postulada pela Querelante, apresentou as razões da impossibilidade de nomeação imediata de peritos oficiais para a realização da diligência, diante da urgência da medida. Ademais, o magistrado teve a cautela de indicar dois oficiais de justiça para o cumprimento do mandado, esclarecendo que o auto circunstanciado deveria ser lavrado com minuciosa descrição das peças, documentos e outros objetos apreendidos. E mais: assim que foi cumprido o mandado, foram nomeados peritos oficiais, que confeccionam o laudo pericial homologado pelo Juízo.

5. Observa-se que, embora a diligência não tenha observado estritamente os termos do art. 527 do Código de Processo Penal, não há nulidade a ser declarada, tendo em vista que a finalidade do ato foi atingida, incidindo, pois, à hipótese, o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 566 do Código de Processo Penal.

6. Recurso desprovido. (BRASIL, STJ, 2012).

Vale ressaltar que, para as hipóteses de delitos de ação penal pública, o procedimento a ser aplicado é aquele previsto no art. 240 do CPP, dispensando a necessidade de que o laudo seja subscrito por dois peritos oficiais,

Art. 528. Encerradas as diligências, os autos serão conclusos ao juiz para homologação do laudo.

De acordo com este artigo, concluído o laudo pericial, os autos devem ser conclusos ao magistrado oficiante no feito para homologação. Por isso, a homologação do laudo constitui requisito de validade da referida prova pericial.

Todavia, como ressalta LIMA, esta homologação não representa “*julgamento definitivo sobre a materialidade do crime contra a propriedade imaterial, pois o conteúdo do laudo poderá ser impugnado sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa*” durante a instrução probatória (2018, p. 1294).

Não há previsão de possibilidade de impugnação do laudo por aquele que foi

alvo da diligência, ao contrário daquele prevista para requerente (conforme tratado nos comentários ao parágrafo único do art. 527). Por se tratar de decisão com caráter definitivo (MIRABETE, p. 619, *apud* BADARÓ, 2020, p. 866), caberá, segundo NUCCI (2017, p. 1203) e LIMA (2018, p. 1294) a interposição de recurso de apelação, todavia, o Supremo Tribunal Federal tem julgados bastante antigos no sentido do não cabimento de recurso contra a aludida decisão, elegendo-se o julgado abaixo como exemplo:

A DECISÃO JUDICIÁRIA, QUE HOMOLOGA OU REJEITA O LAUDO DOS PERITOS (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 528), NÃO ESTÁ SUJEITA A RECURSO. (BRASIL, STF, 1956).

Após a homologação do laudo, os autos deverão permanecer em Cartório pelo prazo de 30 dias, aguardando eventual ajuizamento da respectiva ação penal privada. Caso se opere a decadência, os objetos apreendidos deverão ser restituídos ao requerido (BADARÓ, 2018, p. 988).

Art. 529. Nos crimes de ação privativa do ofendido, não será admitida queixa com fundamento em apreensão e em perícia, se decorrido o prazo de 30 dias, após a homologação do laudo.

Parágrafo único. Será dada vista ao Ministério Público dos autos de busca e apreensão requeridas pelo ofendido, se o crime for de ação pública e não tiver sido oferecida queixa no prazo fixado neste artigo.

O *caput* do artigo ora em análise, que cuida do prazo decadencial específico para o exercício do direito de queixa em relação aos crimes contra a propriedade imaterial, talvez seja aquele que mais apresenta controvérsia na doutrina e jurisprudência, em razão da discussão entre a aplicação do referido prazo ou a regra geral de decadência estabelecida pelo artigo 38 do Código de Processo Penal e artigo 103 do Código Penal.

De um lado, a corrente pacífica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se orienta no sentido de que prevalece o prazo estabelecido pelo *caput* do art. 529, eis que seria normal especial em relação ao artigo 38 do CPP, até porque neste último consta expressamente “*salvo disposição em contrário*”.

Todavia, na linha da posição doutrinária prevalente, entendemos que eventual discussão quanto ao prazo decadencial que regula os crimes contra a propriedade

imaterial – se aquele constante do art. 38 do CPP ou aquele previsto pelo art. 529 do mesmo *codex* – não tem razão de ser, porquanto ambos não se encontram em conflito.

Em verdade, o prazo estabelecido pelo art. 529 do CPP diz com a eficácia probatória do laudo pericial preparatório, não interferindo, assim, no prazo de 06 (seis) meses do conhecimento da autoria estabelecido pelo art. 38 do CPP para ingresso com a respectiva ação penal privada.

O entendimento sustentado apresenta-se majoritário na doutrina nacional⁵, conforme assevera BADARÓ:

“O entendimento predominante na doutrina é que o prazo de decadência do direito de queixa, no caso de crimes contra a propriedade imaterial, é de seis meses nos termos do art. 38 do CPP, não havendo um prazo decadencial especial para o exercício do direito de queixa nessas ações penais. O art. 529, caput, do CPP disciplina o prazo de eficácia probatória do laudo [...]. Transcorrido o prazo, o laudo perde a sua eficácia probatória, mas não significa que tenha ocorrido a decadência. Se o prazo decadencial de seis meses ainda não estiver findado, será possível ao ofendido requerer um novo exame pericial das coisas já apreendidas. [...] Por outro lado, se já tiverem passado mais de seis meses da data em que o ofendido soube quem é o autor do delito, estará extinta a punibilidade (CPP, art. 38), devendo ser indeferido eventual requerimento de busca e apreensão. A razão de ser do prazo de 30 dias previsto no art. 529 do CPP é impedir que o requerente da diligência mantenha em depósito, indefinidamente, os objetos apreendidos, causando injusto prejuízo à parte contrária. [...] Em suma, o art. 38 do CPP regula o prazo decadencial, enquanto o art. 529, caput, e o art. 530, ambos do CPP, disciplinam a eficácia temporal do laudo homologado judicialmente. Trata-se do prazo de eficácia da medida, dentro do qual ela poderá validamente comprovar a materialidade delitiva” (2020, p. 868).

Dignas de nota, ainda, as brilhantes palavras do eminente e saudoso advogado ARNALDO MALHEIROS FILHO:

⁵ Confira-se ainda: “O art. 529 deve ser interpretado em confronto com o art. 38. O 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” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4º vol. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 183). “[...] 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 privado das coisas apreendidas indefinidamente. Mas o ofendido decai apenas do direito de queixa com fundamento naquela apreensão. Nada o impede de requerer nova perícia, enquanto não decorrerem os seis meses da decadência normal”. (TORNAGHI, Hélio. In: TOURINHO Filho. Fernando da Costa. **Processo Penal**. 4º V. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 184).

“Seis meses da data em que o ofendido teve conhecimento do fato e de seu autor é o prazo que ele tem para ajuizar a ação penal. Dentro desses seis meses ele deve requerer a busca e apreensão e se aparelhar para a instrução da ação penal; ele tem seis meses para obter a sua documentação, o seu laudo e, dentro de 30 dias ele tem que propor a ação ainda que esteja longe da expiração do prazo de seis meses. A meu ver não há conflito nenhum entre esses dois dispositivos; um é uma regra geral e outro é uma regra especial, mas é uma regra especial que não contraria a geral. Pelo contrário ela a complementa, trazendo um requisito novo para os crimes de que trata”. (MALHEIROS FILHO, 1989, p. 183).

No mesmo sentido é o posicionamento adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme julgados abaixo transcritos:

CONCORRÊNCIA DESLEAL e VIOLAÇÃO DO SEGREDO PROFISSIONAL. Insurgência contra decisão que reconheceu a decadência do direito de oferecer queixa-crime, julgando extinta a punibilidade dos investigados. Decisão adequada. O termo inicial do prazo para oferecimento de queixa e representação é o dia em que o ofendido vier a saber a autoria do suposto crime. Transcurso de mais de 01 ano, com a inércia da empresa-vítima. Decadência operada. Existência de fatos novos apurados em outro inquérito policial que não reabrem o prazo decadencial, posto que a autoria já era conhecida anteriormente. Recurso desprovido. (BRASIL, TJSP, 2017).

Processo penal. Crime de concorrência desleal (Lei nº 9.279/96, art. 195, IV, V e IX). Decadência reconhecida em primeira instância. Recurso da querelante buscando o reconhecimento do caráter permanente de tal delito. Impossibilidade. Crime formal. Queixa crime deve, pois, ser oferecida no semestre imediatamente subsequente ao conhecimento, pelo querelante, da autoria do fato criminoso (Lei nº 9.279/96, art. 199, e CPP, art. 38). Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, TJSP, 2016).

Em sentido contrário, ou seja, que o prazo decadencial prevalecente é o disposto no artigo em comento, o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALEGAÇÃO DE RENÚNCIA TÁCITA. QUESTÃO CONTROVERTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os fundamentos da decisão agravada estão em absoluta consonância com a jurisprudência da Corte, razão pela qual deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

2. Com efeito, em relação aos crimes contra a propriedade imaterial, o Código de Processo Penal prevê uma medida preliminar de busca e apreensão e a realização de exame pericial para os ilícitos que deixam vestígios, conforme se depreende pela leitura dos arts. 524 a 528 do Código de Processo Penal, com o objetivo de colher os elementos necessários para o exercício do direito de queixa.
3. Nesses casos, o prazo decadencial para oferecimento da queixa-crime é de 30 (trinta) dias, contados da ciência da homologação do laudo pericial, produzido na medida preparatória de busca e apreensão, nos termos do disposto dos arts. 529 e 530 do mesmo diploma legal. Precedentes desta Corte.
4. Embora a medida cautelar tenha por objeto reunir condições de sustentação e procedibilidade ao futuro ajuizamento da queixa-crime, tal procedimento preparatório prescinde do contraditório.
5. Ademais, quando houver questões de fato controvertidas a exigir maiores esclarecimentos, com na hipótese dos autos (ocorrência ou não da alegada renúncia tácita), cujo deslinde reclama investigação probatória, a matéria deve ficar reservada ao processo principal.
6. A busca e apreensão do livro que supostamente reproduziu a obra literária do agravado tornou-se desnecessária, como bem ressaltou o agravante, porque o material já foi juntados aos autos - processo em apenso, motivo pela qual o recurso especial foi provido tão somente para determinar ao Juiz de primeiro grau a realização da perícia necessária ao exercício de eventual direito de queixa do ora agravado.
7. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, STJ, 2009).

Contudo, não obstante a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, não se pode admitir que os querelantes protelem o ajuizamento da ação penal privada indefinidamente, conforme sua conveniência e oportunidade, estando condicionada tão somente ao prazo de 30 (trinta) dias após a homologação do laudo pericial, hipótese que resultaria na inadequada perpetuidade da persecução dos crimes contra a propriedade imaterial.

Em outras palavras, descartar o prazo semestral do art. 38 do CPP seria admitir que os crimes contra a propriedade imaterial poderiam ser perseguidos mesmo após o decorrer de anos, pois o prazo decadencial só passaria a existir após o ajuizamento de medida preparatória imprescindível. Ora, tal situação, além de draconiana, viola a própria sistemática do direito processual pátrio.

Vale registrar, ainda, que o termo inicial do prazo fixado pelo *caput* do art. 529 do CPP deve ser aferido a partir da homologação do laudo, da qual, evidentemente, as partes devem ser intimadas.

Registre-se, por fim, que o disposto no parágrafo único do artigo em testilha restou esvaziado pelo advento da Lei 10.695/03, eis que não mais se aplicam os artigos 524 a 530 do CPP para as hipóteses de ação penal privada.

Art. 530. Se ocorrer prisão em flagrante e o réu não for posto em liberdade, o prazo a que se refere o artigo anterior será de 8 (oito) dias.

Na hipótese de ocorrer a prisão em flagrante do réu e o mesmo não for colocado em liberdade, o prazo de eficácia probatória do exame pericial é reduzido de 30 para 8 dias.

Segundo BADARÓ, o art. 530 “*é mais uma evidência de que o prazo não é de decadência, pois, se assim fosse, ficaria na mão da autoridade policial ou do juiz determinar o prazo decadencial, se de 30 ou de oito dias*” (2018, p. 992).

A título meramente ilustrativo, vale registrar que, a partir de uma perspectiva garantista, não há razoabilidade alguma em se cogitar da imposição de prisão preventiva para crimes de menor potencial ofensivo como os são os delitos contra a propriedade imaterial, pelo que o dispositivo em comento é de difícil aplicação prática.

Art. 530-A. O disposto nos arts. 524 a 530 será aplicável aos crimes em que se proceda mediante queixa.

Na linha do que antecipado nos comentários aos art. 524 e 525, o processo especial dos crimes contra a propriedade industrial foi cindido com o advento da Lei 10.695/03, que alterou a sistemática penal e processual penal para incluir modalidades de delitos de violação de direito autoral (art. 184, §§ 1º a 3º), passando a existir um rito para os crimes de ação penal privada perquiridos através de queixa-crime – disciplinado nos arts. 524 a 530-A –, e outro aplicável aos crimes que admitam ação penal pública – arts. 530-B a 530-I (BADARÓ, 2020, p. 982).

Assim, estabelece o art. 530-A que os artigos 524 a 529 somente se aplicam aos delitos processados mediante ação penal privada, o que resulta em sua aplicação somente ao crime previsto no *caput* do art. 184, bem como subsidiariamente aos delitos previstos na Lei 9.279/96, com exceção daquele previsto no art. 191, cuja ação é de natureza pública e, portanto, esbarra no óbice trazido pelo artigo ora em discussão.

Trata-se de critério distintivo para aplicação dos procedimentos especiais fundado na natureza da ação sob o aspecto do legitimado ativo (BADARÓ, 2018, p. 992).

Nesse sentido, confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS (ARTIGO 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). [...] FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NOS ARTIGOS 524 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUTO DE APREENSÃO QUE NÃO CONTERIA AS ASSINATURAS DAS TESTEMUNHAS E DO ACUSADO, BEM COMO A DESCRIÇÃO DOS PRODUTOS APREENDIDOS. PERÍCIA QUE NÃO TERIA IDENTIFICADO AS SUPOSTAS VÍTIMAS DO CRIME. IRREGULARIDADES INEXISTENTES. CONSTATAÇÃO DA FALSIDADE DAS MÍDIAS ENCONTRADAS EM PODER DO RECORRENTE POR MEIO DE EXAME TÉCNICO. SUFICIÊNCIA.

1. O procedimento a ser observado nos casos de crimes contra a propriedade imaterial perseguidos mediante ação penal pública, como é o caso dos autos, encontra-se disposto nos artigos 530-B a 530-H do Código de Processo Penal, merecendo destaque o que contido nos artigos 530-B a 530-D, pelos quais a autoridade policial apreenderá os bens objeto do delito, que serão submetidos à perícia, que integrará os autos do processo.

2. Na hipótese, o auto apresenta a assinatura de 2 (duas) testemunhas, não havendo que se falar na necessidade de firma do acusado, eis que tal formalidade não é prescrita pela legislação processual penal.

3. Eventual inobservância às exigências prescritas para a elaboração do auto de apreensão caracteriza mera irregularidade, não sendo suficiente para anular documento, tampouco afastar a materialidade do crime. Precedentes.

4. A perícia tem por finalidade atestar a ocorrência ou não de reprodução procedida com violação aos direitos autorais, sendo desnecessário o exame individual de cada mídia apreendida, bem como a identificação das supostas vítimas, até mesmo porque o ilícito em exame é perseguido mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do inciso II do artigo 186 do Estatuto Repressivo. Precedentes.

6. Recurso improvido. Habeas corpus concedido de ofício para reconhecer a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo Estadual da comarca de Foz do Iguaçu/PR. (BRASIL, STJ, 2014).

Art. 530-B. Nos casos das infrações previstas nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 184 do Código Penal, a autoridade policial procederá à apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a sua existência, desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito.

Em razão das alterações promovidas pelo advento da Lei 10.695/03, foram incluídos os §§ 1º, 2º e 3º no art. 184 do Código Penal, cuja persecução se dá mediante ação penal pública, de modo que, para eles, está a autoridade policial autorizada a agir de ofício para apreender bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, bem como os equipamentos utilizados precipuamente para sua confecção, segundo NUCCI “*tomando as medidas necessárias para a cessação da atividade criminosa*” (2017, p. 1206).

Em relação à apreensão dos suportes e materiais empregados na contrafação, também podem ser apreendidos, desde que empregados essencialmente na prática dos delitos, é dizer:

“Não é necessário que se trate de um bem com finalidade exclusiva de produção de bens ilícitos. Mas, no caso em que se constate, por exemplo, que se trata de uma empresa clandestina que a grande parte do que lá se produz é ilícito, será possível também a apreensão de maquinários e matérias primas, ainda que tais objetos se destinem eventualmente ou em pequena escala, à produção lícita de outros bens” (BADARÓ, 2018, p. 992).

Ressalte-se, por fim, que a medida em comente tem por finalidade a garantia do confisco previsto e regulado na forma do art. 530-G do CPP.

Art. 530-C. Na ocasião da apreensão será lavrado termo, assinado por 2 (duas) ou mais testemunhas, com a descrição de todos os bens apreendidos e informações sobre suas origens, o qual deverá integrar o inquérito policial ou o processo.

O artigo em questão dispensa grandes comentários, constituindo requisito formal do procedimento de busca e apreensão, que deverá ser reduzido a termo, assinado por no mínimo duas testemunhas, além da relação de todos os bens apreendidos e informações sobre suas origens. Referido documento deverá integrar o inquérito policial ou o processo.

A questão ganha relevância sob a ótica da jurisprudência, eis que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o fato de as testemunhas não assinarem o termo de busca e apreensão não enseja a nulidade da diligência, configurando mera irregularidade formal, nos termos da ementa a seguir transcrita:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL. BUSCA E APREENSÃO. PROCEDIMENTO OBJETIVANDO CONSTITUIR O CORPO DE DELITO PARA FUTURA AÇÃO PENAL PRIVADA. NULIDADE DA PROVA PERICIAL. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 159 E 527 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUTO DE APREENSÃO SEM A ASSINATURA DAS TESTEMUNHAS PRESENCIAIS. MERA IRREGULARIDADE. PREJUÍZO INEXISTENTE.

1. Nos crimes contra a propriedade imaterial que se processam mediante ação penal de iniciativa pública, a busca e a apreensão podem ser efetuadas pela autoridade policial, nos termos da regra geral do art. 240, § 1º, do CPP, como normalmente ocorre na apuração das demais infrações criminais.

2. Todavia, nos crimes sujeitos à ação penal de iniciativa privada, a medida preparatória criminal deverá ser realizada por dois peritos nomeados pelo juiz, que verificarão a existência de fundamento para a constrição do material a ser submetido à perícia, consoante o disposto nos arts. 527 e 530-A do Código de Processo Penal.

3. No caso, apesar de o mandado de busca e apreensão ter sido deferido com fundamento no art. 240 do Código de Processo Penal, a diligência seguiu o rito especial disposto na legislação de regência, à exceção da presença de duas testemunhas, exigida pelo art. 530-C do mesmo diploma legal.

4. O fato de o exame de corpo de delito ter sido efetivado por apenas um perito oficial não induz à nulidade do procedimento. Tal conclusão decorre da interpretação sistemática dos arts 527 e 159 da Lei adjetiva, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, que passou a exigir a presença de duas pessoas para realização do exame tão somente na falta de perito oficial.

5. De outra parte, a circunstância de não constar no termo de busca e apreensão a assinatura de testemunhas, especificamente designadas para tal fim, conforme dispõem os arts. 245, § 7º, e 530-C do CPP, não tem o condão de ensejar a nulidade da diligência sub judice, por se tratar de mera irregularidade formal.

6. De qualquer forma, os oficiais de justiça que participaram da busca e apreensão, assinando, inclusive, o respectivo termo, podem figurar como testemunhas para atestar a legalidade da diligência, não havendo nenhum impedimento legal nesse sentido. Não se pode olvidar, ainda, que o ato contou com a participação dos representantes legais de ambas as partes, todos com a autorização do Juiz de primeiro grau.

7. Ademais, pacífico na jurisprudência desta Corte que no processo penal vige o princípio 'pas de nullité sans grief' (art. 563 do CPP), sendo ônus do interessado demonstrar o prejuízo a que lhe teria sido imposto, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

8. Por fim, a assertiva de que a busca e a apreensão extrapolaram os limites estabelecidos pela ordem judicial que a autorizou, observa-se que a questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sendo certo, ainda, que a recorrente não juntou nenhum documento para comprovar o alegado.

9. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, STJ, 2011).

Art. 530-D. Subseqüente à apreensão, será realizada, por perito oficial, ou, na falta deste, por pessoa tecnicamente habilitada, perícia sobre todos os bens apreendidos e elaborado o laudo que deverá integrar o inquérito policial ou o processo.

O dispositivo em comento rompe com a regra procedimental até então específica dos crimes contra a propriedade imaterial, que exigia ser o laudo pericial subscrito por dois peritos nomeados pelo juízo (art. 527 do CPP), passando a valer para as hipóteses de delitos de ação penal pública, o procedimento previsto pelo art. 240 do CPP, que prevê a realização da perícia por um perito oficial ou pessoa tecnicamente habilitada. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. INADMISSIBILIDADE. APREENSÃO DE FITAS DE VÍDEO CASSETE PELA AUTORIDADE POLICIAL. APONTADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 527, DO CPP. PROCEDÊNCIA.

I. Nos crimes contra a propriedade intelectual, de ação penal pública, não mais se harmoniza a exigência do art. 527, do CPP, de cunho privativo.

II. Assim, aplicável aos crimes desta natureza o art. 240, do CPP, que permite a autoridade policial a busca domiciliar ou pessoal para descobrir objetos necessários a prova de infração ou a defesa do réu.

III. Recurso Especial provido. (BRASIL, STJ, 1993).

A crítica à exigência de que *todos* os bens apreendidos sejam periciados é tecida por BADARÓ, segundo o qual:

“Para fins processuais penais, bastava a apreensão de objetos suficientes para comprovar a materialidade delitiva. Por exemplo, se forem apreendidos vários vens iguais (como milhares de CDs ou DVDs ‘piratas’, todos idênticos) basta a realização de perícia em um ou alguns deles. A perícia em ‘todos os bens apreendidos’ seria inútil e poderá atrasar em muito a conclusão do inquérito policial. Somente no caso de a violação do direito de autor ocorrer em vários objetos diferentes, de forma que cada bem produzido ou contrafeito seja diferente dos demais (por exemplo, diversas gravuras de um pintor famoso), justifica-se a perícia em todos os objetos, posto que a cada um deles representa uma violação diferente do direito de autor. Na verdade, o que se busca com tal medida é utilizar a justiça penal para alcançar fins cíveis, de retirada de circulação de todos os bens contrafeitos” (2018, p. 994).

Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 574 de sua Súmula, segundo a qual:

“para configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem”.

Por fim, vale registrar que o termo de apreensão e o laudo pericial sobre os bens apreendidos deverão constar nos autos do procedimento policial e respectiva ação penal, sendo condição de procedibilidade que visa comprovar a materialidade delitiva e, por isso, a justa causa para persecução penal, sob pena de rejeição da exordial acusatória.

Art. 530-E. Os titulares de direito de autor e os que lhe são conexos serão os fiéis depositários de todos os bens apreendidos, devendo colocá-los à disposição do juiz quando do ajuizamento da ação.

O art. 530-E dispõe que os titulares de direito de autor e os que lhe são conexos deverão ser nomeados fiéis depositários de todos os bens apreendidos, com o objetivo de resguardar esses direitos.

Segundo LIMA, justifica-se a nomeação eis que, entre os efeitos genéricos da condenação, encontra-se a perda do produto do crime em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé (art. 91, inciso II, alínea “b”, do CP), afirmando que, “*se os interesses do lesado têm prioridade sobre os interesses do terceiro de boa-fé e da União, não teria sentido em não se conferir ao titular dos direitos autorais a posse dos bens, até mesmo para resguardar a reparação dos danos causados pelo delito*” (2018, p. 1300).

Ainda, pontua BADARÓ que não há previsão no Código de Processo Penal a respeito do regime jurídico do depósito destes bens, incidindo, por analogia, a disciplina do direito processual civil trazida pelos arts. 159 a 161 do CPC (2018, p. 997).

Art. 530-F. Ressalvada a possibilidade de se preservar o corpo de delito, o juiz poderá determinar, a requerimento da vítima, a destruição da produção ou reprodução apreendida quando não houver impugnação quanto à sua ilicitude ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito.

De acordo com o artigo em questão, são duas as hipóteses que permitem a medida de destruição do produto do crime, quais sejam quando não houver impugnação de sua ilicitude ou na hipótese de não ser possível a promoção da ação penal pela não apuração de seu autor.

Segundo BADARÓ, estamos diante de medida incidental passível de determinação no curso do processo e não necessariamente de efeitos da condenação, podendo, embora não recomendável, ser decretada ainda no curso do inquérito policial (2018, p. 997).

A ressalva à destruição vem de LIMA, que assevera ser necessária a preservação de pequenas amostras para eventual contraprova em razão de questionamentos a respeito da idoneidade do exame pericial correlato (2018, p. 1300). Acrescenta o citado autor que:

“Deveras, interpretação a contrario sensu do art. 530-F permite extrair a conclusão de que a destruição antecipada dos bens apreendidos pode se revelar inviável nas seguintes hipóteses: a) quando não houver requerimento da vítima; b) quando houver impugnação quanto à sua ilicitude; c) quando o processo penal tiver início em face do suposto autor do delito” (LIMA, 2018, p. 1301).

Art. 530-G. O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precipuamente destinados à produção e reprodução dos bens, em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderão retorná-los aos canais de comércio.

A princípio, os bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos podem ser destruídos na face procedimental do artigo precedente, todavia, caso assim não ocorra, a destruição deverá ser determinada por ocasião da prolação de sentença condenatória.

Em relação aos equipamentos utilizados na contrafação ou reprodução indevida,

deverá ser declarado seu perdimento, podendo ser destruídos ou doados ao poder público. A distinção se justifica eis que não haveria razoabilidade na utilização de bens ilícitos por órgãos estatais, todavia a mesma conclusão não vale para os equipamentos utilizados precipuamente à produção ou reprodução dos primeiros, cuja origem é lícita e apenas o emprego é destinado à finalidade ilícita.

Vale registrar que o ofendido também pode requerer sejam-lhe os equipamentos entregues a título de reparação de danos, conforme artigo 140 e seguintes do CPP.

Art. 530-H. As associações de titulares de direitos de autor e os que lhes são conexos poderão, em seu próprio nome, funcionar como assistente da acusação nos crimes previstos no art. 184 do Código Penal, quando praticado em detrimento de qualquer de seus associados.

Via de regra, no processo penal pátrio cabe apenas ao ofendido, bem como ao seu representante legal ou aos seus sucessores, o direito de atuar como assistente da acusação em se tratando de crimes de ação penal pública, nos termos do que dispõe o art. 268 do CPP.

Todavia, o art., 530-H excepciona essa regra para ampliar o rol de legitimados em se tratando de ação penal pública cujo objeto sejam delitos de violação de direito autoral, podendo se habilitar as ações de titulares de direitos de autor.

Conforme leciona BADARÓ, “*embora não se trate de um caso de assistência de acusação nos moldes tradicionais do CPP, visto que o legitimado não será vítima do delito*”, não havendo regramento específico, aplicam-se as normas gerais dos arts. 268 a 273 do CPP no que diz com os assistentes de acusação (2018, P. 998).

Art. 530-I. Nos crimes em que caiba ação penal pública incondicionada ou condicionada, observar-se-ão as normas constantes dos arts. 530-B, 530-C, 530-D, 530-E, 530-F, 530-G e 530-H.

Assim como o art. 530-A, o dispositivo em comento também cuida de critério distintivo para aplicação dos procedimentos especiais fundado na natureza da ação sob o aspecto do legitimado ativo (BADARÓ, 2018, p. 992).

Em suma, a partir das alterações promovidas pela Lei 10.695/03, a sistemática trazida pelos arts. 530-B a 530-H é aplicável aos delitos processados mediante ação penal pública, compreendidos nos parágrafos do art. 184 do Código Penal, bem como analogicamente à figura prevista no art. 191 da Lei 9.279/96.

Na verdade, a distinção significativa entre os dois procedimentos especiais consiste no fato de que, para as hipóteses perquiridas através de ação penal pública, por razões óbvias, não há a necessidade de que o ofendido requeira busca e apreensão nos termos do art. 524, não se aplicando o instituto da decadência. Em contrapartida, embora disciplinadas em artigos distintos, como visto acima, remanesce a similitude a respeito da exigência de laudo pericial preparatório.

REFERENCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Do processo e do julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial, *apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique (Coord.). **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 402.488/SP, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 07/12/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 13.531/SP, Relator Ministro José Cândido de Carvalho Filho, Relator para Acórdão Ministro Pedro Acioli, Sexta Turma, DJ 13/09/1993.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 27.964/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 01/08/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 45.543/PR, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/08/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 31.050/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 13/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 28070, Relator Ministro Hahnemann Guimaraes, Segunda Turma, DJ 19/01/1956.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0036351-18.2012.8.26.0562, Relator Desembargador Souza Nery, 9ª Câmara de Direito Criminal; DJe 07/04/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito n. 0005275-42.2012.8.26.0152, Relator Desembargador Diniz Fernando, 1ª Câmara de Direito Criminal, DJe 24/04/2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra a Propriedade Imaterial, *apud* ANTUNES, Eduardo Augusto Muylaert (Org.). **Direito Penal dos Negócios: Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo: AASP, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAPÍTULO V– DO PROCESSO SUMÁRIO

Marcos Narche Louzada¹

Regina Louzada²

(arts. 531 ao 540)

Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no artigo 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

De acordo com as alterações sofridas pelo Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008, o procedimento criminal pode ser comum ou especial.

O procedimento criminal comum se subdivide nos ritos ordinário, sumário e sumaríssimo. O procedimento especial é aquele descrito com rito próprio no Código de Processo Penal ou nas Leis Especiais, sendo exemplos os procedimentos especiais previstos para os crimes dolosos contra a vida, crimes falimentares, crimes de abuso de autoridade, crimes eleitorais, crimes da Lei de Entorpecentes, etc.

Os procedimentos sofreram profunda modificação, com a introdução da Lei nº 11.719/2008, passando a ter mais ênfase a celeridade dos ritos com a consequente simplificação dos atos processuais. Também, o exercício da ampla defesa foi ressaltado na atual modificação.

O procedimento comum sumário está disciplinado dos artigos 531 a 538 do Código de Processo Penal.

De acordo com o artigo 531, do Código de Processo Penal, o procedimento sumário, hoje tem início com a citação do acusado. No entanto, com o oferecimento da denúncia ou queixa crime, acompanhada de rol de testemunhas, no máximo 05

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Ambiental, pela Universidade Metropolitana de Santos- UNIMES-2008. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-1992

² Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-2007. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de São Carlos-1992. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos-1990

(cinco), o juiz analisará a peça oferecida, aceitando ou rejeitando-a, caso falte ao menos um dos requisitos do artigo 395, do CPP.

Recebida a denúncia ou a queixa crime será ordenada a citação do acusado que terá o prazo de 10 dias para resposta escrita que poderá vir instruída com documentos e, se o caso, rol de no máximo cinco testemunhas. Como a apresentação da defesa não é facultativa, § 2º, artigo 396-A, se o acusado não a apresentar, lhe será nomeado defensor. Inclusive o STF editou a Súmula 523 afirmando que “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”.

Na sequência, o juiz analisará os autos e poderá absolver sumariamente o acusado (artigo 397, do CPP) ou marcar audiência una de instrução e julgamento com a intimação das partes e do defensor da data agendada. Nesta audiência serão tomadas as declarações da vítima, inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e defesa, serão feitos os esclarecimentos dos peritos, se requerido previamente e necessário, as acareações e reconhecimento de pessoas e coisas, logo após, será interrogado o réu. Encerrando-se a instrução, se não houver necessidade da produção de nenhum outro ato, pois sempre que possível a audiência será uma, como já dito.

Terminada a instrução, cada parte terá 20 minutos para alegações finais orais, iniciando-se pela acusação (por acusado) e, finalmente, será proferida a sentença, com a conclusão do processo em 30 dias, estando o acusado preso ou solto. Quando o acusado estiver preso, este deverá ser requisitado para comparecer ao interrogatório e o Poder Público providenciará sua condução.

Assim, nota-se que o tramite do procedimento comum sumário pouco se distingue do ordinário sendo suas características:

- 1.aplicação aos crimes cuja pena máxima prevista seja inferior a 4 anos;
- 2.testemunhas arroladas por cada parte no limite máximo de 5;
- 3.audiência una de instrução e julgamento no prazo máximo de 30 dias;
- 4.ausência de previsão de requerimento de diligência em virtude do surgimento de fato em audiência, exceto quando imprescindível a prova faltante (art. 535 do CPP);
- 5.impossibilidade, em regra, de apresentação de memoriais;
- 6.sentença não será escrita.

Vale dizer, que o juiz que presidir a instrução deverá, também, proferir a sentença, de acordo com a nova regra estabelecida pela Lei 11.719/08, § 2º do artigo 399, do CPP, em observância ao princípio da imediatidade ou da identidade física do juiz, dando ênfase à celeridade do procedimento comum. Mesmo não havendo ressalvas no atual Código de Processo Penal quanto a essa regra, frente à impossibilidade, deverá ser observada a regra insculpida no artigo 132, do CPP, para solução de qualquer conflito à regra.

Merece ressalva que o a tomada das declarações da vítima não é indispensável, provavelmente por se tratar de rito aplicável a infrações de menor gravidade, sancionadas com penas máximas privativas de liberdade, inferior a 04 (quatro) anos, talvez por isso, as declarações da vítima não sejam obrigatórias.

Art. 394 - O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

§ 3º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código.

§ 4º As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.

Sobre esse ponto LUIZ FLÁVIO GOMES explana que “Recorde-se que para se descobrir a pena máxima de um delito devemos, quando o caso, levar em conta eventuais causas de aumento de pena (trabalhando com o limite máximo) assim como as causas de diminuição (dando aplicação ao redutor mínimo: por exemplo, um terço na tentativa). Crime punido com dois anos no máximo, se tem uma causa de aumento de pena e extrapola o limite legal, não entra no conceito de infração de menor potencial ofensivo. Crimes muito graves, com penas elevadas (homicídio, v.g.), ainda que tentados, tampouco admitirão transação penal (porque, mesmo havendo redução da

pena, ela ultrapassa o limite de dois anos)". "(...) Quando houver tentativa, deve-se considerar o máximo da pena prevista e o mínimo de redução pela tentativa, pois só assim será atingido o máximo de pena para o crime tentado que não poderá ser superior a um ano (dois anos)." GOMES, Luiz Flávio, in Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e das Leis de Trânsito: Novo procedimento do Júri (Lei 11.689/2008).../Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 336.

O mesmo artigo 394, do CPP, em seus parágrafos 4º e 5º estabelece a aplicação subsidiária das disposições do procedimento ordinário.

O procedimento comum sumário é utilizado para processamento de delitos cuja sanção máxima seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, conforme determina o artigo 394, § 1º, II do CPP.

Vale dizer que para as infrações penais de menor potencial ofensivo, previstos na Lei 9.099/1995, isto é, aquelas cuja sanção é de até dois anos de pena privativa de liberdade, o procedimento criminal a ser seguido é o rito comum sumaríssimo. Assim, o procedimento comum sumário se aplica aos processamentos de delitos com sanção inferior a quatro e superior a dois anos de pena privativa de liberdade.

Interessante notar que o Código de Processo Penal de 1941, fixava o rito a ser seguido de acordo com o tipo de pena prevista para cada delito (detenção ou reclusão), no entanto, com a Lei nº 11.719/08, o rito passou a ser fixado de acordo com a quantidade da pena prevista para cada delito, independente de se tratar de detenção ou reclusão.

Art. 532. Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa.

O limite máximo de testemunhas para a acusação e defesa é de 05 (cinco), para cada. No entanto, entendemos que para a acusação, deve ser considerado o limite máximo de 05 (cinco) testemunhas para cada fato, independente do número de réus. Do mesmo modo, o limite de 05 (cinco) testemunhas de defesa, deve ser considerado para cada réu, priorizando princípio da ampla defesa.

No procedimento comum ordinário o limite é até 8 testemunhas para cada acusado, conforme artigo 401, caput do CPP.

Embora no procedimento comum sumário não haja previsão para o requerimento de diligências, também não há qualquer vedação, sendo possível se se mostrar imprescindível na busca da verdade real, bem como com base no princípio da ampla defesa.

Art. 533. Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do artigo 400 deste Código.

§ 1o (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2o (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3o (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 4o (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

O artigo 400, do CPP trata da audiência una de instrução e julgamento para o procedimento comum ordinário, que deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias, que não se aplica ao procedimento comum sumário, pois a audiência una, para este, deverá ocorrer em 30 dias, mas o que se aplica ao procedimento comum sumário são os parágrafos do artigo 400, do CPP, e não o caput.

Artigo 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no artigo 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.

Como dito, apenas os parágrafos do artigo 400, do CPP serão aplicados ao procedimento criminal comum sumário, por força do artigo 533, do CPP.

Deste modo, a audiência a ser realizada será una, sempre que possível, com a produção das provas necessárias, podendo ser indeferidas pelo juiz, aquelas por ele consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, do mesmo modo, embora

possível esclarecimentos de peritos, estes deverão ser requeridos previamente pelas partes.

Lembrando que o acusado, com a inovação da Lei nº 11.719/08, apenas será interrogado ao final da instrução, após a produção oral de todas as provas em audiência.

Art. 534. As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

O artigo 534, do CPP é reprodução do artigo 403, do CPP que trata do procedimento comum ordinário, apenas com uma distinção, eis que lá, há a possibilidade expressa de apresentação das alegações finais por escrito (memoriais) e que ocorrerá, em regra, de forma oral no procedimento comum sumário.

Vale dizer, que mesmo não havendo previsão expressa de apresentação de memoriais para o procedimento sumário, é comum a substituição na prática forense, quando se mostrar mais adequado, isto porque, pode ser aplicado subsidiariamente, ao procedimento comum sumário, o disposto no artigo 403, § 3º, do CPP, mas frisa-se que esta não deve ser a regra, devendo ser utilizado apenas quando estritamente necessário, isto é, quando o caso for de grande complexidade ou forem vários os acusados.

Nestes casos, o juiz poderá conceder 05 (cinco) dias, de modo sucessivo, para a apresentação de memoriais, proferindo a sentença em 10 (dez) dias, de acordo com o artigo 403, §§ 1º, 2º e 3º, do CPP.

Art. 535. Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

A audiência una imprime maior celeridade ao procedimento criminal comum sumário, aplicando ao mesmo o princípio da concentração, cuja exceção é o fracionamento da audiência, em decorrência da imprescindibilidade da prova faltante.

Assim, poderá ser determinada a condução coercitiva de quem deva comparecer à audiência e que tenha sido regularmente intimada, desde que solicitada pela parte, para produção probatória, tal regra vale não apenas para as testemunhas, mas sim para todos aqueles que precisem ser ouvidos e que não comparecerem à audiência, desde que devidamente intimados.

Vale dizer, a título de curiosidade que o artigo 3º- A, da Lei n. 13.964/2019, salienta que o processo penal terá estrutura acusatória e veda, ao juiz, substituir atuação probatória do órgão de acusação, durante a investigação.

Art. 536. A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no artigo 531 deste Código.

Tal previsão estabelece que a ausência de uma testemunha não impede a oitiva daquela que estiver presente, não havendo necessidade de suspensão da audiência, pois a testemunha presente sempre deverá ser ouvida. Inclusive a testemunha faltante pode ter sua oitiva dispensada se se mostrar desnecessária ou poderá ser ouvida posteriormente.

Porém, a inquirição deverá respeitar a ordem legal prevista no artigo 531, do CPP, com a oitiva inicial das testemunhas presentes de acusação e em seguida as de defesa, sob pena de se configurar nulidade absoluta.

Art. 537. (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 538. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo.

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 4º (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

Excepcionalmente, procedimento comum sumário deverá ser utilizado no processamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, encaminhadas pelo juizado especial ao juízo comum e isso poderá ocorrer em duas hipóteses:

1.se o acusado não for encontrado para ser citado pessoalmente, tendo em vista a impossibilidade de citação editalícia ou por carta rogatória, nos Juizados Especiais (parágrafo único do artigo 66, da Lei n. 9.099/95);

2.se a complexidade ou as circunstâncias do caso concreto não permitirem a formulação oral da denúncia, nos termos do art. 77, § 2º da Lei 9.099/95.

A regra prevista no artigo 538, do CPP é a consumação da possibilidade prevista na Lei 9.099/95 de modificação de competência, exatamente para os dois casos acima citados, passando então a seguir o procedimento comum de rito sumário.

Deste modo, ao procedimento comum sumário poderão ser aplicados todos os institutos de composição previstos na Lei n. 9.099/95, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Art. 539 ao 540 (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

Como vimos, o procedimento criminal pode ser comum ou especial, sendo que o procedimento comum de rito sumário foi o examinado por nós neste Capítulo V do Código de Processo Penal, artigos 531 a 540.

Assim, as principais diferenças existentes entre o procedimento comum de rito ordinário e sumário são:

1.o procedimento comum sumário é mais célere, com a designação de audiência em até 30 dias, enquanto que no rito comum ordinário poderá ocorrer em 60 dias;

2.o rito sumário prevê o número máximo de 05 testemunhas enquanto o ordinário autoriza até 08;

3.o procedimento comum sumário não prevê diligências complementares e o ordinário sim;

4.o procedimento sumário prevê apenas debates orais e a sentença não será escrita, atos previstos para o procedimento ordinário.

Como vimos, as alterações introduzidas ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/08 priorizaram a celeridade dos procedimentos, com predominância de atos orais, bem como prestigiou o princípio da ampla defesa.

O procedimento comum de rito sumário deverá ser concluído em 30 dias, com audiência única e o mesmo juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença. Esta é a regra hoje posta para o processamento dos delitos cominados com penas privativas de liberdade, desde que inferior a 04 (quatro) anos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Papel da Vítima no Processo Criminal**. São Paulo: Malheiros, 1.995.

GOMES, Luiz Flávio. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e das Leis de Trânsito: Novo procedimento do Júri (Lei 11.689/2008)**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Processo Penal Comentado**. 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPÍTULO VI– DO PROCESSO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS EXTRAVIADOS OU DESTRUÍDOS

José Paulo Calanca Servo¹

Marina Calanca Servo²

Rafael Bussolote Finotti Silva³
(arts. 541 ao 548)

Inicialmente é importante ressaltar que o tema sobre restauração de autos extraviados ou destruídos restou deslocado nesta parte do Código de Processo Penal que trata do desenvolvimento regular do processo e dos procedimentos em espécie. Por isso, seria mais adequado que esta parte, sobre restauração de autos, tivesse sido apresentada nas Disposições Gerais (Livro VI) ou junto aos procedimentos incidentes e não entre os processos em espécie (NUCCI, 2012, p. 952; MARCÃO, 2016, p. 978).

É evidente que, no contexto atual, com a implementação do processo digital, o procedimento de restauração de autos que tenham sido objeto de extravio ou, de alguma forma, tenham sido inutilizados tende a se tornar menos utilizado. Possivelmente por essa mesma razão, poucas obras abordam o tema.

Entretanto, diante da discrepância entre a realidade de diversas comarcas, não é possível afirmar que o tema perdeu a importância ou a utilização prática e continua sendo encontrado inclusive nos editais para concursos públicos.

Feitas tais observações, convém esclarecer no que consiste o extravio ou destruição de autos.

Os autos são a representação documental do processo, enquanto este traduz-se como um caminhar para a frente *pro cedere*: “é uma sequência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica e com um fim: o de possibilitar, ao juiz, o julgamento” (TORNAGHI, 1987, p. 01).

Já o processo é uma série ordenada de atos preestabelecidos em lei, por meio

¹ Especialista em Direito Digital, Proteção de Dados e Startups. Graduado em Direito. Advogado e DPO.

² Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Graduada em Direito. Advogada militante. Professora em Instituição de Ensino Superior, em curso preparatório para segunda fase do Exame de Ordem e concursos públicos.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

do qual o juiz exerce a função jurisdicional, com a finalidade de compor um litígio penal (SILVA et al, 2020, p. 48).

Assim, ao tratar do extravio ou destruição de autos, o legislador prevê a situação em que ocorre o desaparecimento, perda ou destruição (ruína ou extinção) dos diversos documentos e demais escritos que formam o volume a ser compulsado pelo juiz e pelas partes, que serão refeitos ou recuperados para o prosseguimento do processo ou, para a documentar a solução da lide, a origem de determinada sentença.

O extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento podem ocorrer em razão de ato doloso, culposo ou ainda por caso fortuito, como se verifica diante de incêndio ou inundação.

Porém, a prática dolosa pode acarretar a responsabilidade criminal do indivíduo que tenha extraviado e/ou destruído os documentos dolosamente, nos termos do art. 314, CP e, se o objeto material constituir-se em autos judiciais ou documento de valor probatório e sua inutilização for praticada por advogado ou procurador que os receba nesta qualidade, estará caracterizado o crime de sonegação de papel ou objeto de valor probatório, nos termos do art. 356, CP. Sobre o dolo, na conduta do causador do extravio ou destruição, remetemos o leitor ao art. 18, CP.

Passa-se então a análise então do Capítulo VI, do Código de Processo Penal, que trata do método pelo qual deve ser realizada a restauração e indica o modo e a ordem pelo qual devem ser recuperados os documentos perdidos e/ou destruídos.

Art. 541. Os autos originais de processo penal extraviados ou destruídos, em primeira ou segunda instância, serão restaurados.

§1º Se existir e for exibida cópia autêntica ou certidão do processo, será uma ou outra considerada como original.

§2º Na falta de cópia autêntica ou certidão do processo, o juiz mandará, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, que:

- a) o escrivão certifique o estado do processo, segundo a sua lembrança, e reproduza o que houver a respeito em seus protocolos e registros;
- b) sejam requisitadas cópias do que constar a respeito no Instituto Médico-Legal, no Instituto de Identificação e Estatística ou em estabelecimentos congêneres, repartições públicas, penitenciárias ou cadeias;
- c) as partes sejam citadas pessoalmente, ou, se não forem encontradas, por edital, com o prazo de dez dias, para o processo de restauração dos autos.

§3º Proceder-se-á à restauração na primeira instância, ainda que os autos se tenham extraviado na segunda.

É importante se atentar que a restauração será realizada no juízo de competência originária, independente dos autos terem se perdido em primeira ou segunda instância (grau de recurso), de modo que a restauração ocorrerá no juízo onde tramitou originariamente o feito. Dessa forma, sendo competência originária do Tribunal, no mesmo se dará a restauração dos autos em caso de extravio ou destruição.

Ao ser oferecida uma denúncia ou da queixa, o inquérito passa a integrar os autos do processo, razão pela qual, caso tenha sido perdido, também passa pelo procedimento de restauração que, entretanto, é mais simples diante da existência de cópia do Inquérito Policial nas delegacias.

De acordo com o primeiro parágrafo, a restauração pode ser realizada com a apresentação, pelas partes, das cópias autenticadas que, por serem equiparadas aos documentos originais (art. 232, parágrafo único, CPP), tem força de original. Da mesma forma, será considerado como original quando apresentadas certidões extraídas por funcionário público, uma vez que gozam de presunção de veracidade (fé pública).

Já no segundo parágrafo há a previsão do procedimento de reparação indireta dos autos, a ser adotado em caso de ausência de cópias autenticadas ou certificadas, em tal caso, deverá:

a - ser expedida certidão, pelo escrivão, buscando informar e reproduzir o estado em que se encontrava o processo no momento no qual foi perdido, segundo sua lembrança. Trata-se de um procedimento que dependerá do quanto o escrevente responsável pelo processo recorda sobre os atos praticados e fases processuais, também se valerá dos registros que possuir, como termo de fiança, sentença, etc;

b – Serão requisitadas cópias dos documentos que existirem em outras repartições públicas, como os laudos emitidos e juntados aos autos originais pelo Instituto Médico Legal, que será responsável pelo envio da cópia do mesmo documento, da mesma forma pelo Instituto de Criminalística, com relação aos seus laudos e perícias, Instituto de Identificação e Estatística, nos estados que exista, bem como as cadeias e penitenciárias, onde constam as cópias das principais peças do processo, o que poderá ser utilizado nesse procedimento de restauração.

c – De acordo com a última alínea, as partes serão intimadas para participarem do procedimento de restauração e, se não forem encontradas, serão intimadas por

edital. É importante ressaltar que apesar do termo utilizado pelo legislador ter sido “citação” das partes, o mais adequado, conforme salienta Nucci (2012, p. 953) consiste na “intimação”, tendo em vista que não se trata da formação de uma nova relação processual.

Porém, a ausência de intimação (“citação”) das partes acarretará a nulidade processual (SILVA et al., 2020, p. 57-61), o que já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROCESSO -DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DAS PARTES. NULIDADE. OCORRÊNCIA. 1. É nulo o processo de restauração de autos realizado sem a prévia citação das partes, ex vi dos artigos 541 e seguintes do Código de Processo Penal. 3. Ordem concedida. (HABEAS CORPUS nº 30.902 - MG (2003/0177781-0). Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Impetrante: Homero Junger Mafra. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De Minas Gerais. Julgamento em: 09/03/2006).

Nota-se que, a ausência de intimação das partes para participarem do procedimento de restauração dos autos impossibilita a faculdade de produção de prova testemunhal e documental, violando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF), que devem ser observados também no procedimento de restauração dos autos.

Art. 542. No dia designado, as partes serão ouvidas, mencionando-se em termo circunstanciado os pontos em que estiverem acordes e a exibição e a conferência das certidões e mais reproduções do processo apresentadas e conferidas.

O juiz irá designar audiência para ouvir as partes (Ministério Público, querelante e réu, por intermédio de seu advogado) sobre o estado em que se encontrava o feito, podendo fornecer importantes elementos provenientes da lembrança dos atos processuais, bem como apresentar cópias do processo que possam ter em seu poder (por exemplo: denúncia, queixa, resposta acusação, documentos etc).

Daquelas informações em que houver concordância entre as partes, dá-se como certo o evento, de tudo lavrando-se um termo, que passará a integrar os autos restaurados.

Caberá ainda as partes manifestarem concordância ou discordância sobre os demais documentos apresentados pelo escrivão e por outros órgãos públicos (Instituto Médico Legal e penitenciária, por exemplo). Nota-se que a colaboração e lealdade processual das partes é imprescindível nesta fase.

Art. 543. O juiz determinará as diligências necessárias para a restauração, observando-se o seguinte:

I - caso ainda não tenha sido proferida a sentença, reinquirir-se-ão as testemunhas podendo ser substituídas as que tiverem falecido ou se encontrarem em lugar não sabido;

II - os exames periciais, quando possível, serão repetidos, e de preferência pelos mesmos peritos;

III - a prova documental será reproduzida por meio de cópia autêntica ou, quando impossível, por meio de testemunhas;

IV - poderão também ser inquiridas sobre os atos do processo, que deverá ser restaurado, as autoridades, os serventuários, os peritos e mais pessoas que tenham nele funcionado;

V - o Ministério Público e as partes poderão oferecer testemunhas e produzir documentos, para provar o teor do processo extraviado ou destruído.

No art. 543, CPP são apresentadas medidas a serem adotadas pelo magistrado quando necessárias a restauração dos autos:

Se ainda não houver sentença, deve o juiz realizar a reinquirição das testemunhas, inclusive substituindo-se as que já faleceram ou não forem mais encontradas.

Independentemente de ter sido a sentença proferida, se não for possível obter a cópia da perícia realizada (por meio do Instituto Médico Legal ou o Instituto de Criminalística, por exemplo) que constava dos autos perdidos ou destruídos, o juiz determinará a realização dos exames periciais novamente, preferencialmente pelos mesmos peritos.

Podem ser ouvidos, ainda, os funcionários da justiça e de outros órgãos que tenham tido contato com o processo (por ex: oficial de justiça que fez a citação e outras intimações, autoridade policial que efetuou alguma diligência complementar, não constante do inquérito, como busca e apreensão). Ressalta aqui que o rol é exemplificativo, podendo serem inquiridas “mais pessoas que tenham nele [nos autos] funcionado”.

Apesar de todas as providências mencionadas, havendo discordância entre as partes sobre algum(ns) ponto(s), é facultado as mesmas que apresentem testemunhas para provar o que no processo constava, como, por exemplo, estagiários atuantes no processo, para que reproduzam o que lembram do caso.

Art. 544. Realizadas as diligências que, salvo motivo de força maior, deverão concluir-se dentro de vinte dias, serão os autos conclusos para julgamento.

Parágrafo único. No curso do processo, e depois de subirem os autos conclusos para sentença, o juiz poderá, dentro em cinco dias, requisitar de autoridades ou de repartições todos os esclarecimentos para a restauração.

O prazo de 20 dias para a restauração é, da mesma forma que os demais prazos destinados ao magistrado, prazo impróprio, ou seja, pode ser prorrogado sem que haja qualquer sanção processual, sendo possível ainda, a prorrogação do mesmo por motivos de força maior. Caso o atraso seja injustificável, o magistrado, responsável pela restauração, pode responder funcionalmente sendo possível ainda a impetração de *Habeas Corpus* (SILVA et al, 2020, p. 105-107), caso o acusado esteja preso antes do trânsito em julgado.

Nesse sentido, foi concedida a ordem de *Habeas Corpus* diante do excesso de prazo para julgar a restauração dos autos extraviados na fase recursal:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE PARA A RESTAURAÇÃO DO PROCESSO. NECESSIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. JULGAMENTO. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A aferição da razoabilidade da duração do processo não se efetiva de forma meramente aritmética. Nada obstante, afigura-se desproporcional alongar a custódia cautelar do paciente, pois o acusado foi preso em flagrante em 18/2/2014, o recurso de apelação foi distribuído em 2/3/2015 para a Primeira Câmara Criminal do TJGO, onde ocorreu o extravio dos autos, instaurando-se procedimento de restauração do feito, além de outros incidentes cautelares, já se tendo passados aproximadamente 2 anos e 6 meses sem que o recurso de apelação seja julgado e sem restabelecimento normal de seu curso, não havendo previsão de pauta de julgamento do apelo criminal.

2. Habeas corpus concedido, para a soltura do paciente, STEPHAN DE SOUZA VIEIRA, o que não impede nova e fundamentada decisão cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual, esta última fundamentada exclusivamente por fatos novos.

(EDcl no HABEAS CORPUS Nº 413.664 - GO 2017/0213226-9. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Stephan De Souza Vieira. Julgamento em: 05/12/2017).

Se necessário, o magistrado pode determinar diligências complementares, mesmo após concluso para sentença de restauração, tendo em vista a cautela necessária para a colheita dos elementos de convicção que sejam idôneos a embasar a decisão judicial, sendo salientado por NUCCI (2012, p. 955) que “tal providência poderia ser determinada pelo magistrado de qualquer modo, independentemente da previsão feita neste parágrafo único, pois faz parte do poder geral de produção de provas, para a formação do seu convencimento”.

Art. 545. Os selos e as taxas judiciárias, já pagos nos autos originais, não serão novamente cobrados.

Considerando que a relação jurídica é uma só, as custas processuais que tenham sido adimplidas na propositura da queixa crime ou na interposição de recurso por parte do querelante (art. 806, CPP), não serão cobradas novamente, tendo em vista que o Estado já recebeu.

Sobre o tema relativo ao pagamento de custas para o início da ação ou apresentação de recurso, remetemos o leitor as disposições gerais, em especial aos arts. 804 e 806, deste Código.

Art. 546. Os causadores de extravio de autos responderão pelas custas, em dobro, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

É importante que, de forma paralela ao procedimento de restauração dos autos, sejam adotadas medidas para apuração da responsabilidade na perda ou destruição dos autos. Conforme já mencionado (vide comentários introdutórios), a ação ou omissão

que tenha causado a necessidade de restauração dos autos pode ser passível de responsabilidade criminal. Tratando-se de ação penal pública incondicionada (nos termos do art. 100, §1º, CP; SILVA et al, 2020, p. 36-38), compete ao magistrado remeter ao Ministério Público as cópias dos autos para eventual oferecimento da denúncia (art. 40, CPP) ou, ao menos, noticiar a ocorrência para que seja, eventualmente, iniciado uma investigação (art. 5º, II, CPP).

Porém, independente da responsabilidade criminal, havido desleixo ou má-fé, responderá a parte causadora da perda ou destruição dos autos, pela sanção de natureza pecuniária, mediante o pagamento das custas em dobro, quando houver, além de ser apurada também a responsabilidade funcional/administrativa inerente aos órgãos correccionais das respectivas instituições, no caso de advogados, promotores e outros auxiliares da justiça.

Art. 547. Julgada a restauração, os autos respectivos valerão pelos originais.
Parágrafo único. Se no curso da restauração aparecerem os autos originais, nestes continuará o processo, apensos a eles os autos da restauração.

O incidente da restauração será julgado por meio de sentença “restrita à análise do procedimento de restauração, [sendo] vedada neste momento, por evidente, qualquer resolução sobre o mérito da ação penal de conhecimento” (MARCÃO, 2016, p. 980). Proferida a decisão que considere restaurados os autos, passam os novos autos a valer como se fossem os originais perdidos e, o curso processual deve seguir seus ulteriores termos.

A decisão proferida (que julgar a restauração) é passível de apelação, a ser interposta pela parte inconformada, nos termos do art. 593, II, CPP.

Se eventualmente os autos originais forem encontrados, há a previsão no dispositivo que os autos restaurados devem ser apensados aos autos originais, prosseguindo-se nos autos principais (autos originais).

Porém, ressalta NUCCI (2012, p. 955), que é preciso cautela para interpretar esse dispositivo. Para o autor, se os originais surgirem no início da restauração, completamente íntegros, não há motivo para o prosseguimento do procedimento de restauração, tendo havido a perda de objeto e, por consequência, fica sem sentido,

também, a determinação de apensamento. Por outro lado, apresentando sinais de deterioração ou de falha de conteúdo, nos autos originais, o procedimento prosseguirá.

Importante salientar que, de acordo com o comunicado CG nº 915/2016, a Corregedoria Geral da Justiça (BRASIL, 2016, n.p.) determinou que, na hipótese de ter ocorrido o extravio de processo na íntegra, após julgado o incidente da restauração dos autos, a tramitação do processo principal deverá ser alterada para digital e as peças produzidas na restauração para ele importadas. No comunicado é destacado ainda que se houverem volumes físicos não extraviados, deverá ser concedida preferência para a digitalização das peças, o que somente será dispensada quando a quantidade relevante desses volumes dificultar a atividade cartorária de digitalização e classificação das peças.

Art. 548. Até à decisão que julgue restaurados os autos, a sentença condenatória em execução continuará a produzir efeito, desde que conste da respectiva guia arquivada na cadeia ou na penitenciária, onde o réu estiver cumprindo a pena, ou de registro que torne a sua existência inequívoca.

O dispositivo acima expressamente consigna que o desaparecimento ou a destruição dos autos não acarreta a interrupção (automática) do cumprimento da pena que esteja em andamento. Desse modo, havendo prova inequívoca da existência de sentença condenatória e de seus efeitos.

Contudo, a *contrário sensu*, havendo dúvida sobre a existência da condenação, será aplicado o *in dubio pro reo*, de forma que o acusado não poderá ser compelido a cumprir a pena, sendo caso de concessão de liberdade até a sentença de restauração, que irá sanar qualquer dúvida a respeito da (in)existência de sentença condenatória.

É interessante consignar, contudo, que tal situação mostra-se de difícil ocorrência na prática tendo em vista que os estabelecimentos prisionais mantem em seus arquivos o prontuário dos detentos, com as principais peças do processo que fundamentam a prisão dos acusados, dentre elas, a sentença condenatória (se tiver sido proferida), assim como ficam arquivadas, também nos órgãos criminais, as guias de recolhimento (provisórias ou definitivas) dos réus.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Corregedoria Geral da Justiça. **Comunicado CG nº 915/2016**. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/Comunicado?codigoComunicado=7416&pagina=25>. Acesso em: 13 de novembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Habeas Corpus nº 413.664 - GO** 2017/0213226-9. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Stephan de Souza Vieira. 05 de dezembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 30.902 - MG** (2003/0177781-0). Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 09 de março de 2006.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016 (versão pdf).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Nelson Finotti; SOUZA, Tiago Clemente; SERVO, Marina Calanca. **Prática de processo penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

CAPÍTULO VII– DO PROCESSO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA POR FATO NÃO CRIMINOSO

Tainá Fernandes Ferreira¹
(arts. 549 ao 555)

Art. 549. Se a autoridade policial tiver conhecimento de fato que, embora não constituindo infração penal, possa determinar a aplicação de medida de segurança (Código Penal, arts. 14 e 27), deverá proceder a inquérito, a fim de apurá-lo e averiguar todos os elementos que possam interessar à verificação da periculosidade do agente.

O capítulo em tela versava sobre o processo de aplicação das medidas de segurança em face de ato não criminoso, especificamente nas hipóteses de crime impossível (quando por ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto, a consumação do crime torna-se inconcebível), ou de impunibilidade (nos casos de ajuste, determinação, instigação ou auxílio, quando o crime não chega sequer a ser tentado), consoante dispõe o artigo supra ao mencionar os antigos dispositivos 14 e 27 do Código Penal, que atualmente correspondem aos artigos 17 e 31 (BRASIL,1940).

Contudo, com o advento das reformas penais efetuadas por intermédio da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, os artigos deste capítulo restaram incompatíveis com o sistema atual, porquanto o Código Penal não mais prevê a imposição de medida de segurança em face de ato não criminoso.

A princípio, a legislação penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), na redação do parágrafo único do artigo 76, que tratava das condições de aplicabilidade das medidas de segurança, previa que “A aplicação da medida de segurança pressupõe: I - a prática de fato previsto como crime; II - a periculosidade do agente. Parágrafo único. A medida de segurança é também aplicável nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n. II” (BRASIL, 1940), trazendo, assim, expressamente a possibilidade de empregá-las em face de atos não criminosos, nos

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2018). Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogada. Membro das Comissões de Direitos Humanos e Direito Penal da 80ª Subseção da OAB/SP e Presidente da Comissão de defesa dos Direitos dos Animais. Conselheira titular, representante da OAB, no CONVIDA (Conselho Municipal de Proteção à Vida Animal do município de Sertãozinho/SP).

casos de crime impossível ou impunibilidade, quando demonstrada a periculosidade do agente.

Todavia, após a reforma, os dispositivos correspondentes (Título VI – Das Medidas de Segurança, artigos 96 a 99) passaram a dispor de forma distinta sobre o tema, limitando-se a definir e pontuar quais seriam as medidas existentes e passíveis de aplicação na legislação pátria, restringindo, ainda, sua imposição, apenas a fatos criminosos e praticados por inimputáveis.

Neste sentido, dispõe o artigo 26 do Código Penal (na redação que lhe conferiu a Lei nº 7.209/84), que é “isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940). Note-se que o referido dispositivo, por si só, delimita a aplicação das medidas de segurança, circunscrevendo-as à prática de fato criminoso, o que novamente atesta a revogação tácita (por incompatibilidade entre as normas) do capítulo em questão.

Subsiste hoje, então, na legislação penal, apenas duas espécies de medida de segurança, previstas no artigo 96 do Código Penal, tratando-se da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, que devem ser empregadas apenas em face de atos que chegam, de fato, a serem criminosos.

Malgrado o artigo 97 do Código Penal estabeleça o tratamento ambulatorial como medida excepcional, que deve ser aplicada apenas quando o fato previsto como crime for punível com detenção, há entendimentos, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, no sentido de que o julgador tem a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável, não importando se o delito é punido com pena de reclusão ou detenção (GRECO, 2017).

A respeito do prazo de duração de tais medidas, o Código Penal, em seu artigo 97, §1º, passou a prever que “A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.” (BRASIL, 1940).

Segundo se extrai da redação acima transcrita do Código Penal pós-reforma, a medida de segurança poderá perdurar por tempo indeterminado, devendo ser mantida enquanto não verificada a cessação da periculosidade do agente.

Porém, considerando que o estado de insanidade pode, em tese, durar a vida inteira de um indivíduo – o que caracterizaria, ainda que de forma indireta e não intencional, uma espécie de prisão perpétua, medida esta absolutamente vedada pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XLII, alínea “b”) –, os Tribunais têm estabelecido limites para a sua permanência.

Com efeito, a jurisprudência tem entendido por uma delimitação objetiva do prazo, havendo ainda, no entanto, divergências a respeito de qual seria o parâmetro. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado." (Súmula 527), o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o entendimento de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no artigo 75 do Código Penal, isto é, trinta anos (1ª Turma, HC 107432 e 2ª Turma, HC 97621).

Por outro lado, importa ressaltar que uma das principais alterações trazidas pela reforma de 1984, culminou no afastamento, do ordenamento jurídico brasileiro, do sistema *duplo binário* – em que se permitia a aplicação de pena e medida de segurança conjuntamente – e na adoção do sistema *vicariante*, em que só é consentida a aplicação de pena *OU* medida de segurança, sendo vedada qualquer imposição desta última natureza aos imputáveis (NUCCI, 2020).

Após a reforma, então, a culpabilidade passou a estar relacionada tão somente à pena (sanção), enquanto que a periculosidade passou a ensejar apenas a aplicação das medidas de segurança, embora a doutrina entenda, majoritariamente, tratarem-se, as medidas de segurança, de uma espécie de pena, considerando que, por mais terapêuticas que sejam, não deixam de ter um conteúdo penoso para quem a sofre, mormente por restringir a liberdade do sentenciado (NUCCI, 2014).

Art. 550. O processo será promovido pelo Ministério Público, mediante requerimento que conterá a exposição sucinta do fato, as suas circunstâncias e todos os elementos em que se fundar o pedido.

Pode-se dizer que a competência para requerer a aplicação das medidas de segurança que ainda encontram amparo na legislação pátria (cabíveis em face de atos criminosos e praticados por inimputáveis) se manteve, conforme artigos 68, inciso II, alínea “c” e 81-B, inciso I, alínea “g” da Lei de Execução Penal. Isto é, além da possibilidade de aplicação das medidas de segurança de ofício, caso necessárias, por parte do magistrado responsável, a legislação prevê que poderá requerê-las o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Ainda, quando no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz poderá, de ofício, a requerimento das partes acima mencionadas ou da autoridade administrativa (diretor do estabelecimento prisional, por exemplo), determinar a substituição da pena por medida de segurança (art. 183 da Lei de Execução Penal).

Art. 551. O juiz, ao deferir o requerimento, ordenará a intimação do interessado para comparecer em juízo, a fim de ser interrogado.

Não há dispositivo correspondente em vigência.

Art. 552. Após o interrogatório ou dentro do prazo de dois dias, o interessado ou seu defensor poderá oferecer alegações.
Parágrafo único. O juiz nomeará defensor ao interessado que não o tiver.

Não há dispositivo correspondente em vigência.

Art. 553. O Ministério Público, ao fazer o requerimento inicial, e a defesa, no prazo estabelecido no artigo anterior, poderão requerer exames, diligências e arrolar até três testemunhas.

Não há dispositivo correspondente em vigência.

Art. 554. Após o prazo de defesa ou a realização dos exames e diligências ordenados pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, será marcada audiência, em que, inquiridas as testemunhas e produzidas alegações orais pelo órgão do Ministério Público e pelo defensor, dentro de dez minutos para cada um, o juiz proferirá sentença. Parágrafo único. Se o juiz não se julgar habilitado a proferir a decisão, designará, desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de cinco dias, para publicar a sentença.

Não há dispositivo correspondente em vigência.

Art. 555. Quando, instaurado processo por infração penal, o juiz, absolvendo ou impronunciando o réu, reconhecer a existência de qualquer dos fatos previstos no art. 14 ou no art. 27 do Código Penal, aplicar-lhe-á, se for caso, medida de segurança.

Em decorrência do acima exposto, nos casos em que mantida a possibilidade de aplicação de medida de segurança (em face de atos criminosos praticados por inimputáveis), o juiz ou tribunal, absolvendo o réu, se o caso, determinará a aplicação da medida de segurança cabível (arts. 386, parágrafo único, inciso III, e 492, inciso II, alínea “c”, do Código de Processo Penal).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Código Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 527. Brasília, 18 de maio de 2015. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 25 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 97621/RS. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 25 de junho de 2009. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 25 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107432/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 08 de junho de 2011. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 25 nov. 2020.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TÍTULO I – DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DOS TRIBUNAIS DE APELAÇÃO

CAPÍTULO I– DA INSTRUÇÃO

Arts. 556 ao 560 (Revogados pela Lei 8.658 de 1993)

CAPÍTULO II– DO JULGAMENTO

Arts. 561 ao 562 (Revogados pela Lei 8.658 de 1993)

LIVRO III DAS NULIDADES E DOS RECURSOS EM GERAL

TÍTULO I – DAS NULIDADES

Ilana Müller¹
(arts. 563 ao 573)

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Nulidade: Os atos processuais possuem presunção de legalidade, sendo válidos até declaração da sua ineficácia.

¹ advogada. Doutorado em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo; Especialização em Direitos Fundamentais, pela Universidade de Coimbra Faculdade de Direito, curso de pós-graduação realizado em São Paulo, em colaboração com o IBCCRIM; Especialização em Direito Penal Econômico e Europeu, pela Universidade de Coimbra Faculdade de Direito, Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, curso de pós-graduação realizado em São Paulo, em colaboração com o IBCCRIM; Mestrado em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo; Especialista em Direito Processual Civil, pelo Centro de Extensão Universitário, no ano de 1997; Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Súmulas do STF relativas às nulidades: 155; 156; 160; 162; 206; 351; 366; 431; 523; 564; 706; 707; 708; 712; e Súmula Vinculante 11.

Nulidade absoluta: quando há violação de norma, constitucional ou legal, que protege interesse público; pode ser reconhecida de ofício, não se operando como regra preclusão. Aplicam-se os princípios do prejuízo (não há nulidade sem prejuízo, para alguns o prejuízo é presumido) e da causalidade (presente relação causal, o ato declarado nulo poderá estender seus efeitos aos demais atos jurídicos conexos).

Segundo Aury Lopes Jr. (2016. P. 1136-1137) “Como regra das nulidades absolutas, a gravidade da atipicidade processual conduz à anulação do ato, independentemente de qualquer alegação da parte interessada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou em qualquer grau de jurisdição. Sendo alegada pela parte, não necessita demonstração do prejuízo, pois manifesto ou presumido, como preferem alguns”.

Nulidade relativa: quando há violação de norma infraconstitucional de “interesse das partes” (note-se que o processo penal lida com interesses eminentemente públicos). Opera-se a preclusão caso não alegada no momento processual oportuno. Aplicam-se os princípios do prejuízo, da causalidade e do interesse (não se pode arguir nulidade a que haja dado causa ou tenha concorrido).

Princípio *pas de nullité sans grief*: princípio fundamental para o instituto das nulidades. Para a declaração da nulidade do ato é imprescindível a demonstração do prejuízo (dano que a parte sofreu). Embora a doutrina entenda que com relação a nulidade absoluta o prejuízo é presumido, nossos Tribunais têm exigido a demonstração do prejuízo quer com relação às nulidades absolutas quer com relação às nulidades relativas.

Segundo GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO (2011, p.30) “o prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição, sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença”.

Ônus de provar o prejuízo: compete àquele que pretende ver o vício reconhecido, o que no processo penal acaba por afetar a distribuição do ônus da prova, que como se sabe não é equitativa, diante do princípio *do in dubio pro reo*. Há grande dificuldade em provar o prejuízo sofrido pela parte especialmente com relação àquelas nulidades decorrentes da não produção de determinadas provas.

Súmula 523, do STF: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

JULGADO:

STF: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. PRONÚNCIA. ARTIGO 413, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXCESSO DE LINGUAGEM NÃO CONFIGURADO. NULIDADES PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. 1. O juízo singular se limitou a narrar os fatos descritos da denúncia e as provas colhidas na instrução processual com o fim de demonstrar a materialidade do fato e indícios suficientes de autoria, sem emitir qualquer juízo de valor, alinhado no que preceitua o art. 413 do Código de Processo Penal. 2. **O sistema de nulidades previsto no Código de Processo Penal, no qual vigora o princípio do *pas de nullité sans grief*, orienta que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual. Esta Suprema Corte tem, reiteradamente, se posicionado no sentido de que se faz necessária a demonstração de efetivo prejuízo para a decretação de nulidade, seja ela absoluta ou relativa (HC 107.769/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 28.11.2011), hipótese não ocorrida no presente feito. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.**

STJ: A decretação da nulidade de ato processual requer prova inequívoca do prejuízo suportado pela parte, em face do princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes: HC 339971/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 18/08/2016, DJE 26/08/2016; HC 359592/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, Julgado em 16/08/2016, DJE 26/08/2016; RHC 044871/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 16/08/2016, DJE 24/08/2016; HC 354841/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 09/08/2016, DJE 24/08/2016; RHC 062410/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 09/08/2016, DJE 24/08/2016; RHC 062397/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 09/08/2016, DJE 19/08/2016.

Atenção: Nulidade “de algibeira” ou “de bolso” – quando a parte deixa de alegar a nulidade absoluta quando ela ocorre, vindo a alegá-la quando melhor lhe convier.

Embora as nulidades absolutas possam ser arguidas em qualquer momento ou grau de jurisdição, nossos Tribunais têm exigido o respeito ao princípio da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC/2015: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”).

Julgado:

STJ: PROCESSUAL PENAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 11/STF. USO DE ALGEMAS. NULIDADE ARGUIDA APÓS DOIS ANOS DO EXAME PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE. PRECLUSÃO TEMPORAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência, tanto deste Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, “em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal.” (AgRg no HC 527.449/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 05/09/2019). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 572.626/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 05/05/2020).

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;

j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;

k) os quesitos e as respectivas respostas;

l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;

m) a sentença;

n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quórum legal para o julgamento;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

Este rol de atos processuais que podem não é taxativo, podendo ser reconhecidas outras nulidades não expressas nestes incisos.

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

Pela **incompetência do juiz** a nulidade poderá ser relativa ou absoluta.

Nulidade absoluta: se a incompetência do juízo for absoluta, com violação ao princípio do juiz natural (artigo 5º LIII, da CF/88). Ou seja, nas hipóteses de competência em razão da matéria ou por prerrogativa de foro.

Julgado:

“HABEAS CORPUS. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO (ART. 1º, INC. I, DECRETO-LEI N. 201/67). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVESTIGAÇÃO REALIZADA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA. FORO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 29, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ocorrência. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. **A matéria relativa à competência por prerrogativa de função é de ordem pública, pois previsão constitucional de competência absoluta, admitindo a concessão de habeas corpus de ofício e mesmo superando a supressão de instância.**

2. **Há violação às regras de competência por prerrogativa de função quando Promotor de Justiça requisita a instauração de inquérito policial direcionado, especificamente, à apuração de fatos praticados por Prefeito Municipal.**

3. Habeas corpus concedido, para anular os atos de investigação realizados por requisição de Promotor de Justiça e decorrente ação penal, e, consequentemente, declarar extinta a punibilidade, pelo transcurso do prazo prescricional da pretensão punitiva” (STJ. HC 581176/SP, 6ª Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro, Dje 27/08/20)

Nulidade relativa: se a incompetência do juízo for em razão do lugar, devendo a parte arguir a incompetência na primeira oportunidade, sendo como regra, na ação penal no mesmo prazo de apresentação da resposta à acusação (art. 396-A, do CPP), em peça apartada (exceção de incompetência – art. 95, II, do CPP).

A não arguição no prazo legal ocasionará a preclusão do direito, sendo considerada sanada a nulidade relativa apontada, convalidando-se os atos praticados, tornando como competente aquele juiz que a princípio não o era (*prorrogatio jurisdictionis*).

Súmula: STF 706, do STF: “É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”.

Julgado:

“GRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO ENTRE A PRESENTE AÇÃO PENAL E OUTRO PROCESSO. CONEXÃO PROBATÓRIA COM FEITO DIVERSO. ACUSADOS ABSOLVIDOS. PERDA DO OBJETO. DECISÃO NÃO TRANSITADA EM

JULGADO. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. MANDAMUS PREJUDICADO. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E INOBSERVÂNCIA À REGRA DE PREVENÇÃO. NULIDADE RELATIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA NOS FEITOS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CONEXÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Os agravantes foram absolvidos em primeiro grau de jurisdição, o que revela a perda do objeto deste reclamo.

2. Embora o édito absolutório ainda não tenha transitado em julgado, o certo é que inexistente, nesse momento, ato coator passível de ser analisado por este Superior Tribunal de Justiça.

3. O interesse de agir deve ser aferido no momento julgamento, não se mostrando pertinente postergar ou sobrestar indefinidamente a prestação jurisdicional quando inexistente qualquer ameaça concreta à liberdade de locomoção do acusado. Precedente.

4. Nos termos do enunciado do enunciado 706 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, “é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”, sendo certo que, embora a defesa tenha arguido tempestivamente a incompetência do Juízo processante, a prolação de sentença absolutória em favor dos réus afasta a existência de prejuízos e impede o deslocamento do processo, como pretendido.

5. Da mesma forma, com o julgamento do mérito da ação penal, não há que se falar em reunião de processos por conexão, consoante o disposto no enunciado 235 da Súmula deste Superior de Justiça.

6. Ainda que verificada a existência de conexão probatória entre o presente feito e o Processo n. 2014.01.1.188586-8, já não seria mais possível a reunião das ações penais, nos termos do artigo 82 do Código de Processo Penal. Precedente.

7. Agravo regimental desprovido”. (STJ, AgRG no RHC 103223/DF, 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 03/06/20”.

Atenção: os Tribunais têm exigido a demonstração do prejuízo para anulação de atos processuais tanto nas hipóteses de competência absoluta quanto relativa:

Julgado:

“HABEAS CORPUS. SUPOSTO CRIME PRATICADO POR PREFEITO EM RAZÃO DO CARGO NO EXERCÍCIO DE MANDATO ANTERIOR. NÃO CARACTERIZADA ORDEM SEQUENCIAL E ININTERRUPTA DOS MANDATOS. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE 1ª GRAU SEM ANULAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS. PRECEDENTES DESTE STJ E DO STF. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - "A orientação jurisprudencial mais recente do Supremo Tribunal Federal indica que 'o foro por prerrogativa de função restringe-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas' (AP 937 QO, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 03/05/2018, DJe 10/12/2018)" (RHC n. 111.781/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 01/07/2019).

II - "Quanto à prerrogativa de função atribuída ao cargo de prefeito municipal, com previsão no art. 25, inciso X, da Constituição Federal, temos que esta também se insere em hipótese excepcional de competência, que comporta interpretação restritiva, nos moldes delineados pela Suprema Corte na já mencionada Ação Penal 937/RJ. Isso porque, à luz das mesmas razões de decidir utilizadas pelo STF, é necessário que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções, e não o de assegurar privilégios ou tratamentos desiguais" (HC 472.031/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/5/2019, DJe 30/5/2019)" (EDcl no RHC n. 111.781/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 19/08/2019).

III - "Na hipótese em que o delito seja praticado em um mandato e o réu seja reeleito para o mesmo cargo, a continuidade do foro por prerrogativa de função restringe-se às hipóteses em que os diferentes mandatos sejam exercidos em ordem sequencial e ininterrupta (Inq 4.127, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 20/11/2018, DJe 23/11/2018)" (RHC n. 111.781/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 01/07/2019).

IV - No caso concreto, os fatos atribuídos ao paciente, então Prefeito de Buritizal/SP, datam do ano de 2011, ou seja, teriam supostamente ocorrido durante o mandato 2008-2012. Não eleito para o mandato subsequente, o paciente apenas veio a ocupar novo cargo de Prefeito em 2017-2020. Diante desse quadro fático, constata-se que houve a quebra da necessária e indispensável continuidade do exercício do mandato político para fins de prorrogação da competência. Portanto, se vislumbra ilegalidade na manutenção do eg. Tribunal como juízo competente originário, tendo em vista que o recebimento da denúncia aconteceu em 24/04/2019 pelo órgão colegiado.

V - Conforme recente entendimento deste Tribunal Superior "Não se mostra consentânea com o direito processual moderno a anulação do processo desde o oferecimento da denúncia, porquanto os atos praticados pelo juízo incompetente, inclusive os decisórios, são ratificáveis no juízo competente" (HC n. 507.134/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 13/08/2019). VI - **A jurisprudência, hoje, é uníssona ao exigir a comprovação de efetivo prejuízo para a anulação de atos processuais, tanto nas hipóteses de incompetência relativa quanto nas de absoluta.** Vejamos: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, o que não ocorreu na espécie" (HC n. 490.478/RJ, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 10/04/2019).

Habeas corpus conhecido. Ordem parcialmente concedida para encaminhar os autos ao 1º Grau para regular processamento e julgamento, com a possibilidade de o d. Juízo a quo ratificar todos os atos até então praticados, inclusive, o de recebimento da denúncia". (STJ, HC 539002/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Loepoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), DJE 28/11/2019).

As hipóteses de **suspeição do juiz** ou **membro do MP** estão previstas no artigo 254, do CPP, podendo ser arguida em exceção de suspeição (artigo 95, I, do CPP), sendo que na hipótese de o juiz ser suspeito os atos serão considerados nulos, nos termos do artigo 101, do CPP.

Nossos Tribunais têm entendido que a suspeição é causa de nulidade relativa, devendo ser alegada no prazo legal sob pena de preclusão.

Julgado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MARCOS INTERRUPTIVOS. ARTIGO 117 DO CÓDIGO PENAL. SUSPEIÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE PARCIALIDADE. EXCEÇÃO NÃO APRESENTADA. PRECLUSÃO. ALEGAÇÕES FINAIS. INÉRCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. 1. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva exige que o transcurso do prazo fixado no art. 109 do Código Penal tenha ocorrido entre os marcos interruptivos listados no art. 117 do Código Penal. 2. A presunção de parcialidade nas hipóteses de suspeição é relativa, pelo que cumpre ao interessado arguí-la na primeira oportunidade, sob pena

de preclusão. Precedente. 3. A providência de nomear defensor dativo ao réu, cujo advogado não apresentou alegações finais, a despeito da sua regular intimação, afasta a alegação de nulidade do processo penal. Precedente. 4. A intimação do réu para constituir novo procurador, em razão da omissão de seu advogado, somente é exigida quando ocorre a renúncia do defensor constituído. Precedente. 5. Ordem denegada” (STF, RC 107780, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje 05/10/2011).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUSPEIÇÃO DE JURADO. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A verificação de ser o julgamento contrário à prova dos autos demanda o reexame de matéria fático-probatória, incabível na via eleita. 2. Nos termos do art. 571, VIII, do CPP, **eventuais nulidades ocorridas em Plenário do Júri, tais como, impedimento ou suspeição de jurado, devem ser argüidas no momento oportuno, sob pena de preclusão.** 3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado, em virtude da simples presença – de forma educada, silenciosa e que se limita a acompanhar o julgamento – do chamado "Grupo das Lágrimas" na sessão do Plenário do Júri. 4. Ordem denegada” (STJ, HC 57726 AP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20/11/2007).

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SUSPEIÇÃO POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO. NULIDADE DOS ATOS ANTERIORES À DECISÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. **"A suspeição por foro íntimo, assim declarada em decorrência de causa superveniente à instauração do processo, não importa na nulidade dos atos processuais anteriores a esse fato."** (RHC 9.399/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 14/08/2000, p. 180)

2. A orientação de que a decretação de nulidade processual, na esteira do art. 563 do Código de Processo Penal, absoluta ou relativa, depende da demonstração do efetivo prejuízo para a acusação ou para a defesa. Aplicação na esfera processual do princípio do *pas de nullité sans grief*. Desse ônus, não se desincumbiu a recorrente, que se limitou a afirmar que os atos seriam absolutamente nulos. Recurso desprovido.” (STJ RHC 38084 RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 19/10/2017).

“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA. PARCIALIDADE DO MAGISTRADO. MATÉRIA QUE DEVE SER VEICULADA EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. 2. CONVERSA INFORMAL CAPTADA PELO SISTEMA DE ÁUDIO. INTERVALO DE AUDIÊNCIA. MAGISTRADO E PROMOTOR. SITUAÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO REVELA SUSPEIÇÃO. 3. POSTERIOR RECONSIDERAÇÃO DE

DILIGÊNCIA DEFERIDA. DEMONSTRAÇÃO DE INFLUÊNCIA ADVINDA DA CONVERSA CAPTADA. 4. AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PARIDADE DE ARMAS. PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER PRIVILEGIADOS NO PROCESSO PENAL. 5. POSSIBILIDADE DE CONTRA-PROVA. INDÍCIOS DE MANIPULAÇÃO DAS GRAVAÇÕES. PERÍCIA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. 6. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO, EM PARTE, PARA RESTABELECEER A DECISÃO QUE DEFERIU A PERÍCIA.

1. **A nulidade de atos processuais em virtude da suspeição do Magistrado demanda rito processual próprio a ser inaugurado por meio da exceção de suspeição.** Com efeito, nos termos do art. 100 do CPP, a oposição de exceção de suspeição possibilita ao Magistrado excepto responder à exceção, instruindo os autos com as provas que entenda necessárias para demonstrar sua imparcialidade, autorizando, ainda, a oitiva de testemunhas. Portanto, não há equívoco no acórdão recorrido, no que concerne à necessidade de se utilizar do instrumento processual correto para impugnar a parcialidade do Magistrado, haja vista não ser possível aferir, de plano, nenhuma das hipóteses do art. 254 do Código de Processo Penal. Precedentes

2. **Prudente esclarecer que a conversa entre magistrado e promotor sobre casos em andamento, por si só, não revela, em princípio, suspeição das mencionadas autoridades.** Da mesma forma que os advogados são diuturnamente recebidos tanto pelo Ministério Público quanto pelos Julgadores sem que isso gere qualquer sorte de nulidade.

3. Entretanto, observa-se, no caso, que a conversa informal captada revela discussão acerca da possibilidade ou não de se realizar perícia no equipamento utilizado por Durval Barbosa, perícia que já havia sido deferida e foi objeto de reconsideração. De fato, dessume-se da situação retratada que após a conversa informal captada na sala de audiências entre magistrado e promotor, reconsiderou-se a perícia anteriormente deferida sem nenhuma fundamentação que a justificasse, a demonstrar mera influência pontual advinda da situação retratada.

4. A prudência recomenda seja privilegiada a ampla defesa na situação retratada, por meio do efetivo contraditório e da paridade de armas, consistente da possibilidade de a defesa realizar a contraprova relativa à prova trazida pela acusação. Com efeito, tendo o Ministério Público se utilizado de gravações ambientais para formular acusações, nada mais coerente que a defesa possa questioná-las, principalmente no caso dos autos, em que há indícios de manipulação.

5. Com efeito, existindo possibilidade concreta de adulteração e mesmo exclusão/substituição do aparelho de escuta/imagem, como resultado da gravação ambiental judicialmente autorizada e realizada na fase investigativa, "viola a garantia à ampla defesa a decisão que indefere pleito de realização de perícia técnica tendente a demonstrar a integralidade e higidez do material em questão" (HC 348.472/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016). Inteligência dos arts. 159, § 5º, e 400, § 1º, ambos da Lei Adjetiva Penal, combinados com os arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF/88. 6. Recurso em habeas corpus provido, em parte, para restabelecer a decisão que autorizou a

realização de perícia no aparelho utilizado para captação da escuta ambiental”. (STJ, RHC 68.893-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/12/2016).

A arguição de suspeição de Delegado de Polícia não é admitida nos termos do artigo 107, do CPP, podendo, entretanto, a autoridade policial se declarar suspeita.

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. SUSPEIÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 107 DO CPP. ALEGAÇÕES NÃO DEMONSTRADAS MEDIANTE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EVENTUAIS IRREGULARIDADES DO INQUÉRITO NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que o trancamento da ação penal só é possível na via do habeas corpus ou do recurso ordinário quando restar demonstrado, de modo inequívoco e sem necessidade de dilação probatória, a inépcia da exordial acusatória, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade. Precedentes.

II - Ademais, ausente abuso de poder, ilegalidade flagrante ou teratologia, o exame da existência de materialidade delitiva ou de indícios de autoria demanda amplo e aprofundado revolvimento fático-probatório, incompatível com a via estreita do habeas corpus, que não admite dilação probatória, reservando-se a sua discussão ao âmbito da instrução processual. Precedentes.

III - **O inquérito policial é procedimento administrativo de caráter inquisitório cuja finalidade é fornecer ao Ministério Público elementos de informação para a propositura de ação penal. Tais elementos, antes de tornar-se prova apta a fundamentar eventual édito condenatório, devem submeter-se ao crivo do contraditório, sob estrito controle judicial. Assim, carece de fundamento razoável a arguição de suspeição da autoridade policial nos atos do inquérito.**

IV - Ademais, **eventual suspeição da autoridade policial, que, saliente-se, não restou demonstrada mediante prova pré-constituída, não é motivo de nulidade do processo, visto que os elementos informativos se transmudarão em prova apenas mediante o contraditório e a ampla defesa. Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.**” (STJ RHC 105.078-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/02/2019).

As hipóteses de **impedimento do juiz** ou **membro do MP** estão previstas no artigo 252, do CPP, constituindo nulidade absoluta do feito.

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL. PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA. IMPEDIMENTO. PARENTESCO. PRIMO.

QUARTO GRAU. ART. 258 DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. TESE DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA. DILIGÊNCIAS REPUTADAS DESNECESSÁRIAS. FATOS JÁ PROVADOS NOS AUTOS. ART. 400, § 1º, DO CPP. NULIDADE NÃO VERIFICADA. SUSPEIÇÃO. INIMIZADE CAPITAL. HOSTILIDADE PROFUNDA E RECÍPROCA. NÃO COMPROVADA. CUSTOS LEGIS. AUTONOMIA DE CONVICÇÃO. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. REVISÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...)

II - O art. 258 do Código de Processo Penal determina ser vedado ao membro do Ministério Público officiar em processo em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, estendendo-se-lhe, no que for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes. I

II - O Procurador Regional da República Maurício Gotardo Gerum, autoridade excepta, o Procurador da República Diogo Castor de Mattos e o advogado Rodrigo Castor de Mattos são parentes de quatro grau - primos -, circunstância que, per si, afasta a alegação de impedimento do aludido membro do Ministério Público, endo em vista que a inequívoca dicção do art. 258 do CPP considera o vínculo que configura o parentesco apenas até aquele de terceiro grau. IV - **Os casos de impedimento disciplinados no art. 258 do CPP são definidos objetivamente e constituem presunção legal absoluta de parcialidade do membro do Ministério Público para officiar no processo, em atenção aos princípios constitucionais do promotor natural, da impessoalidade e da moralidade.** Assim, se a dicção legal expressa da norma processual penal é a de que configuram impedimento as relações de parentesco havidas até o terceiro grau, entende-se que a opção político-legislativa adotada é a de que relações de parentesco mais longínquas do membro do Ministério Público não ofendem os imperativos de impessoalidade e moralidade porque se deve guiar a sua atuação funcional. V - Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, **as regras de impedimento são taxativas e devem interpretar-se restritivamente**, por resultarem no dever de afastamento membro do Ministério Público que originariamente fora designado para atuar no processo com base em regras gerais, abstratas e impessoais. (...)

VII - In casu, requereu-se na exceção de suspeição a produção probatória com o fim de demonstrar a existência de vínculo de parentesco entre o Procurador Regional da República Maurício Gotardo Gerum, o Procurador da República Diogo Castor de Mattos e o advogado Rodrigo Castor de Mattos que configurasse hipótese de impedimento do art. 258 do CPP.

VIII - Desse modo, como já se documentara nos autos a inexistência de relação de parentesco que satisfizesse as condições de impedimento, conclui-se que a decisão que fundamentadamente indeferiu o pedido de produção probatória não resultou em cerceamento do direito de defesa do recorrente.

IX - A caracterização da inimizade capital a que se refere a norma do art. 254, I, do CPP não dispensa a comprovação cabal de um grave, profundo e recíproco sentimento de hostilidade entre o

excipiente e o excepto, a existência de algum agravo significativo que justifique um malquerer duradouro, de uma agressão séria feita de uma parte a outra que justifique o cultivo de um sentimento de vingança e de séria animosidade.

X - Na espécie, as manifestações processuais do excepto revelam-se consentâneas com o contexto fático-processual dos autos, não se reconhecendo as alegadas ofensas e virulências que o recorrente lhes atribui.

XI - A circunstância de o membro do Ministério Público atuar não como dominus litis, mas como custos legis não impede que ele, no exercício de sua independência funcional, garantida no art. 127, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.625/93, tenha sua autonomia de convicção e que, assim, entendendo que a tese acusatória apresentada e a sentença condenatória encontram-se em conformidade com a ordem jurídica, cuja defesa é sua atribuição, manifeste-se em sentido contrário aos argumentos da defesa.

XII - Não tendo o recorrente comprovado nenhum evento ou incidente que objetivamente demonstre particular indisposição ou hostilidade do excepto em face do excipiente, rever o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, que concluíram pela inexistência de inimizade capital na hipótese, exigiria alargada dilação probatória, inviável na via do habeas corpus, de procedimento célere e de estreita cognição. Agravo regimental desprovido”. (STJ, AgRG no HC 54488 PR, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 01/09/2020).

“E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – PRISÃO CAUTELAR RESTABELECIDA NO JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ALEGADA **NULIDADE** – ATUAÇÃO DE DESEMBARGADOR, COMO PRESIDENTE DA SESSÃO DE JULGAMENTO, EM PROCESSO PENAL REFERENTE A **CRIME** DENUNCIADO POR SUA PRÓPRIA FILHA, NA QUALIDADE DE PROMOTORA DE JUSTIÇA – INADMISSIBILIDADE – HIPÓTESE DE **IMPEDIMENTO** (CPP, ART. 252, I) – CAUSA DE **NULIDADE** ABSOLUTA DO JULGAMENTO – OCORRÊNCIA – NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DESSE MESMO JULGAMENTO, SEM A PARTICIPAÇÃO DO DESEMBARGADOR IMPEDIDO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – PEDIDO DEFERIDO. (STF, HC 102965, Redator do acórdão Min. Celso de Mello, Dje. 30/10/2014).

Hipótese de suborno do juiz – embora conste do CPP a expressão suborno, como é cediço trata-se expressão terminológica inapropriada, que deve ser interpretada como a prática de crimes contra a administração pública. E.g. crime de corrupção passiva, concussão. Trata-se de hipótese de nulidade absoluta do feito.

II - por ilegitimidade de parte;

A legitimidade das partes (capacidade para figurar em um dos polos da ação

penal, ativo e passivo) constitui uma das condições da ação, indispensáveis ao recebimento da exordial acusatória.

Conforme dispõe o artigo 395, II, do CPP, sendo a parte ilegítima a denúncia ou queixa-crime deverá ser rejeitada.

O Ministério Público (titular da ação penal) figura, como regra, no polo ativo da ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação, podendo, excepcionalmente, o particular e/ou seus sucessores processuais mover queixa-crime, nas hipóteses legais.

No polo passivo da ação penal, como regra figura a pessoa física maior de 18 anos (art. 27, do CP) ou as pessoas jurídicas nos casos em que a lei assim o permita (e.g. crime ambiental).

A ilegitimidade da parte será arguida por meio de exceção de ilegitimidade, nos termos do artigo 95, IV do CPP, no prazo da resposta à acusação, observando-se no que for aplicável o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo (art. 110, do CPP).

A ilegitimidade das partes *ad causam*, passiva ou ativa constitui, como regra, nulidade absoluta do feito.

Por sua vez a ilegitimidade *ad processum*, como a do representante da parte, por exemplo, pode constituir nulidade relativa.

Nos termos do artigo 568 do CPP a nulidade por ilegitimidade do representante da parte pode ser sanada a todo o tempo, mediante ratificação nos autos, sendo certo, entretanto que em se tratando de queixa-crime o vício deve ser sanado no prazo decadencial.

Julgado:

“DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PACIENTE MENOR DE 18 ANOS. SUJEIÇÃO A PROCESSO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. 1. É inadmissível a sujeição de menor de dezoito anos a processo penal, por força do art. 27 do Código Penal. A ilegalidade é mais evidente diante da condenação transitada em julgado e do já cumprimento de um sexto da pena em regime semiaberto. 2. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para revogar o trânsito em julgado e trancar a ação penal”. (STJ. HC 119384 SP, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09/11/2010).

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO TEMPORAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. DECISÃO ANTERIOR DEFINITIVAMENTE JULGADA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PARTE DO ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME. SÚMULA 207/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A nulidade por ausência de intimação do advogado constituído para a sessão de julgamento deve ser alegada na primeira oportunidade.

2. Sendo arguida nulidade no julgamento do recurso em sentido estrito apenas quando das razões de apelação, tem-se como consumada a preclusão temporal.

3. A ilegitimidade do querelante para oferecer ação penal privada subsidiária da pública, por sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada, encontra-se alcançada pela preclusão consumativa. (...)

8. Agravo regimental improvido e habeas corpus concedido de ofício para, reconhecendo a atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP” (STJ, AgInt no RESP 1582669-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 30/03/2017)

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

Os atos processuais para serem válidos devem respeitar determinadas formalidades, propiciando às partes segurança jurídica, prévio conhecimento das regras do jogo e à administração da justiça controle da qualidade da prestação jurisdicional.

A) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

Não se pode falar na existência de ação penal, sem a existência da inicial acusatória (denúncia ou queixa-crime), movida pelo titular da ação penal (MP como regra e particular nas excepcionais hipóteses legais.

No que se refere a denúncia ou queixa-crime o grande debate se volta a existência de nulidade processual, diante da deficiência da peça acusatória, que não preencha os requisitos do artigo 41, do CPP, impossibilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Nos termos do artigo 395, I, do CPP a inaptidão da peça acusatória constitui hipótese de rejeição da denúncia ou queixa-crime.

A deficiência da denúncia deve arguida desde o início (resposta à acusação) e deve ser reiterada nas razões do recurso de apelação.

A inépcia da peça acusatória constitui nulidade absoluta do feito, por inviabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório, podendo ser reconhecida por meio de habeas corpus, com o trancamento da ação penal.

Julgado:

“Habeas corpus. Penal. Processo Penal. 2. Denúncia genérica. Crime societário. Art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo). É fundamental que o mínimo de individualização da conduta esteja contido na denúncia para permitir o recebimento. Caso que apresenta peculiaridades, que demonstram que um esforço de identificação da contribuição dos envolvidos para o suposto crime seria particularmente relevante. 3. Ordem concedida, para extinguir a ação penal, por inépcia da denúncia”. (STF, HC 127415/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13/09/16).

“AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. CRIME AMBIENTAL. IMPUTAÇÃO DERIVADA SIMPLEMENTE DA CONDIÇÃO DE SÓCIO COTISTA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REAUTUAÇÃO COMO INQUÉRITO. 1. É inepta a **denúncia** que não estabelece a indispensável vinculação entre a suposta conduta do acusado e os eventos criminosos. Considerando a inadmissibilidade de responsabilidade penal objetiva, a simples condição de sócio-cotista não atende ao figurino exigido pelo art. 41 do Código de Processo Penal, porque prejudica o exercício da ampla defesa, cenário que reclama a extinção da **ação penal** mediante concessão de habeas corpus de ofício. 2. A perfeita identidade processual autoriza a extensão dessa providência ao corréu que, alvo da mesma peça acusatória, é acusado em primeiro grau. Inteligência do art. 580 do Código de Processo Penal. 3. A irregularidade formal da peça acusatória não impede o aprofundamento das investigações, conforme requerido pelo Ministério Público, sendo que, diante da possibilidade de envolvimento de congressista, agente detentor de foro por prerrogativa de função, a investigação submete-se à supervisão desta Suprema Corte. 4. Questão de ordem resolvida para determinar o **trancamento da ação penal**, com extensão ao corréu, e a reautuação da **ação penal** como inquérito” (STF, AP 1005 QO/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 08/08/2017).

“Habeas corpus. **Ação penal.** Evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7.492/86). **Trancamento. Inépcia da denúncia.** Admissibilidade.

Imputação derivada da mera condição de o paciente ser diretor-presidente das empresas. Ausência de descrição mínima dos fatos. **Denúncia** que individualizou as condutas de corréus. Possibilidade de diferenciação de responsabilidades dos dirigentes da pessoa jurídica. Teoria do domínio do fato. Invocação na **denúncia**. Admissibilidade. Exigência, contudo, da descrição de indícios convergentes no sentido de que o paciente não somente teria conhecimento da prática do crime como também teria dirigido finalisticamente a atividade dos demais agentes. Violação da regra da correlação entre acusação e sentença. Ordem de habeas corpus concedida para determinar o **trancamento** da **ação penal** em relação ao paciente. 1. O **trancamento** da **ação penal** em habeas corpus é medida excepcional, a ser aplicada quando evidente a **inépcia** da **denúncia** (HC nº 125.873/PE-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 13/3/15). 2. A **denúncia** que não descreve adequadamente o fato criminoso é inepta. Precedentes. 3. Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, um dos requisitos essenciais da **denúncia** é “a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias”. 4. Esse requisito, no caso concreto, não se encontra devidamente preenchido. (...) 6. Nesse contexto, a **denúncia**, em relação ao paciente, não contém o mínimo narrativo exigido pelo art. 41 do Código de Processo Penal. (...) 9. Quando for viável a diferenciação de responsabilidades, a **denúncia** não poderá lastrear a imputação genericamente na condição de dirigente ou sócio da empresa. 10. Na espécie, a **denúncia**, ao atribuir fatos específicos ao diretor financeiro das empresas e a seu subordinado, individualizou condutas, razão por que não poderia se limitar a imputar o concurso do seu diretor-presidente para o crime de evasão de divisas em razão tão somente de seu suposto poder de mando e decisão, sem indicar qual teria sido sua contribuição concreta para tanto. 11. A teoria do domínio do fato poderia validamente lastrear a imputação contra o paciente, desde que a **denúncia** apontasse indícios convergentes no sentido de que ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados. 12. Não basta invocar que o paciente se encontrava numa posição hierarquicamente superior para se presumir que tenha ele dominado toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a prática do crime de evasão de divisas, sua interrupção e suas circunstâncias, máxime considerando-se que a estrutura das empresas da qual era diretor-presidente contava com uma diretoria financeira no âmbito da qual se realizaram as operações ora incriminadas. 13. Exigível, portanto, que a **denúncia** descrevesse atos concretamente imputáveis ao paciente, constitutivos da plataforma indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime. 14. A **denúncia** contra o paciente, essencialmente, se lastreia na assertiva de que “não [seria] crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas [aproximadamente cinco milhões de dólares], que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo”. 15. Nesse ponto, a insuficiência narrativa da **denúncia** é manifesta, por se amparar numa mera conjectura, numa criação mental da acusação, o que não se admite. Precedente. 16. A deficiência na narrativa da **denúncia**, no que tange ao paciente, inviabilizou a compreensão da acusação e, conseqüentemente, o correto exercício da ampla defesa. 17. Ademais, sem uma

imputação precisa, haveria violação à regra da correlação entre acusação e sentença. 18. Ordem de habeas corpus concedida para determinar, em relação ao paciente, o **trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia**” (STF, HC 127397 BA, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06/12/2016).

Atenção com a distinção dos tribunais entre denúncia genérica e denúncia geral, nos crimes societários:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. O trancamento da ação penal, por meio do habeas corpus, só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Precedentes. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, em se tratando de crimes praticados por mais de um agente, não se pode confundir a denúncia genérica com a denúncia geral, sendo certa a impossibilidade de, nesse momento processual, se exigir do órgão acusador o esgotamento das minúcias dos fatos incriminadores postos sob investigação (HC 178.837, Rel. Min. Luiz Fux). E mais: nos crimes societários é prescindível a descrição minuciosa e detalhada das condutas de cada autor, bastando a descrição do fato típico, das circunstâncias comuns, os motivos do crime e indícios suficientes da autoria ainda que sucintamente, a fim de garantir o direito à ampla defesa e contraditório (HC 136.822, Rel. Min. Luiz Fux). 3. Hipótese em que inexistente risco de prejuízo irreparável aos acionantes, que bem poderão articular toda a matéria de defesa no momento processual oportuno, nas instâncias próprias. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STF, HC 186848 AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 24/08/20)

Atenção: em que pese constituir a inépcia da denúncia vício grave, nossos tribunais têm entendido que existindo sentença penal condenatória a questão da inépcia da denúncia estaria superada

Julgado:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. **TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA INÉPCIA DA DENÚNCIA.** SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (STF, RHC 176206 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/03/2020”.

“Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, a, CF, aduzindo violação ao art. 41, CP. Busca-se com o

recurso especial o restabelecimento da sentença condenatória em desfavor de J R DA S, pelo crime de receptação, argumentando que não teria sido a denúncia inepta já que a defesa não se insurgiu em primeira instância acerca de eventuais vícios da inicial acusatória, a matéria já estaria superada já que ultimada prolação de sentença, finalizou destacando que a denúncia delimitou adequadamente o fato criminoso permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório. O parecer do MPF foi pelo provimento do recurso. É o relatório.

(...). A denúncia é inepta no tocante à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, ausentes os requisitos do artigo 41, CPP. Assim é a descrição fática (fl. 02): (...) Em data e local não especificados nos autos, mas anterior ao dia 18 de agosto de 2012, o denunciado recebeu, em proveito próprio (...) A denúncia é totalmente imprecisa quanto à circunstância temporal, mencionando apenas que o fato teria ocorrido "antes do dia 18 de agosto de 2012". Em resumo, não se pode concluir o dia, nem o ano da prática da suposta infração penal, impossibilitando o exercício à ampla defesa. Trata-se, nesse ponto, de peça acusatória absolutamente inepta que, causando perplexidade, não permite defesa ampla. Como consabido, a falta de precisão quanto à data da ocorrência do fato delituoso não torna a denúncia inepta, máxime quando preenchidos os demais requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. **Mas não em casos como o da espécie, em que não há qualquer referência ao ano ou época em que o fato teria ocorrido. A ausência de descrição completa do fato criminoso revela a inépcia da denúncia - nulidade absoluta - que deve ser declarada de ofício.** Contudo, não pode ser pronunciada, na espécie, porque não arguida em recurso da acusação. Em verdade, por força da Súmula n 160 do STF, impositiva a solução absolutória, conforme a lição de Ada Pellegrini Grinover. Como se observa, o Tribunal local entendeu que a denúncia não teria descrito com precisão os fatos criminosos, destacando o vício relacionado à ausência de apontamento ao ano ou época em que o fato teria ocorrido, e dessa forma restou comprometido o exercício da defesa, por tal razão absolveu o réu nos termos do art. 386, VII, CPP. (...) Por oportuno, **a jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que a não indicação precisa da data em que ocorreram os fatos imputados ao réu não gera, por si só, a inépcia da denúncia**, nesse sentido: AgRg no REsp 1434538/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 15/06/2016; AgRg no REsp 1269329/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 11/04/2014.

Ademais, da sentença condenatória verifica-se que não foi arguido pela defesa qualquer ilegalidade da denúncia por ausência de especificação da data do fato criminoso, além disso constou que o réu confessou a compra ilegal da arma de fogo que teria dado azo ao crime de receptação. Assim, nos termos da jurisprudência da Corte, tendo sido proferida sentença condenatória, resta superada a discussão de inépcia da denúncia já que a descrição dos fatos e sua delimitação probatória foram capazes de permitir o édito condenatório, inexistindo violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório, nesse sentido: HC 385.900/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017; AgRg nos EREsp 1340069/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 17/11/2017; AgRg no AREsp n. 537.770/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/8/2015.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a absolvição do réu pela inépcia da denúncia, determinando o retorno dos autos ao Tribunal local para que prossiga no julgamento do recurso defensivo” (STJ, REsp 1672665 Rs, decisão monocrática Rel. Min.Nefi Cordeiro, 29/11/2017).

Com relação a **ausência de representação nas ações penais condicionadas à representação**, em que pese seja a representação exigência legal para a deflagração da ação penal, não se têm exigido rigores formais para que a vítima expresse o desejo de representar em face dos autos dos fatos (Nucci, 2008, p. 117), bastando a simples notícia de crime na delegacia de polícia.

Este vêm sendo o entendimento de nossos tribunais.

Julgado:

“Superado esse óbice, é cediço que a representação, que nada mais é do que a manifestação da vontade do ofendido de ver instaurada ação penal contra o suposto autor dos fatos, não exige formalidades, configurando-se desde que reste inequívoco o interesse da vítima em autorizar a persecução criminal. (...)

1. Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que a **representação prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima ou de seu representante em autorizar a persecução criminal**. 2. No caso dos autos, há certidão atestando que a vítima manifestou, ainda que por telefone, ao escrivão de polícia, seu interesse em iniciar a persecução penal contra o ora paciente. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 572.930/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 18/06/2020) Na mesma direção: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL CULPOSA NO TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO EXPRESSA DA VÍTIMA. PRESCINDIBILIDADE. ATO QUE DISPENSA FORMALIDADES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos termos do entendimento desta Corte Superior, tem-se que, quando a ação penal pública depender de representação do ofendido ou de seu representante legal, tal manifestação de vontade, condição específica de procedibilidade sem a qual é inviável a propositura do processo criminal pelo dominus litis, não exige maiores formalidades, sendo desnecessário que haja uma peça escrita nos autos do inquérito ou da ação penal com nomen iuris de representação, bastando que reste inequívoco o seu interesse na

persecução penal. 2. No caso, as instâncias ordinárias esclareceram que a vítima sobrevivente, não obstante a ausência de peça formalizada nos autos, demonstrou de forma tácita e clara a intenção de ver a suposta autora do fato delituoso processada criminalmente, tendo comparecido à delegacia para prestar declarações minuciosas sobre o acidente, além de ter realizado o exame de corpo de delito. 3. "Não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido pelas instâncias de origem sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório, procedimento vedado na via eleita." (AgRg no HC 233.479/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 118.489/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 25/11/2019) Idêntica compreensão é extraída dos precedentes da Suprema Corte, a exemplo do seguinte julgado: Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Assédio Sexual. Representação feita mediante o comparecimento da vítima à delegacia para registrar a ocorrência. 4. Jurisprudência desta Corte no sentido de que a representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade. Precedentes. 5. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (RHC 123086, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 01-10-2014 PUBLIC 02-10-2014) (...) Quanto ao ponto, é imperioso destacar que os defeitos apontados pela defesa no presente writ não são capazes de infirmar o desejo da vítima de ver o paciente processado, o que impede a extinção do feito, como pretendido. Irretocável, portanto, o aresto impugnado, que concluiu que, "restando demonstrada a vontade da vítima em representar contra o réu, eis que, espontaneamente compareceu na Delegacia de Polícia para noticiar o fato, apresentou representação pelo seu defensor e compareceu no Ministério Público, não há o que se falar em ilegitimidade do Ministério Público, inexistindo nulidade no feito" (e-STJ fl. 570). Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, indefere-se liminarmente o presente habeas corpus" (STJ, HC 590826 PR, decisão monocrática Min. Jorge Mussi, 30.06.2020).

a) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

Nos termos do artigo 158, do CPP, quando a infração deixar vestígios, é indispensável a realização do exame do corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Pela dicção do artigo, a prova da materialidade delitiva nos crimes que deixam vestígios ser feita por meio do exame de corpo de delito, devendo-se respeitar a cadeia de custódia (artigo 158-A, do CPP).

A preservação da cadeia de custódia é fundamental para o exercício da ampla defesa e do contraditório e para a própria validade e credibilidade da prova.

Conforme asseveram Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa (site Conjur, 2015): “A manutenção da cadeia de custódia garante a ‘mesmidade’, evitando que alguém seja julgado não com base no ‘mesmo’, mas no “selecionado” pela acusação. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso as fontes de prova e não ao material ‘que permita’ a acusação (ou autoridade policial). Não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais.

Prosseguem os autores: “Questão final é: qual a consequência da quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*)? Sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada. É a “*pena de inutilizzabilità*” consagrada pelo direito italiano. Mas é importante que não se confunda a “teoria das nulidades” com a “teoria da prova ilícita”, ainda que ambas se situem o campo da ilicitude processual, guardam identidades genéticas distintas. É por isso que não se aplicam às provas ilícitas as teorias da preclusão ou do prejuízo. Esse é um diferencial crucial, não raras vezes esquecido”.

O artigo 167, do CPP permite, nas hipóteses de desaparecimento dos vestígios a substituição do exame de corpo do delito pela prova testemunhal.

Em tese a não realização do exame de corpo de delito nos casos em que é possível a sua realização deve gerar a nulidade do processo e/ou a absolvição do acusado, pela ausência de materialidade delitiva.

Julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚMULA N. 182/STJ. CRIME AMBIENTAL. ARTS. 38 E 38-A DA LEI N. 9.605/1998. DESMATAMENTO. **AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. NULIDADE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.** 1. Cabe ao agravante, nas razões do agravo regimental, trazer argumentos válidos e suficientes para contestar a decisão impugnada, sob pena de aplicação do Enunciado n. 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2. **Nos casos em que a infração deixa vestígio, por imperativo legal (art. 158 do Código de Processo Penal), é necessária a realização do exame de corpo de delito direto. Somente será possível a substituição de exame**

pericial por outros meios probatórios, na forma indireta, para fins de comprovação da materialidade dos crimes ambientais de natureza material – no caso, o art. 38 da Lei n. 9.605/1998 – **quando a infração não deixar vestígios ou quando o lugar dos fatos tenha se tornado impróprio à análise pelos experts.** 3. Para a tipificação dos delitos previstos nos arts. 38 e 38-A da Lei ambiental é necessário que a conduta tenha sido praticada contra vegetação de floresta de preservação permanente (art. 38) e vegetação primária ou secundária, situada no Bioma Mata Atlântica (art. 38-A). 4. O tema é complexo, não facilmente identificável por leigos, sendo **imprescindível a realização de perícia na medida em que não é qualquer supressão/destruição que caracteriza o ilícito do art. 38 da Lei Ambiental.** 5. **No presente caso, foi comprovada a existência de vestígios (imagens do local, laudo de verificação de denúncia, auto de infração do IAP), sendo possível a realização do exame direto, não sendo, todavia, apresentadas justificativas idôneas para a não realização do exame pericial.** 6. Agravo regimental não conhecido. **Concessão de habeas corpus de ofício para absolver o acusado, diante da ausência de prova de materialidade delitiva”** (STJ, AgRg no Agravo em RESp 1517857 PR, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15/10/2019).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. (...)”

X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

XI. **A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a**

impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF. XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. (...)

XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9. (STJ, HC 160662 RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 18/02/2014).

Os vícios e erros na realização da prova pericial (exame de corpo de delito) podem ensejar a nulidade absoluta desta prova

Julgado:

“APELAÇÃO CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. NULIDADE DO EXAME PERICIAL. COAÇÃO COMPROVADA. A prova carreada nos autos demonstra a ocorrência de coação por parte dos policiais, que não aceitaram a vontade expressa do réu de não realizar o teste do etilômetro. Configurada a nulidade do exame pericial. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.760/12 MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. A lei vigente à época do fato tipificava apenas a concentração de álcool por litro de sangue, sendo essencial a prova pericial (etilômetro ou exame de sangue) para comprovar a materialidade do fato delituoso. Nula a prova pericial, a materialidade não restou comprovada. Mantida a absolvição. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70056635436, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 13/03/2014). (TJ-RS - ACR: 70056635436 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 13/03/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/04/2014).

“APELAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. ART. 290 DO CPM. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. **EXISTÊNCIA DE INÚMERAS INCONSISTÊNCIAS DETECTADAS ENTRE O DESCRITO NOS LAUDOS PROVISÓRIO E DEFINITIVO. CADEIA DE CUSTÓDIA ROMPIDA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "IN DUBIO PRO REO"**.

A existência de inúmeras inconsistências detectadas entre o descrito nos Laudos Provisório e Definitivo trouxe aos autos dúvidas acerca da materialidade do delito, ensejando, assim, a constatação do rompimento da cadeia de custódia. A cadeia de custódia busca demonstrar, de forma inequívoca, o caminho percorrido pelas provas que compõem o processo, não sendo possível acompanhar o seu percurso, a prova não se encontra apta para o juízo de valoração. Em função da ausência de provas confiáveis deve prevalecer o Princípio do "in dubio pro reo". Apelo não provido. Decisão por unanimidade” (STM, Apelação 7000449-16.2018.7.00.0000, Rel. Alvaro Luiz Pinto, j. 05/10/2018).

“APELAÇÃO. MPM. POSSE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. FALHA NA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. IN DUBIO PRO REO. A falha na cadeia de custódia da prova, decorrente da discrepância entre a descrição do material recebido no Laudo Preliminar e no Laudo Definitivo, gera dúvidas acerca da materialidade do delito, impondo a absolvição do Réu, em observância ao princípio do in dubio pro reo. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime” (STM, Apelação 0000110-49.2014.7.12.0012, Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira, j. 04/04/17).

“EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. DPU. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. Embora desatendida as exigências formais, a ausência do Termo de Apreensão e das demais formalidades, por si só, não anula todo o procedimento, pois as circunstâncias que envolvem o ato não constituem elementos isolados de prova, havendo farto material probante que comprovam a materialidade delitiva, não sendo o caso de quebra da cadeia de custódia. Embargos Infringentes conhecidos e não acolhidos. Decisão por maioria”. (STM, Embargos Infringente e de Nulidade 7000251-42.2019.7.00.0000, Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira, j. 18/06/19).

Atenção: Nossos tribunais têm atenuado a necessidade de realização do exame de corpo de delito, bem como têm permitido a junta posterior ao oferecimento da denúncia e/ou pronúncia do laudo pericial

Julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. MEIO IDÔNEO PARA INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL.

NULIDADE. INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR, QUE CUMPRIU MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. POSSIBILIDADE DE SUPRIR COM OUTROS MEIOS DE PROVA, NOTADAMENTE CONFISSÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTO IDÔNEO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM.

I - É possível a utilização de denúncia anônima como fonte de investigação preliminar a cargo da autoridade policial. Precedentes.

II - A polícia militar pode empreender atos investigatórios, inclusive cumprimento de mandado de busca e apreensão, não havendo que se falar em nulidade ou ilicitude das provas obtidas mediante observância do ordenamento jurídico, não sendo possível dar interpretação restritiva ao art. 144 da CF, sob pena de inviabilizar em muitos casos a persecução penal. Precedentes.

III - **Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a não realização de exame de corpo de delito, por si só, não enseja nulidade, podendo ser suprido por outros meios de prova, como é o caso dos autos, bem como em face da ausência de prejuízo à defesa. Precedentes.** (...) Agravo regimental desprovido”. (STJ, AgRg no REsp 1672330 SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/06/2018)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE FEMINICÍDIO NA MODALIDADE TENTADA. NULIDADE. MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DO EXAME DO CORPO DE DELITO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO NO CASO CONCRETO. SUBSTITUIÇÃO POR PROVAS TESTEMUNHAIS E DOCUMENTAIS. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. **"O exame de corpo de delito não é imprescindível para a comprovação da materialidade delitiva, podendo sua ausência ser suprida por outros meios de prova"** (RHC n. 93.749/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe de 27/4/2018)

2. Na espécie, ficou efetivamente caracterizada situação fática que justificou a não realização do exame pericial no momento oportuno, tendo o Tribunal de origem, fundamentadamente, consignado que a materialidade do crime de feminicídio na modalidade tentada restou configurada pelas demais provas dos autos notadamente os depoimentos da vítima e das testemunhas, bem como por fotografia acostada aos autos, além da própria confissão extrajudicial do autor, o qual, na fase policial, reconheceu ter esfaqueado a vítima, embora, em juízo, tenha se limitado a dizer que realmente agredira a ofendida, mas que não se lembrava se tinha ou não desferido facadas nela.

3. Agravo regimental improvido” (AgRG no HC 610575-AL, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22/09/2020).

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CERTIDÃO DE ÓBITO. POSSIBILIDADE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. LAUDO DE CORPO DE DELITO. ADMISSÍVEL JUNTADA POSTERIOR À DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Em sede de sentença de pronúncia, a demonstração da materialidade delitiva se compraz com provas outras que não o exame de corpo de delito, como no caso, em que fundada em certidão de óbito da vítima devidamente acostada aos autos. 2. “É possível a juntada de exame de corpo de delito após a decisão de pronúncia para que seja analisado pelo juiz natural da causa, a saber, o Conselho de Sentença” (AgRg no AREsp 304.248/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017). 3. Recurso não provido”. (STJ, RHC 62955 PA, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08/08/2017.)

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. MATERIALIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ABUSO DE AUTORIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA QUE DETERMINOU A PERDA DO CARGO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não há que se falar em ausência de materialidade pela simples falta do exame de corpo de delito de que trata o art. 158 do Código de Processo Penal, quando houver laudo médico, embora não oficial, atestando que a vítima sofreu várias lesões. (...) 5. Agravo regimental desprovido”. (AgRg nos EDcl no REsp 1716834 MG, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 26/03/20190.

“PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. AUSÊNCIA DO CORPO DE DELITO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 167 DO CPP. PROVA INDIRETA (TESTEMUNHAL). PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO ILÍCITO IMPUTADO. MODUS OPERANDI. AGENTE REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a ausência de exame de corpo de delito não inviabiliza a pronúncia do réu, quando presentes outros elementos de prova, como é a hipótese dos autos. 2. No caso dos autos, a materialidade do crime foi efetivamente demonstrada diante da “farta prova testemunhal dando conta das lesões provocadas nas vítimas”, nos termos do art. 167 do CPP.(...) 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido”. (STJ, RHC 62807 AL, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 07/03/2017)

Perito oficial – nos termos do artigo 159, do CPP o exame pericial será realizado por um perito oficial, e na falta deste, nos termos do §1º, deste artigo, por dois peritos nomeados pelo juiz, que prestarão compromisso.

Súmula 631, do STF: não processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão”.

Esta Súmula se aplica tão somente aos peritos não oficiais.

Se o laudo é realizado por apenas um perito não oficial, pode ensejar nulidade relativa.

Julgado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PERITO FEDERAL CRIMINAL. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO NA ENTIDADE DE CLASSE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. LIBERDADE DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO [ART. 5º, INCISO XIII, DA CB/88]. PERITO OFICIAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 361/STF. 1. Inexistindo previsão legal quanto à obrigatoriedade do registro do perito no órgão de classe, não cabe a exigência desse registro para a investidura no cargo de perito da Polícia Federal, tampouco para o exercício da função de perito oficial. 2. A Súmula 361 não é aplicável aos peritos oficiais. Validade do laudo pericial assinado por um só perito. Precedente. 3. A participação, na diligência de busca e apreensão, de um dos três peritos oficiais não tem a virtude de anular a perícia. O laudo pericial assinado por outros dois peritos tem plena validade. Ordem denegada. " (HC 95595, EROS GRAU, STF.)

““E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME DE LATROCÍNIO - REITERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS REPELIDOS EM POSTULAÇÃO ANTERIOR - INADMISSIBILIDADE - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DOS EXAMES PERICIAIS SUBSCRITOS POR UM SÓ PERITO - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - PERITO OFICIAL - SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DA PROVA PENAL PARA JUSTIFICAR DECRETO CONDENATÓRIO - QUESTÃO QUE ENVOLVE REEXAME DE FATOS E PROVAS - IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO "HABEAS CORPUS" - PEDIDO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a inadmissibilidade de impetrações de "habeas corpus" que se limitam a reproduzir, sem qualquer inovação de fato ou de direito, os fundamentos repelidos em postulação anterior. A mera reiteração, em referido contexto, importa em não-conhecimento do novo pedido. - A exigência de subscrição do laudo pericial por dois peritos justifica-se, apenas, nos casos em que os "experts" são leigos. Revela-se válido, no entanto, o laudo técnico, quando elaborado por um só perito oficial.

Precedentes. - Não cabe discutir, na via sumaríssima do processo de "habeas corpus", a alegação de insuficiência do conjunto probatório cujo exame, por magistrado competente, e respeitada a garantia constitucional do contraditório, motivou a formulação, contra o réu, de decreto penal condenatório. Precedentes. Inviável, desse modo, a pretendida análise do álibi invocado pelo paciente como suporte de sua pretensão absolutória. " (HC 70191, CELSO DE MELLO, STF.)

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. JUNTADA POSTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. DILIGÊNCIA EM SEGUNDO GRAU. EXAME ACOSTADO. POSSIBILITADO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. LAUDO SUBSCRITO POR APENAS UM PERITO OFICIAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

3. Inexiste pecha em laudo pericial subscrito por apenas um perito oficial, nos termos do artigo 159 do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei n.º 11.690/08, entendimento esse adotado pelos Tribunais Superiores antes mesmo da citada alteração legislativa. 4. Habeas corpus não conhecido”. (STJ, HC 290.501 MG, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/05/2015).

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PAUTA PUBLICADA SEM OBSERVÂNCIA DE PRAZO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE HOUVE PRÉVIO REQUERIMENTO. 3. NULIDADE DO LAUDO PERICIAL. ÚNICO PERITO NÃO OFICIAL. PERÍCIA REALIZADA PELA UNICAMP E PELO IC. OBSERVÂNCIA AO ART. 159, § 1º, DO CPP. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 4. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º-B, DO CP. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA. DECISÃO DA CORTE ESPECIAL. AI NO HC 239.363/PR. APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO. VIGENTE À ÉPOCA A LEI N. 6.368/1976 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR A PENA DE 3 ANOS EM REGIME ABERTO. (...) 3. O Tribunal de origem assentou que a perícia foi realizada "pela Central Analítica do Instituto de Química da Universidade Estadual de Campinas, estando chancelado por três professores e pela gerente. Trata-se de pessoas idôneas e de notável habilitação técnica". Dessa forma, não há se falar em perito único não oficial, mas em "pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame", conforme disciplina o art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal.

Portanto, não há se falar em nulidade no ponto”. (STJ, HC 265.912 SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/11/2016)

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. NULIDADE DA PERÍCIA. LAUDO ASSINADO POR DOIS POLICIAIS SEM QUALIFICAÇÃO CONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 159 DO CPP. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES. I. Nos termos do art. 159 do Código de Processo Penal, não sendo possível a realização do exame por peritos oficiais, o laudo poderá ser realizado por duas pessoas idôneas, não havendo, na lei, nenhuma restrição a que sejam policiais. Exige-se, apenas, que estas sejam portadoras de diploma de curso superior, o que não foi observado no presente caso. II. Afastada a qualificadora de rompimento de obstáculos, cabível o princípio da insignificância ao caso (furto de R\$ 80,00 devolvidos à vítima), pois foram preenchidos todos os requisitos para tanto, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. III. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Agravo em REsp 180146 SC, 5ª Turma, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. Convocado do TJ/PE).

“CRIMINAL. HC. EXTORSÃO CIRCUNSTANCIADA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. ARTIGO 563 DO CPP. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE OFENSA. NULIDADE DA PERÍCIA NÃO ARGUIDA EM ALEGAÇÕES FINAIS. LAUDO ASSINADO POR APENAS UM PERITO. NULIDADE RELATIVA. NÃO SUSTENTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA. I. No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. II. Ausência de ofensa ao princípio do devido processo legal, tendo em vista a inércia da Defesa em arguir a nulidade da perícia realizada em sede de alegações finais. III. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a assinatura do laudo pericial por apenas um perito configura nulidade relativa, que deve ser sustentada no momento oportuno, ou seja, nas alegações finais, o que não ocorreu na hipótese dos autos. IV. Ordem denegada.” (STJ, RC 154.945 RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 28/09/2010).

a) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

Nos termos do que dispõe o artigo 261, caput do CPP nenhum acusado ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Por sua vez o artigo 5º, LV, da CF/88 preleciona que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O Estado deve propiciar aos acusados em geral assistência jurídica gratuita, por meio de profissional legalmente habilitado.

No processo penal a ampla defesa engloba tanto a auto defesa quanto a defesa técnica, sendo esta última indispensável ao processo penal justo.

Conforme ensinamentos de Rogério Lauria Tucci (2009, p. 148): “a concepção moderna do denominado *Rechtliches Gehör* (garantia da ampla defesa), reclama, indubitavelmente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (*contraditório*); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação da inculpabilidade*)”.

De sorte que os acusados devem possuir defensor técnico em todos os atos processuais, sendo “uma exigência legal insuprimível e constante” (Frederico Marques, 2000, p. 68).

Constituem garantias dos acusados, conforme dispõe o artigo 8.2. d, do Pacto São José da Costa Rica: “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”.

A ausência de defesa técnica gera nulidade absoluta do feito, devendo-se, entretanto, atentar para o fato de que a deficiência da defesa técnica constitui nulidade relativa, havendo a necessidade de prova do efetivo prejuízo para a parte.

Súmula 523, do STF – “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência apenas o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

Julgado:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DEFENSORA FALECIDA ANTES DA SESSÃO DE JULGAMENTO. ÚNICA PROCURADORA CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA DE DEFESA

TÉCNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". 2. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010). 3. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio *pas de nullité sans grief* impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo. 4. **No caso em exame, a sessão de julgamento foi realizada sem a presença da única advogada, falecida dois anos antes, de modo que evidenciado o prejuízo suportado pela parte que permaneceu sem defesa técnica em segundo grau.** 5. **Hipótese em que, não atingida a finalidade do ato e sendo evidente o prejuízo à ampla defesa, impõe-se a nulidade do acórdão proferido nos autos da Apelação Criminal n. 70054891288 e dos atos processuais a ele subsequentes, devendo-se, por conseguinte, refazer a sessão de julgamento, desta feita com a prévia intimação da defesa técnica.** 6. Ordem concedida para anular o acórdão proferido nos autos da Apelação Criminal n. 70054891288, bem como o trânsito em julgado da condenação, em relação ao paciente, a fim de que outro seja proferido com a devida intimação do seu advogado constituído para a sessão de julgamento do recurso defensivo. Em consequência, expeça-se alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não se encontrar preso". (STJ, HC 461624 RS, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18/10/2018)

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E LATROCÍNIO TENTADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REGULAR DA DEFESA TÉCNICA DA PAUTA DE JULGAMENTO E DO ACÓRDÃO. DECLÍNIO DO NÚMERO DA OAB DE OUTRO CAUSÍDICO. ERRO NA INTIMAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ANÁLISE PREJUDICADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e na cidadania,

consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". 2. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010). 3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). 4. Hipótese em que, embora tenha sido intimada da inclusão do feito em pauta e da publicação do acórdão, restaram configurados erro no ato, uma vez que declinado incorretamente o número da OAB de outra advogada. 5. Não atingida a finalidade do ato e existente evidente prejuízo à ampla defesa do réu, configura-se o vício cuja reparação implica a nulidade da intimação e de todos os atos processuais subsequentes a ela. 6. Prejudicada a análise do pleito referente à revogação da prisão preventiva. 7. Ordem concedida para anular o acórdão da Apelação Criminal n. 0000373-33.2013.8.26.0145 e os posteriores atos, determinando-se a intimação pessoal dos defensores para novo julgamento do recurso defensivo." (STJ, HC 418301 SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 21/08/2018).

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PATRONO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 392 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523 DO STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a intimação pessoal do acusado, nos termos do artigo 392, incisos I e II, do Código de Processo Penal, é necessária apenas em relação à sentença

condenatória proferida em primeira instância, nas decisões proferidas pelos Tribunais, a intimação do acusado deve ser feita através da publicação em órgão oficial de imprensa. 3. É firme o entendimento desta Corte de que apenas a ausência de defesa, com prejuízo demonstrado, é apta a macular a prestação jurisdicional, consoante preconiza o enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "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". 4. In casu, o impetrante não se desincumbiu de demonstrar em que consistiu a deficiência da defesa até então constituída, limitando-se a afirmar que o encarceramento do paciente ocorreu em razão do trânsito em julgado, erroneamente certificado, argumento já devidamente analisado e afastado. 5. Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 564697 RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18/08/2020).

Além do direito de presença do acusado nos atos processuais, ainda que por meio do sistema de videoconferência, com a devida motivação do juiz, há exigência legal da presença de defensor nas audiências. Assim, ainda que o advogado constituído deixe de comparecer ao ato, deve ser nomeado advogado para a realização da audiência sob pena de nulidade absoluta.

Plenário do júri – vigora o princípio da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, da CF/88, assegurando-se ao acusado atuação defensiva plena e efetiva).

Julgado:

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE APRESENTAÇÃO DO RÉU COM ROUPAS CIVIS EM PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO PROCESSO. NULIDADE ACOLHIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O Tribunal do Júri, juiz natural e soberano para julgar os crimes dolosos contra a vida, é instituição que desempenha papel fundamental na efetividade da justiça e no exercício da sociedade democrática, nos termos preceituados no art. 5º, XXVIII, da Constituição Federal. 2. O Conselho de Sentença, no uso de suas prerrogativas constitucionais, adota o sistema da íntima convicção, no tocante à valoração das provas, de forma que "a decisão do Tribunal do Júri, soberana, é regida pelo princípio da livre convicção, e não pelo art. 93, IX, da CF." (HC 82.023/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 17/11/2009, DJe 7/12/2009). 3. A Carta Magna prevê a plenitude de defesa como marca característica e essencial à própria instituição do Júri, garantindo ao acusado uma atuação defensiva plena e efetiva, ensinando o doutrinador Guilherme de Souza Nucci que "O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri,

quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos." (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35). 4. Havendo razoabilidade mínima no pleito da defesa, como se vislumbra do pedido pela apresentação do réu em Plenário com roupas civis, resta eivada de nulidade a decisão que genericamente o indefere. 5. A nulidade não exsurge do simples comparecimento do acusado na Sessão Plenária com as vestimentas usuais dos presos, sendo certo que diariamente julgamentos ocorrem nessa condição. 6. **Desponta-se constrangimento ilegal quando, pleiteada a substituição dos trajes, dentro de uma estratégia defensiva traçada, o Juízo, sem pormenores, indefere o pedido, havendo cerceamento da plenitude de defesa do réu nesse ponto, haja vista não lhe ser proibido buscar a melhor forma, dentre dos parâmetros da razoabilidade, de se apresentar ao júri.** 7. Recurso parcialmente provido para cassar a decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal de Poços de Caldas/MG, na ação penal n.º 0518.17.013273-3, de forma permitir ao réu, ora recorrente, usar roupas civis na Sessão do Tribunal do Júri". (RMS 60575 MG, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 13/08/2019).

a) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

No processo penal o Ministério Público exerce dupla função a de acusador e de fiscal da lei, sendo necessária a sua intervenção no processo. A ausência do MP na audiência quando intimado não constitui nulidade processual, posto que ninguém pode alegar nulidade a que deu causa.

O STJ vem entendendo que a ausência do MP na audiência constitui nulidade relativa.

Julgado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 212, P.Ú., DO CPP. AUSÊNCIA DO MP NA AUDIÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte sufragou entendimento de que "a ausência do Ministério Público na audiência de instrução constitui nulidade relativa que, para ser declarada, deve ser alegada em momento processual oportuno e demonstrado o efetivo prejuízo ao réu. Aplicação do princípio pas nullité sans grief." (REsp 174.290/RJ, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, DJ 03/10/2005).

2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRG no Agravo em RESp 885644 RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, j. 02/06/2016).

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO PELO JUIZ. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL AO ATO. ARGUIDO DESCUMPRIMENTO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ALEGADA NULIDADE RELATIVA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ARGUIÇÃO QUE SÓ INTERESSA À PARTE CONTRÁRIA. ORDEM DENEGADA. 1. **A inquirição das testemunhas de Acusação pelo Juiz, quando ausente o Ministério Público Estadual, constitui nulidade relativa.** Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não se procede à anulação do ato. 2. Além disso, conforme o disposto no art. 565 do mesmo Estatuto, falta legitimidade para a Defesa alegar esse vício, mormente em se considerando que ela estava presente na audiência de instrução para inquirir as testemunhas arroladas pelo Ministério Público. Com efeito, não há que se arguir nulidade relativa referente a formalidade cuja observância interesse exclusivamente à parte contrária. 3. Ordem denegada”. (STJ, HC 186.397, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/05/2011).

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

Nesta alínea estão previstas três possibilidades de nulidades processuais

No que se refere a **citação do acusado**, como regra, é nulo o processo no qual a citação não foi realizada, não bastando a mera intimação do advogado previamente constituído nos autos, ainda na fase do inquérito policial.

A citação constitui o chamamento do acusado ao processo, cientificando-o dos termos da acusação, formando-se a relação processual. A sua ausência constitui nulidade processual absoluta.

Julgado:

“PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO PESSOAL OU POR MEIO DE EDITAL. PROCESSO QUE SE DESENVOLVEU ENTRE O ADVOGADO CONTRATADO NA DATA DA PRISÃO EM FLAGRANTE, O JUIZ E O PROMOTOR. NÃO COMPARECIMENTO DO ACUSADO A NENHUM DOS ATOS DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA CIÊNCIA DA

DENÚNCIA. DECLARAÇÃO DA NULIDADE, DE OFÍCIO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PREJUÍZO À AUTODEFESA. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO PROVIDO. (...) 2. Em matéria de nulidade, aplica-se o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa, o que, em alguns casos, pode ser evidente, por raciocínio lógico do julgador. 3. Deve ser mantido o acórdão estadual que, de ofício, reconheceu a irregular constituição do processo, desenvolvido sem a presença do réu, pois a citação pessoal foi frustrada e, determinada sua realização por meio de edital, a diligência também deixou de ser cumprida. 4. **A citação é pressuposto de existência da relação processual e sua obrigatoriedade não pode ser relativizada somente porque o réu constituiu advogado particular quando foi preso em flagrante.** O fato de o Juiz ter determinado a juntada, nos autos da ação penal, de cópia da procuração outorgada ao advogado no processo apenso, relacionado ao pedido de liberdade provisória, bem como que o causídico apresentasse resposta à acusação, não supre a falta de citação e nem demonstra, sem o comparecimento espontâneo do réu a nenhum ato do processo, sua ciência inequívoca da denúncia e nem que renunciou à autodefesa. 5. O prejuízo para a ampla defesa foi registrado no acórdão estadual, não havendo falar em violação do art. 563 do CPP. **A ampla defesa desdobra-se na defesa técnica e na autodefesa, esta última suprimida do réu, pois não lhe foram oportunizadas diversas possibilidades, tais como a presença em juízo, o conhecimento dos argumentos e conclusões da parte contrária, a exteriorização de sua própria argumentação em interrogatório etc.** 6. **Recurso especial não provido**”. (STJ, RESp 1580435 GO, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz).

A citação por edital só deverá ser válida quando esgotados os demais meios de localização do acusado, por constituir modalidade de citação ficta.

Julgado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA CITAÇÃO POR EDITAL. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Impossibilitada a citação pessoal, torna-se viável a citação editalícia do réu. 2. **Para a tentativa de citação pessoal, antes da citação por edital, o que se exige é o exaurimento das providências razoáveis, possíveis e com perspectiva de êxito na localização do réu.** 3. Ausente demonstração de efetivo prejuízo ao exercício do direito de defesa do Paciente, não se decreta nulidade no processo penal, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*, corolário da natureza instrumental do processo. 4. Ordem denegada”. (STF, HC 120120/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18/12/2013).

Com relação ao interrogatório do acusado, este é o momento do exercício de sua autodefesa, devendo ser realizado como último ato da instrução. Quando da realização do interrogatório do acusado, este deve ser advertido do seu direito constitucional ao silêncio. Ademais possui o acusado direito de participar dos atos do processo e da audiência de interrogatório dos coacusados, podendo ainda seu defensor formular perguntas a todas as testemunhas arroladas e aos demais coacusados, que evidentemente, podem usar do direito ao silêncio.

Julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. DIREITO AO SILÊNCIO E À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ACUSADO OUVIDO NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA OMISSÃO NA ADVERTÊNCIA DE SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. EIVA INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. (...) 2. Nos termos dos artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e 186 do Código de Processo Penal, o acusado tem direito ao silêncio ou à não autoincriminação, sendo que por ocasião de seu interrogatório, seja ele extrajudicial ou realizado durante a instrução processual, pode se calar acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negar a autoria delitiva, sem que isso enseje apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados. (...) 5. **A jurisprudência deste Sodalício é firme no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo prejuízo**” (STJ, AgRG no HC 549109 PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/20/2019).

Observe-se, ainda, que além de constituir nulidade a realização do interrogatório do acusado sem a intimação de seu defensor, também constitui nulidade processual a ausência de intimação do acusado para constituir novo defensor, na hipótese de renúncia do antigo patrono. Súmula 708, do STF: “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”.

Prazos concedidos a acusação e a defesa – devem ser respeitados os prazos legais concedidos às partes para o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.

É inerente ao direito de ampla defesa e de contraditório a possibilidade a ciência dos atos e termos do processo e possibilidade de análise das provas com tempo razoável. Ademais devem ser respeitados os prazos legais para manifestação das partes, tais como o da resposta à acusação (peça acusatória), memoriais escritos (peça obrigatória), recursos etc.

As peças obrigatórias apresentadas fora do prazo deverão ser analisadas pelo magistrado, sob pena de nulidade processual. A ausência de defesa técnica enseja nulidade absoluta do feito (Súmula 523, do STF).

Julgados:

“RECURSO ESPECIAL. PORTE E DISPARO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. CISÃO DO CONTEÚDO DA PEÇA PARA DESCONSIDERAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS. NULIDADE DECLARADA PELO TRIBUNAL. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A teor dos precedentes desta Corte, inexistente nulidade na desconconsideração do rol de testemunhas quando apresentado fora da fase estabelecida no art. 396-A do CPP. Contudo, **se na própria resposta à acusação o advogado cuidou de indicar as pessoas que deveriam ser ouvidas durante a instrução criminal, é incorreto reconhecer a preclusão dessa faculdade processual.**

2. **A resposta à acusação é obrigatória e se defensor particular a apresentou de forma extemporânea, mas o Juiz aceitou a peça, não há como desconSIDERAR apenas o rol de testemunhas.**

3. **Está correta a declaração de nulidade pelo Tribunal de Justiça, pois o acusado teve cerceada a garantia constitucional de plenitude da defesa.** Ele suportou condenação sem a oportunidade de produzir prova oral em decorrência da atuação intempestiva de seu patrono, ausente a paridade de armas necessária ao processo penal.

4. Recurso especial do Ministério Público não provido”. (STJ, REsp 1828483/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 3/12/2019).

f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;

A **ausência da sentença de pronúncia** gera nulidade absoluta do feito, pois além de decidir quanto a viabilidade do processo poder ser julgado em plenário do júri, delimita a acusação que será submetida ao Júri Popular.

A sentença de pronúncia não deve ser lida e/ou utilizada no Plenário do Júri como argumento de autoridade, sob pena de nulidade processual (art. 478, I, do CPP).

O STJ firmou entendimento de que mera leitura da pronúncia em plenário não provoca nulidade, salvo se a referência foi efetuada como argumento de autoridade. (TESE n.º 8, ed. 1º 75 da Jurisprudência de Teses).

Julgado:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E IV, CP). JÚRI. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 478 DO CPP. MENÇÃO À DECISÃO DE PRONÚNCIA. ARGUMENTO DE AUTORIDADE. NÃO CONFIGURADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. **As normas processuais penais relativas ao procedimento adotado no Tribunal do Júri são bastante particulares e regradas. Em plenário, tais normas possuem grande relevância no desfecho do julgamento e visam assegurar a imparcialidade dos jurados, cidadãos leigos, que têm o dever, sob juramento, de examinar a causa e decidir segundo sua consciência e razão, sem nenhuma influência do tecnicismo da justiça togada.** 2. Na hipótese, as palavras utilizadas pelo Membro do Ministério Público – ‘a legítima defesa foi rechaçada no momento da análise da pronúncia’ – não demonstram evidente argumento de autoridade. Isso porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a simples menção ou mesmo a leitura da sentença de pronúncia não implica, obrigatoriamente, a nulidade do julgamento, até mesmo pelo fato de os jurados possuírem amplo acesso aos autos. 3. **Somente fica configurada a ofensa ao art. 478, I, do Código de Processo Penal se as referências forem feitas como argumento de autoridade que beneficie ou prejudique o acusado, circunstância afastada pelo Tribunal de origem, não demonstrada nos autos e, cuja análise transbordaria os limites do recurso especial, exigindo reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.** 4. Recurso especial não provido”. (STJ, REsp 1757942 GO, 6ª Turma, Rel. Min. Jorge Schietti Cruz, j. 28/03/2019).

Questão tortuosa com relação a sentença de pronúncia é o excesso de linguagem, no qual o juiz se utiliza de expressões que se confundem com a análise do mérito, sendo certo que o juiz de mérito da causa no tribunal de júri é o corpo de jurados e o excesso de linguagem pode prejudicar o acusado, constituindo, portanto, nulidade.

Julgado:

“RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS – EXCESSO DE LINGUAGEM NA PRONÚNCIA – ENVELOPAMENTO – INSUFICIÊNCIA. Reconhecido o excesso de linguagem da pronúncia, causa de nulidade absoluta, cumpre anulá-la, determinando-se que outra seja prolatada, não sendo suficiente o desentranhamento e o envelopamento da decisão, em

atenção ao parágrafo único do artigo 472 do Código de Processo Penal e à vedação aos pronunciamentos ocultos” (RHC 127522, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/08/2015).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE LINGUAGEM NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DOZE ANOS APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA E DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (STF, HC 167597 AgRG, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29/03/2019).

Atenção: após a reforma do processo penal de 2008 que veda a remissa à decisão de pronúncia, o STF já se posicionou no sentido de não haver mais que se falar em nulidade pelo excesso de linguagem.

Julgado:

“Processual Penal. Agravo regimental em habeas corpus. Homicídio qualificado. Pronúncia. Excesso de linguagem. Inocorrência. 1. A jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não admite o uso do habeas corpus em substituição ao recurso ordinário previsto na Constituição Federal (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio).(...). 3. **A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ‘a arguição de nulidade por excesso de linguagem restou indiferente com o advento da lei nº 11.689/08, que deu nova redação ao art. 478, inciso I, do CPP, no que vedou a remissão à decisão de pronúncia ou a que a confirme...’** (120.178, Rel. Min. Luiz Fux). Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, HC 123397 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 23/04/2015).

Após a reforma do CPP de 2008 não existem mais as figuras do libelo e contra libelo.

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

A falta da regular intimação do Acusado para o julgamento pelo Tribunal do Júri acarreta nulidade absoluta do feito por ferir o direito à autodefesa, embora o julgamento possa ocorrer sem a presença do acusado (art. 457, do CPP).

Assim se o acusado solto não é intimado para comparecimento em plenário ou se preso não é levado ao julgamento o ato deve ser adiado sob pena de nulidade.

Obviamente que o comparecimento espontâneo do acusado solto no ato do julgamento sana o vício processual (art. 570, do CPP).

Admite-se, ainda, a intimação por edital de acusado solto que se encontre em local incerto e não sabido, desde que respeitadas as formalidades do edital.

Julgado:

“REVISÃO CRIMINAL. RÉU PRESO. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO PARA COMPARECIMENTO À SESSÃO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. INTIMAÇÃO POR EDITAL. NÃO COMPARECIMENTO AO REFERIDO ATO PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA VERIFICADO. NULIDADE DECLARADA. Segundo entendimento do STF “O acusado tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório.”. Encontrando-se o réu preso, e não foragido, à época da audiência, tinha o direito de ter sua presença requisitada pelo magistrado, para que pudesse comparecer e assistir ao referido ato processual e nele exercer, dentre outros, seu direito de autodefesa, através do interrogatório”. (TJMG, RVCR 10000170236525000 Mg, 2º grupo de câmaras, Rel. Fernando Caldeira Brant. J. 03/10/2017).

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DENÚNCIA. CITAÇÃO PESSOAL. PRONÚNCIA. INTIMADO PESSOALMENTE. LIBELO. NÃO LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO E NÃO CUMPRIDO. REVELIA DECRETADA. FEITO AO ARQUIVO. NOVO PATRONO CONSTITUÍDO. PEDIDO DE DESARQUIVAMENTO DEFERIDO. LEI N.º 11.689/2008. APLICABILIDADE IMEDIATA. SESSÃO DE JÚRI REDESIGNADA. INTIMAÇÃO DO RÉU POR EDITAL. PUBLICAÇÃO SEM A DATA DA ASSENTADA. PECHA. OCORRÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO. (...) 6. Mostrando-se prescindível o comparecimento do réu perante os jurados, mas não se figurando despicienda a intimação para a assentada, verifica-se que, no caso em apreço, não se concretizando a intimação por edital do réu, com o dia e horário da sessão, que culminou com a sua condenação, de rigor o reconhecimento de pecha no procedimento da instância de primeiro grau. 7. Recurso provido a fim de se anular a sessão de julgamento realizada no dia 23.6.2010 pela Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Guarulhos/SP, nos autos do Processo n.º 224.01.1993.026135-0/000000-001, Controle n.º 13-A/93, devendo o recorrente ser submetido a novel julgamento pelo Conselho de Sentença, agora com a sua prévia intimação da assentada. (STJ, RHC 47108 SP, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/12/2014.

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. EQUÍVOCO NO ENDEREÇAMENTO DO MANDADO DE INTIMAÇÃO. SESSÃO DE JULGAMENTO REALIZADA COM A PRESENÇA DA DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL SUSCITADA NO RECURSO DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. 1. É viável a intimação do acusado solto por edital, quando frustradas as tentativas de sua intimação pessoal, e, mesmo na sua ausência, a realização da sessão do júri (parágrafo único do art. 420 e art. 457 do Código de Processo Penal). 2. No caso, a apontada irregularidade na intimação pessoal não foi arguida na primeira oportunidade de falar nos autos ou, conforme expressamente determinado no art. 571, V, do Código de Processo Penal, logo após anunciado o julgamento e apregoadas as partes. A arguição a destempo de nulidades processuais induz à preclusão da matéria. Precedentes. 3. Ademais, as inúmeras tentativas frustradas na localização da recorrente condizem com seu desinteresse em acompanhar, pessoalmente, o processamento dos autos, no qual foi assegurado o exercício da ampla defesa e do contraditório. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento” (STF, RHC 132273, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27/09/2016).

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

Como afirmado acima não existem mais as figuras do libelo e contrariedade ao libelo, entretanto as partes podem arrolar até 5 testemunhas para serem ouvidas em plenário do júri, nos termos do que autoriza o artigo 422, do CPP, devendo indicar o endereço no qual poderão ser encontradas.

Por prudência, a defesa deve arrolar as testemunhas em caráter de imprescindibilidade, requerendo ainda que estas sejam intimadas (art. 461, do CPP).

Caso as testemunhas arroladas em caráter de imprescindibilidade não sejam devidamente intimadas o julgamento em plenário poderá ser adiado, sob pena de nulidade processual, por cerceamento de defesa.

Se o defensor tomou conhecimento do mandado negativo, deverá tomar as providências cabíveis de modo a possibilitar a devida intimação da testemunha. Eg. Indicar novo endereço da testemunha etc.

Atenção: embora as testemunhas que residam fora da comarca devam ser intimadas quando requerido pela parte, não haverá adiamento da sessão de julgamento pelo não comparecimento destas, afinal, estas não estão obrigadas a comparecer em comarca diversa da qual residem.

Julgado:

“PENAL. PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO JULGAMENTO. TESTEMUNHA. CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA. IRRELEVÂNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. VERIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", DO CP. COMPENSAÇÃO.

1. No caso dos autos, conforme verificado do acórdão recorrido, foi realizada tentativa de intimação da testemunha indicada pela defesa, restando infrutífera diante de sua não localização no endereço fornecido pela própria defesa, tendo em vista mudança da cidade. Cumpre asseverar que compete à parte fornecer ao Juízo dados suficientes à localização da testemunha arrolada, não sendo o magistrado obrigado a diligenciar para a execução de ato atribuível à defesa (HC n. 158.902/SC, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe 19/9/2011). Assim, quando os dados fornecidos pela parte forem insuficientes para a efetiva localização da testemunha por ela indicada para ser ouvida em juízo, não há que se falar em nulidade no processo.

2. Ademais, a defesa não demonstrou a relevância do depoimento da referida testemunha para o esclarecimento dos fatos em apuração, uma vez que ficou consignado pela Corte de origem que tal testemunha já foi ouvida nos autos, podendo seus relatos serem apresentados aos jurados a qualquer tempo; que não se trata de testemunha presencial dos fatos, limitando-se, em geral, a atestar a boa conduta do réu e que o único fato relevante trazido pela testemunha (presença do acusado na coletoria) foi reconhecido como fato incontroverso pela acusação, não comprovando sua imprescindibilidade, visto que não comprovado em que termos o seu depoimento poderia modificar as premissas fáticas constantes dos autos.

3. Em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio *pas de nullité sans grife*, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado pelo Supremo Tribunal Federal o enunciado sumular n. 523. Nessa linha, a demonstração do prejuízo sofrido pela defesa é reconhecida pela jurisprudência atual como imprescindível tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta. No presente caso, apesar de o recorrente alegar a ocorrência de nulidade, não demonstrou de que forma a não oitiva da referida testemunha teria causado a ele prejuízo, uma vez que a Corte local consignou que a referida testemunha, ouvida nos autos em momento anterior, apenas atestou a boa conduta do réu e que o único fato relevante trazido (presença do acusado na coletoria) foi reconhecido como fato incontroverso pela acusação. Assim, não há que se falar em nulidade, em razão da ausência de prejuízo.

4. Ademais, concluir que a defesa informou o telefone e os endereços residencial e comercial da testemunha, não tendo sido esta encontrada por ausência de empenho do Juízo, bem como que a referida testemunha arrolada com cláusula da imprescindibilidade, ao contrário do afirmado pela Corte de origem, não fora ouvida em nenhum momento processual, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de

recurso especial, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ. (STJ, AgRg no Agravo em REsp 1168233 ES, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j.06/11/2018).

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. (...) 3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO. TESTEMUNHA DE DEFESA. AUSÊNCIA EM PLENÁRIO. MANDADO DE INTIMAÇÃO EXPEDIDO PARA ENDEREÇO DIVERSO DO INDICADO NOS AUTOS. CERCEAMENTO CARACTERIZADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. **Da leitura do artigo 461 do Código de Processo Penal, depreende-se que a sessão de julgamento do Tribunal do Júri só pode ser adiada caso a testemunha faltante tenha sido intimada com a cláusula de imprescindibilidade.** 2. No caso dos autos, entretanto, o mandado de intimação da testemunha foi expedido para endereço diverso do indicado pela defesa, motivo pelo qual o oficial de justiça não a encontrou e, conseqüentemente, ela não compareceu ao Tribunal do Júri, o que fez com que o causídico responsável pela defesa do paciente requeresse o adiamento da sessão de julgamento, o que foi indeferido pelo Juiz Presidente. 3. **Ainda que a testemunha não tenha sido indicada como imprescindível, não se pode admitir que a defesa seja prejudicada por um equívoco do Estado, que expediu mandado de intimação para endereço distinto daquele indicado pelos advogados do acusado, obrando em evidente cerceamento de defesa.** 4. Tendo o paciente respondido o processo em liberdade, imperiosa a expedição de alvará de soltura em seu favor. 5. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para anular o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, determinando-se que outro seja realizado com a prévia intimação da testemunha indicada pela defesa no endereço fornecido, expedindo-se alvará de soltura em favor do acusado.**

i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;

Trata-se do quórum imprescindível para a abertura dos trabalhos, visando assegurar a imparcialidade dos jurados.

Este quórum é necessário diante da possibilidade de arguições pelas partes de suspeição e/ou impedimento de jurados, bem como das recusas injustificáveis que podem ser efetuadas.

Questão relevante é a que se refere ao empréstimo de jurados, que não deveria ser admitida em nosso ordenamento jurídico, por prejudicar a defesa, gerando nulidade processual.

Em que pese esse entendimento, nossos Tribunais têm admitido o empréstimo de Jurados.

Julgado:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONSELHO DE SENTENÇA. FORMAÇÃO POR EMPRÉSTIMO DE JURADOS DE OUTRO PLENÁRIO. ADMISSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...)

2. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a convocação de jurado de um dos plenários do Tribunal do Júri da Capital de São Paulo para complementar o número regulamentar mínimo de quinze jurados do conselho de sentença de outro plenário não caracteriza nulidade por violação da regra do art. 442 do CPP (redação anterior à da Lei n. 11.689, de 6/6/2008). Precedentes.

3. Possível irregularidade na formação do conselho de sentença poderia caracterizar nulidade relativa, cuja arguição deve se dar logo após a ocorrência (art. 571, VIII, e 572, II, do CPP), isto é, na abertura da sessão plenária de julgamento, o que não ocorreu no caso. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido”. (STJ, HC 227169 SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 03/02/2015).

Em 2006, antes da reforma processual penal, o STF havia declarado a nulidade do julgamento efetuado com empréstimo de jurados.

Julgado:

“STF - HC - Competência originária. Não pode o STF conhecer originalmente de questão suscitada pelo impetrante - progressão de regime prisional - que não foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual, em consequência, não se pode atribuir a alegada coação. II. Júri: **nulidade do julgamento pela utilização de jurados convocados para compor outro Plenário: demonstração de prejuízo: prova impossível.**

1. Dada a **relevância para as partes do conhecimento prévio dos jurados convocados para a sessão do Júri** e que, assim, poderão compor o Conselho de Sentença, é de observância imprescindível o art. 442 C.Pr.Penal, segundo a qual a instalação da sessão depende do comparecimento de pelo menos 15 jurados, quorum que, se não atingido, implica nova convocação para o dia útil imediato.

2. Daí que, **não alcançando o quorum legal entre os convocados para determinado julgamento, é inadmissível, para atingi-lo a**

chamada de jurados incluídos na lista convocada para outros julgamentos previstos para a mesma data em diferentes "plenários" do mesmo Tribunal do Júri.

3. É de prova impossível a efetiva influência do jurado ilegalmente convocado no resultado do julgamento, dado que o Conselho de Sentença, do qual participou, afastou, por 4 votos a 3, a atenuante proposta.

4. Anulação do julgamento a fim de que outro se realize; manutenção, contudo, da prisão do paciente, dado que não se contesta a validade do título antecedente da prisão, restabelecido em decorrência da nulidade da condenação. (...)

A Turma deferiu o pedido de habeas corpus para anular o julgamento, a fim de que outro se realize e, de ofício, concedeu a ordem para afastar o óbice do regime fechado imposto, cabendo ao Juízo das Execuções, como entender de direito, analisar a eventual presença dos demais requisitos da progressão, nos termos do voto do Relator.”. (STF, HC 88801, 1ª. Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.06.2006”.

j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;

A ausência de sorteio dos jurados constitui nulidade absoluta do feito, não se podendo escolher quem comporá o conselho de sentença, sendo certo que o conselho de sentença deve ser escolhido de forma aleatória, assegurando-se a imparcialidade dos jurados.

Eventuais vícios no sorteio de jurados devem ser arguidos antes do julgamento pelo Júri, sob pena de preclusão.

Julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. SORTEIO DOS JURADOS. PUBLICIDADE DA LISTA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADES NÃO RECONHECIDAS. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Lei Processual Penal em vigor adota, nas nulidades processuais, o princípio da pas de nullité sans grief, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte.

2. Não há falar em nulidade decorrente do sorteio dos jurados e da publicidade da lista do Tribunal do Júri, considerando-se que o sorteio dos jurados foi acompanhado pelas instituições competentes e que a defesa teve condições de examinar impedimento e suspeição dos jurados, inexistindo, portanto, demonstração do prejuízo advindo das alegações. 3. Agravo

regimental improvido. (STJ, AgRg no HC 542734 MG, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 05/03/2020).

“PROCESSO PENAL - JÚRI - SORTEIO DE JURADOS - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - MATÉRIA PRECLUSA. - Conforme sólida orientação do Pretório Excelso e desta Corte, **eventuais alegações sobre erro no sorteio de jurados devem ser argüidas antes do julgamento pelo Júri, sob pena de preclusão.** - Recurso desprovido”. (STJ, RHC 10832 SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 06/09/2001).

“HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. TRIBUNAL DO JÚRI. PAI E SUPOSTO PRIMO DA VÍTIMA TERIAM FEITO PARTE DO CORPO DE JURADOS. OS REFERIDOS JURADOS NÃO FIZERAM PARTE DO CONSELHO DE SENTENÇA, TENDO SIDO AFASTADOS ANTES DO SORTEIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE”. (STJ, HC 38095 RJ, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 07/10/2004).

Com relação a **quebra de incomunicabilidade dos jurados**, esta constitui nulidade absoluta do processo, por violação ao disposto no artigo 5º, XVIII, “b”, da CF/88 e ao disposto no artigo 466, §1º, do CPP. Visa-se impedir a indevida interferência de um jurado no outro.

Esta regra da incomunicabilidade entre os jurados, imposta pelo sigilo das votações, visa impedir que qualquer um deles influencie os demais, no que se refere a questões de fato e de direito do julgamento. (PACELLI, 2017, p. 328).

Conforme preleciona NUCCI (2016, p. 886) o jurado não pode conversar com outro sobre fato envolvendo o processo, sendo este, aliás, o motivo da proibição de atuação do jurado no Conselho de Sentença caso já tenha funcionado em julgamento anterior.

A lei visa assegurar

Julgado:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL). QUEBRA DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS. MEMBRO DO JÚRI QUE TERIA MANIFESTADO SUA OPINIÃO SOBRE O MÉRITO DA CAUSA AO FORMULAR QUESTIONAMENTO. CONVICÇÃO EXTERNADA. NULIDADE CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O § 1º do artigo 466 do Código de Processo Penal veda que os membros do Conselho de Sentença comuniquem-se entre si,

evitando-se, com tal medida, que emitam sua opinião sobre o mérito da causa, influenciando uns aos outros.

2. Por sua vez, o § 1º do artigo 480 da Lei Processual Penal prevê que ‘concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos’.

3. Assim, a solicitação de esclarecimentos pelos membros do Tribunal do Júri é perfeitamente viável, cabendo ao Juiz Presidente controlar o conteúdo das expressões empregadas pelos jurados, evitando que manifestem, por meio de suas dúvidas, opinião quanto ao mérito da causa.

4. No caso dos autos, um dos jurados elaborou pergunta que, da forma como externada, demonstrou aos demais membros do Conselho de Sentença qual era a sua convicção a respeito do crime em análise.

5. Tendo a defesa se insurgido tempestivamente sobre o referido questionamento, faz-se necessária a anulação do julgamento, restando evidente o prejuízo suportado pelo paciente, que foi condenado por membros do júri que decidiram sob a influência da opinião de um deles, enunciada indevidamente ao tentar sanar uma dúvida.

6. Ordem concedida para anular a sessão de julgamento em apreço, determinando-se que o paciente seja submetido a novo júri”. (STJ, HC 163197 MS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/10/2011).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. MÉRITO. CONSULTA AOS JURADOS ACERCA DA INCLUSÃO DE QUESITO PLEITEADO PELO RÉU; DEFERIDA, AO FIM E AO CABO, PELO JUÍZO PROCESSANTE. IMPOSSIBILIDADE DE SE DECLARAR NULIDADE POR ABSOLUTA FALTA DE PREJUÍZO (ART. 563 DO CPP). QUEBRA DE INCOMUNICABILIDADE INEXISTENTE. DISPOSITIVO LEGAL (ART. 466, § 1º, DO CPP) QUE TEM POR ESCOPO EVITAR A MANIFESTAÇÃO DE JURADO CAPAZ DE INTERFERIR NA CONVICÇÃO DO OUTRO SOBRE O MÉRITO. PRECEDENTES DO STJ. CONSULTA QUE OSTENTA CUNHO NITIDAMENTE PROCEDIMENTAL. DECISÃO MANTIDA. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRG no Agravo em REsp 965078 RS, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 27/09/2016).

"Habeas corpus. Alegação de quebra de incomunicabilidade dos jurados em face de depoimento de testemunhas tomado em justificação judicial. - Não é cabível o "habeas corpus" para apreciar a alegação de quebra de incomunicabilidade dos jurados que requer, para ser provada inequivocamente, instrução processual adequada, com procedimento contraditório, para o necessário cotejo de provas. "Habeas corpus" indeferido. (STF, HC 80401, 1º Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 24/10/2000)

“A Constituição Federal de 1988 além de preservar a instituição do júri, garantiu a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania

dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (artigo 5.º, inciso XXXVIII).

E o sigilo das votações se instrumentaliza quando, no momento do julgamento, os jurados são colocados na ‘sala secreta’ para votação dos quesitos, nos quais se exterioriza sua convicção íntima, ou seja, o desejo de condenar ou absolver o acusado. Para preservar o sigilo das votações e a convicção íntima de cada um dos jurados, prevê a lei processual penal que os jurados deverão permanecer incomunicáveis durante todo o julgamento, bem como deverão se abster de qualquer manifestação ou opinião sobre o processo, até que o juiz-presidente declare cessada a incomunicabilidade entre os jurados (artigo 458, § 1.º, do CPP).” (TJPR, AC 0414299-4, 1ª Câmara, Rel. Oto Luiz Sponhololz, j. 03/12/07).

k) os quesitos e as respectivas respostas;

Nos termos do artigo 564, parágrafo único do CPP ocorrerá nulidade por deficiência dos quesitos ou das suas respostas e contradição entre elas.

A supressão do questionário aos jurados constituirá nulidade absoluta do feito, comprometendo o julgamento.

Ademais as perguntas devem ser efetuadas de forma clara, simples e com proposições afirmativas (artigo 482, parágrafo único do CPP), não se admitindo quesito negativo. Deve-se também respeitar a ordem de quesitação: 1º materialidade delitiva/ 2º autoria; 3º absolvição genérica; 4º causas de diminuição; 5º qualificadoras e causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia, nos termos do artigo 483, do CPP.

Observe-se que havendo contradição entre as respostas de quesitos deverá ocorrer nova votação dos quesitos (artigo 490, caput, do CPP). Se isto não ocorrer haverá nulidade absoluta do feito (GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE, p.261)

A falta de formulação de quesito obrigatório gera nulidade absoluta do feito nos termos da Súmula 156, do STF: “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”.

Note-se que, se a defesa sustentar como tese principal a absolvição e como tese subsidiária a desclassificação para homicídio culposo, a formulação do quesito pertinente à absolvição deve preceder a indagação quanto a tese subsidiária.

Conforme BADARÓ (2009, p. 207): “**para acolherem a tese subsidiária, acabariam por afastar a competência do Conselho de Sentença para apreciar a**

tese principal. Ora, a tese subsidiária acabaria prejudicando a tese principal, quando logicamente deve ocorrer o oposto. Neste caso, portanto, o critério a ser seguido para a ordem dos quesitos deverá ser o da amplitude de tese defensiva e, por questão lógica de plenitude de defesa, a tese principal e mais benéfica ao acusado (por exemplo, legítima defesa) deve ser formulada antes da tese subsidiária e, portanto, menos ampla (por exemplo, desistência voluntária). Em suma, a ordem deverá ser: materialidade, autoria, absolvição e, se for o caso, tentativa

A jurisprudência tem entendido que, ressalvados os casos de nulidade absoluta, as nulidades quanto a quesitação devem ser arguidas durante a realização do ato, sob pena de preclusão.

Julgado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS DADAS PELOS JURADOS AOS QUESITOS FORMULADOS. NULIDADE ABSOLUTA. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A **jurisprudência** deste Superior Tribunal de Justiça **consolidou-se no sentido de que a ocorrência de nulidade absoluta, por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri, não se sujeita ao instituto da preclusão** — como decidido pelas instâncias ordinárias —, o que atrai no presente caso o óbice da Súmula 83/STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no Agravo em REsp 525.677 PR, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 27/06/2017”.

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TESES ABSOLUTÓRIA E DESCLASSIFICATÓRIA. ORDEM DOS QUESITOS. PRIMAZIA DA TESE PRINCIPAL. PLENITUDE DA DEFESA.

1. Estando a defesa assentada em tese principal absolutória (legítima defesa) e tese subsidiária desclassificatória (ausência de animus necandi), e havendo a norma processual permitido a formulação do quesito sobre a desclassificação antes ou depois do quesito genérico da absolvição, a tese principal deve ser questionada antes da tese subsidiária, pena de causar enorme prejuízo para a defesa e evidente violação ao princípio da amplitude da defesa.

2. Recurso provido. (...)

A particularidade da questão posta em deslinde decorre do fato de existirem dois princípios jurídicos a serem ponderados, ambos garantidos no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal: a

plenitude da defesa e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

É certo, por força da competência constitucional do Tribunal do Júri, que o Conselho de Sentença só pode proferir decisão absolutória se previamente reconhecer a existência de crime doloso contra a vida ou conexo. Assim, conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci invocado no acórdão recorrido, as teses referentes à desclassificação do delito devem ter prioridade em relação às teses que dizem respeito ao crime doloso contra a vida, de modo que a desclassificação, em regra, deve ser questionada antes do quesito genérico relativo à absolvição, justamente porque visa firmar a competência do Tribunal do Júri para decidir o delito doloso contra a vida.

Não é menos certo, por outro lado, que o princípio constitucional da ampla defesa do Tribunal do Júri tem uma nuance que amplifica o seu significado. A defesa além de **ampla** deve ser **plena** e pode ser exercida mediante defesa técnica e também autodefesa, de modo a cercar o acusado de maiores garantias diante de um tribunal popular leigo que pode se amparar inclusive em convicção íntima, julgando sem a obrigação da fundamentação das decisões impostas ao magistrado togado. (...)

Com efeito a tese principal deve preceder, em todos os aspectos, as eventuais teses subsidiárias sustentadas na defesa técnica ou na autodefesa em obséquio ao princípio da Plenitude da Defesa no Tribunal do Júri.

Destarte, estando a defesa assentada em tese principal absolutória (legítima defesa) e tese subsidiária desclassificatória (*ausência de animus necandi*), como no presente caso, e havendo a norma processual em análise permitindo a formulação do quesito sobre a desclassificação antes ou depois do quesito genérico da absolvição, tem que a tese principal deve ser questionada antes da tese subsidiária, pena de causar enorme prejuízo para a defesa e evidente violação ao princípio da ampla defesa”.(STJ, 6ª Turma, REsp 1509504 SP, j. 27/10/2015).

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS DOS JURADOS AOS QUESITOS IDÊNTICOS FORMULADOS, EM SÉRIE DISTINTAS, PELA DEFESA, RELATIVOS À SEMI-IMPUTABILIDADE DO RÉU. DECISÃO POPULAR ANTAGÔNICA. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. Apresentada a quesitação em duas séries distintas - a primeira para o crime de homicídio qualificado tentado e, a segunda, para o delito de homicídio qualificado consumado -, a resposta popular ao quesito comum, relativo à semi-imputabilidade do réu, foi inicialmente negativa e, posteriormente, afirmativa. 2. A teor do disposto no art. 489, do Código de Processo Penal, o magistrado deveria ter submetido novamente à votação popular os quesitos cujas respostas foram antagônicas e explicado aos jurados os motivos da contradição. 3. A afirmação de respostas inconciliáveis pelos jurados, quanto aos quesitos, configura defeito essencial, o qual, indubitavelmente, constitui-se em nulidade absoluta. Precedentes do STF e do STJ. 4. Ordem concedida para, cassando a sentença condenatória e o acórdão confirmatório proferido pelo Tribunal a quo, determinar que

o paciente seja submetido novamente à votação dos quesitos a que se referem as repostas antagônicas pelo Júri popular. Determinada, por fim, a expedição de contra-mandado de prisão em favor do acusado”. (STJ, HC 42408 MT, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28/06/2005).

“RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. JÚRI. ROUBOS COM VÍTIMAS DIVERSAS. QUESITAÇÃO. SÉRIE ÚNICA. NULIDADE. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTO DA SENTENÇA DESLOCADO PARA VETORIAL DIVERSA. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. MAJORANTES. CRIME ANTERIOR À LEI 13.654/18. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 443/STJ. CONCURSO FORMAL. NÚMERO DE DELITOS. TRÊS ROUBOS. FRAÇÃO DE 1/5. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)”

3. Há preclusão pela ausência de oposição da defesa quanto à formulação dos quesitos, em série única, relativos aos delitos de roubo, praticados em concurso formal.

4. ‘A alegação de nulidade por vício na quesitação deverá ocorrer no momento oportuno, isto é, após a leitura dos quesitos e a explicação dos critérios pelo Juiz-presidente, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571 do CPP’ (HC 217.865/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 24/05/2016)”. (RESp 1860184 RS, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 25/08/2020)

“Habeas corpus. Homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, CP). Júri. Questionário. Descriminante putativa da legítima defesa por erro de tipo inevitável. Reconhecimento pelos jurados. Ausência de quesitação de possível excesso. Pretendida nulidade do julgamento. Descabimento. Ausência de impugnação oportuna na respectiva sessão. Preclusão (art. 571, VIII, CPP). Precedentes. Hipótese de erro essencial incidente sobre tipo permissivo. Exclusão de dolo e culpa (art. 20, CP). Impossibilidade de quesitação de excesso. Ordem concedida.

1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “qualquer oposição a quesitos formulados deve ser arguida, imediatamente, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 571, VIII, do CPP, sob pena de preclusão”. Precedentes.

2. Ausente tempestivo protesto contra a quesitação na sessão de julgamento, operou-se a preclusão da faculdade de o Ministério Público Federal impugná-la por via de apelação ou recurso especial.

3. Não bastasse isso, os jurados, após reconhecerem a descriminante putativa da legítima defesa, concluíram que o paciente incidiu em erro de tipo permissivo inevitável.

4. Logo, tratando-se de erro essencial inevitável – vale dizer, invencível, desculpável ou escusável -, que exclui o dolo e a culpa (art. 20, CP), não há que se falar em quesitação de eventual excesso, dada sua incompatibilidade com a conclusão dos jurados.

5. Ordem concedida para cassar o acórdão recorrido e tornar sem efeito a determinação de submissão do paciente a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, mantendo-se sua absolvição”. (STF, HC 127428, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 01/12/2016).

l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;

Como é cediço a acusação e a defesa são imprescindíveis para a validade da sessão de realização da sessão de julgamento, constituindo sua ausência nulidade absoluta do feito.

O processo penal moderno tem que ser dinâmico, com atuação proativa das partes e com efetiva participação nos atos do processo e no julgamento, de modo a se propiciar no Júri a plenitude de defesa e o efetivo exercício do contraditório judicial

O processo penal, no Estado Democrático de Direito, conforme preleciona SCARANJE FERNANDES (2005, p. 40/43), exige que se “assegure eficiência com garantismo”, ou seja, “o direito a um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo penal”.

Observe-se que mesmo com a presença física do defensor, na hipótese de o acusado restar indefeso, deverá o magistrado, nos termos do artigo 497, V, do CPP, nomear defensor ao acusado, dissolvendo o conselho de sentença, designando nova data para o julgamento.

A deficiência de defesa não se confunde com ausência de defesa técnica.

O STJ tem exigido a demonstração da ausência ou deficiência da defesa técnica em plenário do júri para decretação da nulidade do feito.

Julgado:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA N. 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. É firme o entendimento jurisprudencial de que apenas a ausência de defesa, ou situação equivalente, com prejuízo demonstrado, é apta a macular a prestação jurisdicional, na forma do que preconiza o enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “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.”

2. Na hipótese vertente, o recurso de apelação defensivo, interposto pela alínea “c” do inciso III do art. 593 do CPP, não foi conhecido pela Corte de origem em razão da ofensa ao princípio da dialeticidade. No entanto, infere-se do capítulo da sentença referente à dosimetria que, mesmo se o recurso defensivo fosse conhecido, no particular, pela Corte de origem, ainda assim não haveria que se falar em prejuízo, visto que a fundamentação da sentença, no tocante à

fixação da pena-base, deu-se de forma idônea, razão pela qual a defesa do ora agravante não foi malograda a ponto de autorizar a nulificação do feito.

3. **‘Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelos advogados contratados pelo recorrente, pois atuaram de acordo com a autonomia que lhes foi conferida por ocasião da habilitação ao exercício da advocacia, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei 8.906/1994.** Diante de um insucesso, para o crítico sempre haverá algo a mais que o causídico poderia ter feito ou alegado, circunstância que não redunde, por si só, **na caracterização da deficiência de defesa, a qual, conforme salientado, depende da demonstração do prejuízo para o acusado, não verificado na hipótese’** (RHC n. 69.035/ES, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 14/11/2017). 4. Agravamento regimental desprovido (STJ, AgInt no HC 332341 SC, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 18/09/2018).

“CRIMINAL. HC. JÚRI. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULA 523/STF. ORDEM DENEGADA. I. Evidenciado que o paciente foi devidamente assistido por defensor durante todo o feito, o simples de fato ter utilizado poucos minutos para proferir a sustentação da tese defensiva na Sessão Plenária do Tribunal Popular não configura deficiência de defesa técnica. II. A ausência ou deficiência na defesa, com base na alegada inexistência de defesa técnica do acusado, dever ser devidamente demonstrada, com a indicação objetiva do prejuízo para a defesa do paciente, o que não ocorreu in casu. III. Ordem denegada” (STJ, HC 19553 PA, 5ª Turma, Rel. Min. Gislson Dipp, j. 18/04/2002).

m) a sentença;

A existência de sentença é fundamental para a validade do processo por esgotar a prestação jurisdicional, devendo esta ser proferida em conformidade com os critérios técnicos legais.

No Tribunal do Júri o juiz-presidente deve prolatar a sentença obedecendo a decisão do Conselho de Sentença (juiz do mérito da causa), respeitando a soberania do veredito do júri popular (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal).

Os jurados não precisam fundamentar suas decisões, podendo absolver o acusado sem especificação, inclusive por clemência, ou mesmo contra a prova dos autos.

Deve o juiz-presidente na sentença respeitar a decisão dos jurados, aplicando corretamente as causas de aumento e diminuição da pena, assim como as circunstâncias legais e judiciais afetas aos critérios de fixação da pena.

Julgado:

“Agravamento regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Tribunal do Júri e soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, CF). Impugnabilidade de absolvição a partir de quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º, CPP) por hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”, CPP). Absolvição por clemência e soberania dos veredictos. 3. O Júri é uma instituição voltada a assegurar a participação cidadã na Justiça Criminal, o que se consagra constitucionalmente com o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, CF). Consequentemente, restringe-se o recurso cabível em face da decisão de mérito dos jurados, o que resta admissível somente na hipótese da alínea “d” do inc. III do art. 593 do CPP: “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”. Em caso de procedência de tal apelação, o Tribunal composto por juízes togados pode somente submeter o réu a novo julgamento por jurados. 4. **Na reforma legislativa de 2008**, alterou-se substancialmente o procedimento do júri, inclusive a sistemática de quesitação aos jurados. **Inseriu-se um quesito genérico e obrigatório, em que se pergunta ao julgador leigo: “O jurado absolve o acusado?”** (art. 483, III e §2º, CPP). Ou seja, **o Júri pode absolver o réu sem qualquer especificação e sem necessidade de motivação**. 5. **Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada “manifestamente contrária à prova dos autos”**. 6. **Limitação ao recurso da acusação com base no art. 593, III, “d”, CPP, se a absolvição tiver como fundamento o quesito genérico (art. 483, III e §2º, CPP)**. Inexistência de violação à paridade de armas. Presunção de inocência como orientação da estrutura do processo penal. Inexistência de violação ao direito ao recurso (art. 8.2.h, CADH). Possibilidade de restrição do recurso acusatório. Negado provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, mantendo a decisão monocrática proferida, que ao invalidar o acórdão do Tribunal de Justiça, restabeleceu, como efeito consequencial, a sentença penal absolutória emanada da Presidência do Tribunal do Júri. (STF, RHC 117076 AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Melo, Redator do Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 20/10/2020).

“EMENTA: “Habeas Corpus”. Tribunal do Júri. **Quesito genérico de absolvição** (art. 483, inciso III, e respectivo § 2º, do CPP). **Interposição, pelo Ministério Público, do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP. Descabimento.** Doutrina. Jurisprudência (RHC 117.076/PR, Rel.

Min. CELSO DE MELLO – HC 143.595-MC/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 982.162/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.). Medida cautelar deferida. – **A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência. – Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”. Magistério doutrinário e jurisprudencial”. (STF, Medida Cautelar no HC 185068, Rel.Min. Celso de Mello, j. 01/07/2020).**

n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;

O chamado “recurso de ofício” na realidade constitui uma condição para o trânsito em Julgado da sentença. Nos termos da Súmula 423, do STF: Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.

No processo penal vigoram as seguintes hipóteses de recurso *ex officio*: i) artigo 474, I, do CPP relativa à decisão de primeiro grau de jurisdição que concede ordem de habeas corpus; (ii) artigo 746, CPP relativa a decisão que conceder a reabilitação; e (iii) artigo 7º Lei 1521/51, relativa a decisão que absolver o acusado em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinar o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial.

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

Tanto a acusação como a defesa devem ser intimadas das sentenças e despacho judiciais, sob pena de nulidade, por violação do devido processo e do duplo grau de jurisdição.

Da sentença condenatória no processo penal devem ser intimados além do MP e do defensor, também o acusado, sob pena de nulidade processual. Dispõe o artigo 392, incisos do CPP, dentre outras hipóteses, que a intimação da sentença deverá ser feita ao réu preso pessoalmente; ao réu solto pessoalmente e ao defensor do acusado.

Além da necessidade de intimação da acusação e defesa das decisões que cabem recurso (sob pena de nulidade absoluta), a defesa também deverá ser intimada da expedição da carta precatória para oitiva das testemunhas arroladas (Súmula 273, STJ - Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado; e Súmula 155, do STF - "É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha").

É nulo o julgamento realizado em segunda instância, sem intimação da defesa da data do julgamento. Súmula 431, do STF "É nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em *habeas corpus*".

Julgado:

"Habeas Corpus". Direito Processual Penal. Nulidades. Intimação da sentença. Réu e defensor. Ausência de intimação do réu. Interposição de recurso. Provimento parcial. Exercício de defesa. Ausência de prejuízo. Nulidade não declarada. Da sentença condenatória devem ser intimados o réu e o seu defensor. Inteligência do artigo 392 do Código de Processo Penal. O preceito possui amparo no princípio da ampla defesa, consagrado constitucionalmente, que abrange a defesa técnica e a autodefesa. Orienta a teoria das nulidades no processo penal o princípio do prejuízo, positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa." O reconhecimento da existência do prejuízo pode reclamar a sua demonstração ou ser insito ao ato ou respectiva omissão. Em se tratando de nulidades relativas, exige-se a demonstração do prejuízo. Já nas nulidades absolutas, o prejuízo é inerente ao ato ou respectiva omissão. A distinção entre as nulidades absolutas e relativas, no que alude ao

exercício de defesa no processo penal, possui como parâmetro a definição da falta de defesa ou a sua deficiência, consoante teor da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu’. **A ausência de intimação do réu sobre a sentença, mas somente do seu defensor, com a interposição de recurso de apelação e respectivo provimento parcial, para se reduzir a pena, corroboram a concepção de que não se trata de ausência de defesa (nulidade absoluta), mas, se tanto, de deficiência.** Caberia ao interessado a demonstração do prejuízo, quedando-se inerte em tal mister; ao revés, tem-se que o réu exerceu amplamente a sua defesa. Corolário lógico, não se declara a nulidade do ato, a rigor, da sua ausência. Ordem denegada”.(STJ, HC 28630 SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. 16/12/2003).

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. RÉU NÃO LOCALIZADO NO ENDEREÇO DOS AUTOS. RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. DEFENSOR DATIVO PESSOALMENTE INTIMADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - Não localizado o réu no endereço que informou nos autos, não há que se falar em nulidade da intimação por edital da sentença condenatória. II - Ademais, consoante o disposto no art. 392, II, do CPP, tratando-se de réu solto, é suficiente a intimação do defensor constituído acerca da r. sentença condenatória. Precedentes. III - In casu, o réu, que respondeu solto à ação penal, não foi localizado no endereço que ele mesmo informou quando de seu interrogatório em Juízo, o que determinou sua intimação por edital. Além disso, o causídico que o assistiu na ação penal foi pessoalmente intimado, de modo que não há que se falar em nulidade. Recurso ordinário desprovido” (STJ, RHC 92865 ES, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/03/2018).

“PROCESSO PENAL - PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO PROCESSADA COMO PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL SOB A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - RÉU NÃO INTIMADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - NULIDADE DA CERTIDÃO QUE CERTIFICOU O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO - PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE - CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA ANULAR A CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS SUBSEQUENTES ATÉ A JUNTADA DA PETIÇÃO ORA EXAMINADA, QUE DEVERÁ SER PROCESSADA COMO RECURSO DE APELAÇÃO.

1- O ato que certificou o trânsito em julgado da r. sentença condenatória para ambas as partes é nulo, nos termos do artigo 564, III, "o", do CPP, haja vista que o réu, ora requerente - que se encontrava solto à época da prolação do édito condenatório - não foi pessoalmente intimado da condenação contra si proferida.

2- Inegável o descabimento da revisão criminal na hipótese dos autos, diante da ausência de um dos pressupostos de admissibilidade

da ação revisional, que se depreende do artigo 621 do CPP, qual seja, a existência de um processo findo ou, melhor dizendo, de uma sentença condenatória validamente transitada em julgado.

3- Neste cenário, impõe-se a concessão, de ofício, de ordem de *habeas corpus* para que seja anulada a certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória bem como todos atos processuais subsequentes - mormente a Guia de Execução Penal expedida em desfavor do Requerente - até a juntada da petição sob exame (exclusive), que, com fulcro nos princípios da celeridade e economia processuais - os quais, por sua vez, preconizam o máximo aproveitamento dos atos do processo -, determino seja processada como Recurso de Apelação, procedendo-se à livre deve ser processada como Recurso de Apelação, procedendo-se à livre redistribuição destes autos a uma das Turmas integrantes da Primeira Seção deste E. Tribunal para o processamento do apelo interposto, e intimando-se o Ilustre Defensor subscritor da petição em referência a arrazoar o recurso na forma do artigo 600, §4º, do CPP, tal como requerido.

4- Revisão criminal não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício” (TRF3, Revisão Criminal 0000456-53.2003.4.03.6004/MS, 1ª Seção, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 21/11/2013).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DEFENSOR PREVIAMENTE CONSTITUÍDO INTIMADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ADVOGADO SUBSTABELECIDO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NECESSIDADE DE INCURSÃO PROBATÓRIA. APELAÇÃO NÃO APRESENTADA. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE DOS RECURSOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **A obrigatoriedade de intimação pessoal do acusado para tomar ciência da sentença somente ocorre se este estiver preso, podendo ser dirigida unicamente ao patrocinador da defesa, pela imprensa oficial, na hipótese de réu solto**, segundo prevê o art. 392, incisos I e II, c.c. o art. 370, parágrafo único, ambos do Diploma Processual Penal, pois satisfaz a garantia do contraditório e da ampla defesa. Precedentes (RHC n. 105.285/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 30/4/2019). 2. **A ausência de interposição do recurso de apelação pelo advogado anteriormente constituído não enseja o reconhecimento de nulidade. Deve-se observar que, diante do caráter de voluntariedade do recurso, sua não interposição não implica ausência de defesa**. 3. Na hipótese, não há como afirmar, como pretende a defesa, que o advogado substabelecido não fora efetivamente intimado da sentença condenatória pelo sistema do PJe, o que inclusive demanda incursão no acervo probatório dos autos, o que é vedado na sede mandamental. 4. Agravo regimental improvido” (AgRGn o RHC 111241 PE, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fosenca, j. 21/05/2019).

p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o *quórum* legal para o julgamento;

Refere-se a requisito de validade do julgamento colegiado, sendo aplicável a todos os Tribunais.

A convocação de juízes para julgamento perante os Tribunais não tem sido entendido como violação ao juiz natural, nem tem ensejado a nulidade processual, segundo entendimento jurisprudencial.

O mesmo se diga com relação a mudança de composição do órgão julgador

Julgado:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. COMPOSIÇÃO DO COLEGIADO. ALTERAÇÃO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. OBSERVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. Os embargos de declaração devem ser apreciados pelo órgão julgador da decisão embargada, independentemente da alteração de sua composição, o que não ofende o princípio do juiz natural e excepciona o princípio da identidade física do juiz (doutrina e precedente). Ordem denegada” (STJ, HC 331881 GO, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/11/2016)

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Refere-se a uma cláusula aberta e ampla, que abrange todos os demais casos de nulidade processual, absoluta ou relativa, não previstas taxativamente nas alíneas anteriores.

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Este dispositivo foi introduzido com a reforma do pacote anticrime, que expressamente prevê como hipótese de nulidade processual a ausência de fundamentação das decisões judiciais

Além do dever de motivação das decisões judiciais estar previsto no artigo 93, IX, da CF/88, o novel artigo 315, do CPP prevê as hipóteses nas quais as decisões

judiciais não são consideradas como motivadas. Além de permitir às partes o conhecimento dos motivos pelos quais o juiz acabou ou não as teses suscitadas, permitindo o exercício do duplo grau de jurisdição, serve também à administração da justiça viabilizando controle da atividade jurisdicional.

Ver notas relativas ao artigo 315, do CPP.

Note-se que quando da apresentação da resposta à acusação deve o magistrado analisar as teses defensivas apresentadas pela defesa, sob pena de nulidade.

Julgado:

“HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ANTES DA MANIFESTAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Com o advento da Lei nº 11.719/08, o recebimento da denúncia passou a tratar-se de ato complexo, a ser exercido em duas fases distintas. Assim, após o recebimento da denúncia o juiz ordenará a citação do acusado para oferecer resposta à inicial acusatória, devendo se manifestar sobre as razões deduzidas na resposta à acusação. 2. A inobservância do disposto no art. 397 do Código de Processo Penal contraria o devido processo legal, sendo evidente o prejuízo ocasionado ao paciente, que não teve as suas razões previamente analisadas pelo magistrado de origem. 3. **‘Se não fosse necessário exigir que o Magistrado apreciasse as questões relevantes trazidas pela defesa - sejam preliminares ou questões de mérito - seria inócua a previsão normativa que assegura o oferecimento de resposta ao acusado.’** (HC 138.089/SC, Rel. Ministro Félix Fischer, DJe 2.3.10) 4. **Habeas corpus concedido para anular o processo desde a apresentação da resposta à acusação, determinando-se que o Juízo de primeiro grau analise as matérias arguidas pela defesa, nos termos do art. 396 e seguintes do Código de Processo Penal”** (HC 183355 MG, 5ª Turma, Rl. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), j. 03/05/2012).

“Como se vê do relatório, sustenta o recorrente nulidade da decisão que apreciou as matérias apresentadas pela defesa, nos termos do art. 396-A do Código de Processo Penal. Sublinha, a propósito, a ausência de manifestação suficiente acerca do conteúdo da resposta apresentada, destacando que o Magistrado apenas apreciou de modo genérico e padronizado as alegações formuladas pela defesa. (...) Nesse contexto, rememoro que a resposta à acusação, introduzida no Código de Processo Penal pela Lei n. 11.719/2008, constitui a primeira manifestação da defesa após o recebimento da denúncia pela autoridade judiciária. Nessa oportunidade será possível ao acusado suscitar preliminares e apontar tudo o que interessa à sua pretensão, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar as testemunhas que pretende ouvir por ocasião

da audiência de instrução, debates e julgamento. Dentro desse cenário, as jurisprudências desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal firmaram orientação de que a decisão que analisa as teses expostas na peça defensiva em desfile possui natureza interlocutória, dispensando fundamentação complexa e exauriente, de forma a não se traduzir em indevido julgamento prematuro do mérito da causa. Entretanto, não se pode confundir fundamentação concisa com ausência de fundamentação. Na análise da resposta à acusação, deverá 'ao menos aludir o julgador àquilo que fora trazido na defesa preliminar. Incumbe-lhe enfrentar questões processuais relevantes e urgentes ao confirmar o aceite da exordial acusatória' (RHC n. 46.127/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/2/2015, DJe 25/2/2015).

No mesmo sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. TESES DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO JUIZ ACERCA DE SEU CONTEÚDO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO. - Embora não se exija uma fundamentação exaustiva no recebimento da resposta à acusação (art. 397 do Código de Processo Penal - CPP), ou seja, a incursão aprofundada em questões atinentes ao julgamento definitivo do mérito da ação penal, é necessário que o ato seja minimamente motivado de forma que possibilite ao acusado tomar conhecimento dos elementos que levaram o magistrado a decidir pelo prosseguimento do feito, a teor do disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, o que não foi atendido no caso concreto, tendo em vista a fundamentação genérica e superficial apresentada. - Recurso provido para anular a decisão de primeiro grau que confirmou o recebimento da denúncia, devendo a Magistrada apreciar, de forma fundamentada, a matéria preliminar suscitada pela defesa na resposta à acusação, nos termos do voto. (RHC 61.987/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016, grifei). (...)

No caso, conforme se observa do trecho acima transcrito, o Magistrado limitou-se a negar a pretensão do recorrente, de forma genérica – e em decisão padronizada, inclusive com a utilização de parênteses no decisum –, ao fundamento de que "as imputações acusatórias não merecem ser rejeitadas de plano", e de que seria "imprescindível a dilação probatória", determinando incontinenti a expedição de carta precatória para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, sem a mínima manifestação acerca das teses defensivas. Diante dessas considerações, o recurso deve ser provido. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para anular a Ação Penal n. 0000054-52.2015.8.16.0055 a partir da decisão que apreciou a resposta à acusação, para que o Juízo de origem a aprecie de forma fundamentada, nos ditames do art. 397 do Código de Processo Penal" (RHC 90509 PR, decisão monocrática Min. Antonino Saldanha Palheiro, 24/05/2018).

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

Ver comentários a alínea “k”.

Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Princípio do Interesse: a ninguém é lícito se beneficiar da sua própria torpeza (adágio latino). É aplicável nas nulidades relativas, não se aplicando nas nulidades absolutas nas quais existe interesse público no seu reconhecimento.

Art. 565 – nenhuma das partes poderá **arguir nulidade a que haja dado causa**, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja **observância só à parte contrária interesse**.

O princípio do interesse possui relação estreita com a carga da prova e sua aplicação à teoria das nulidades.

Benefício da parte contrária: a parte que não restar prejudicada, não possui interesse para arguir a nulidade do ato.

Súmula 160, do STF: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

Assim não é lícita a decretação de nulidade contra o acusado não requerida pelo *parquet*.

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Por este dispositivo não há utilidade ao processo na declaração de nulidade de ato processual que não influa no julgamento da causa. Assim, ainda que determina ato tenha sido produzido em desacordo com a legislação, se a decisão estiver

fundamentada em outros elementos que por si só a respaldem, não há que se fale na decretação da nulidade processual.

Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

Como é cediço a incompetência do juízo constitui condição de validade do processo, e afronta o princípio do juiz natural.

Em que pese a incompetência do juízo, em especial a absoluta, invalidar os atos decisórios, o STJ tem admitido a ratificação destes pelo juízo competente.

Com relação aos atos praticados por juiz incompetente na fase de investigação que demandam reserva de jurisdição, tais como interceptação telefônica, nossos tribunais têm aplicado a **teoria do juízo aparente**, segundo a qual, se no momento da decisão, o contexto dos autos apontava para a competência do juízo que tomou a decisão, os atos devem ser tidos como válidos.

Evidentemente que aludida teoria não abarca as situações nas quais já era possível se vislumbrar que aquele juízo não era o natural da causa (e.g. hipótese de competência por prerrogativa de foro). Há de existir erro escusável para aplicação desta teoria.

Tal teoria deveria ser aplicada somente nos casos de incompetência relativa.

Luiz Flávio Gomes (1996, p.35) acentua que erro escusável é o erro desculpável, presumindo-se, pelas circunstâncias a existência de boa-fé.

Julgado:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO, EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CRIMES PRATICADOS POR MILITARES. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS PELO JUÍZO COMUM NA FASE INVESTIGATÓRIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO "JUÍZO APARENTE". POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. **O princípio do juiz natural deve ser examinado com cautela na fase investigativa, especialmente nas hipóteses em que não se mostram ainda definidas as imputações, os agentes envolvidos e a respectiva competência.** 2. A Suprema Corte, ao enfrentar o tema, concluiu "que o problema da identificação do juízo competente se põe de imediato, também, com

relação a tais medidas cautelares pré-processuais – sejam elas de caráter propriamente jurisdicional ou administrativo, ditas de jurisdição voluntária – mas em momento no qual ainda não se pode partir – no que tange à competência material –, do elemento decisivo de sua determinação para o processo, que é o conteúdo da denúncia. Aí, parece claro, o ponto de partida para a fixação da competência – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará – haverá de ser o fato suspeitado, vale dizer, o objeto do inquérito policial em curso” (STF, HC 81.260/ES, rel. Ministro SEPULVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, DJe de 19/4/2002). 3. **A adoção, para fixação da competência, de juízo de aparência, e não de certeza, justifica-se, por sua vez, em razão de dois outros subfundamentos:** i) para que se **prestigiem os princípios que justificam a própria existência do instituto da conexão** – quais sejam a celeridade, a economia processual e, ademais, a busca de coerência entre as decisões jurisdicionais, evitando-se, assim, decisões contraditórias; ii) posteriormente constatada a inexistência de crime em detrimento da União e, assim, a incompetência (superveniente) da Justiça Federal, serão, em regra, **válidos os atos (inclusive, os decisórios) por praticados pelo magistrado**, tendo em vista a possibilidade de futura aplicabilidade, mutatis mutandis, da chamada "teoria do juízo aparente". 4. A partir do julgamento do HC 83.006/SP (Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 18/6/2003, DJe 29/8/2003), A **Suprema Corte** passou a entender que **mesmo atos decisórios** – naquele caso, a denúncia e o seu recebimento – **emanados de autoridades incompetentes rationae materiae, seriam ratificáveis no juízo competente**. Julgados nesse sentido. 5. Hipótese em que, no início das investigações, no contexto da "Operação Purificação", a autoridade policial responsável requereu perante a Justiça Comum autorização judicial para as interceptações telefônicas, cujo pedido foi deferido para elucidar as condutas delitivas, sendo que a Ação Penal n.º 0496773-54.2011.8.19.0001, em apuração na justiça especializada militar, originou-se a partir de desmembramento daquela operação. 6. No caso em exame, a interceptação telefônica foi autorizada pelo juízo aparente, observados os preceitos legais para o deferimento da medida, não havendo nulidade a ser declarada. Julgados nesse sentido. 7. **A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal** firmou-se no sentido de **ser possível à autoridade competente a ratificação dos atos instrutórios e decisórios proferidos pelo Juízo incompetente**. 8. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief), o que não correu na hipótese. 9. Agravo não provido” (STJ, AgRg no RHC 114734 RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 03/09/2019).

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO. ATOS DECISÓRIOS. RATIFICAÇÃO PELO JUÍZO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No caso de reconhecimento

de incompetência, ainda que absoluta, é possível ao Juízo competente ratificar os atos decisórios praticados pelo órgão incompetente, inclusive o recebimento da denúncia. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRG nos Edcl no Agravo em REsp 1520233 SP, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/09/2020).

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE PROCESSUAL E HOMICÍDIO DOLOSO PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL. ALEGADA NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS POR VIOLAÇÃO DO JUIZ NATURAL. FASE INVESTIGATIVA. TEORIA DO JUÍZO APARENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O princípio do juiz natural deve ser examinado com cautela na fase investigativa, especialmente nas hipóteses em que não se mostram ainda definidas as imputações, os agentes envolvidos e a respectiva competência. 2. Tal entendimento – que passou a ser denominado teoria do juízo aparente – surgiu como fundamento para validar medidas cautelares autorizadas por Juízo aparentemente competente que, em momento posterior, fora declarado incompetente. Contudo, a partir do julgamento do HC 83.006/SP (Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 18/6/2006, DJ 29/8/2003), passou-se a entender que mesmo atos decisórios – naquele caso, a denúncia e o seu recebimento – emanados de autoridades incompetentes *rationae materiae*, seriam ratificáveis no juízo competente. Precedentes do STF. 3. No caso em exame, a interceptação telefônica foi autorizada pelo juízo aparente, observados os preceitos legais para o deferimento da medida, não havendo nulidade a ser declarada. 4. A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de ser possível à autoridade competente a ratificação dos atos instrutórios e decisórios proferidos pelo Juízo incompetente. 5. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*), o que não correu na hipótese. 6. Recurso não provido”. (STJ, RHC 101284 PR, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 25/05/2019).

“Habeas corpus. 2. Writ que objetiva a declaração de ilicitude de interceptações telefônicas determinadas com vistas a apurar possível atuação de quadrilha, formada por servidores e médicos peritos do INSS, vereadores do município de Bom Jesus do Itabapoana/RJ que, em tese, agiam em conluio para obtenção de vantagem indevida mediante a manipulação de procedimentos de concessão de benefícios previdenciários, principalmente auxílio-doença. 3. Controvérsia sobre a possibilidade de a Constituição estadual do Rio de Janeiro (art. 161, IV, d, “3”) estabelecer regra de competência da Justiça Federal quando fixa foro por prerrogativa de função. 4. À época dos fatos, o tema relativo à prerrogativa de foro dos vereadores do município do Rio de Janeiro era bastante controvertido, mormente porque, em 28.5.2007, o TJ/RJ havia declarado sua inconstitucionalidade. 5. Embora o acórdão proferido pelo Pleno da Corte estadual na Arguição de Inconstitucionalidade

n. 01/06 não tenha eficácia erga omnes, certamente servia de paradigma para seus membros e juízes de primeira instância. Dentro desse contexto, não é razoável a anulação de provas determinadas pelo Juízo Federal de primeira instância. 6. Julgamento da Ação Penal n. 2008.02.01.010216-0 pelo TRF da 2ª Região, no qual se entendeu que a competência para processar e julgar vereador seria de juiz federal, tendo em vista que a Justiça Federal é subordinada à Constituição Federal (art. 109) e não às constituições estaduais. 7. **Quanto à celeuma acerca da determinação da quebra de sigilo pelo Juízo Federal** de Itaperuna/RJ, que foi posteriormente declarado incompetente em razão de ter sido identificada atuação de organização criminosa (art. 1º da Resolução Conjunta n. 5/2006 do TRF da 2ª Região), **há de se aplicar a teoria do juízo aparente** (STF, HC 81.260/ES, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.4.2002). 8. Ordem denegada, cassando a liminar deferida” (STF, HC 110496, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/04/2013)”.

“DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO ANALISADO NA JUSTIÇA COMUM. IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PERANTE O JUÍZO COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, entre outras hipóteses, a atipicidade do fato. 2. A decisão que absolveu sumariamente o ora paciente no âmbito da Justiça Comum, em virtude da incidência de causa excludente de ilicitude, impossibilita a instauração de ação penal perante a Justiça Especializada, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato. Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do favor rei, favor libertatis e ne bis in idem, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda. Precedentes. 3. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para trancar a Ação Penal n.º 0005330-41.2013.8.15.2002, em trâmite perante a Vara Militar de João Pessoa/PB.” (STJ, HC 362054 PB, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09/08/2016).

Art. 568. A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais.

Trata-se de irregularidade no instrumento de mandato entre acusado e seu defensor, que poderá ser sanada com a devida ratificação dos atos do processo.

Não se cuida este dispositivo das hipóteses que queixa-crime que exigem procuração com poderes específicos que só podem ser supridos com a assinatura do Querelante junto a de seus patronos na Queixa-Crime, ou até o decurso do prazo decadencial (art. 44, do CPP)

Julgado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CALÚNIA. QUEIXA-CRIME. NULIDADE DA PROCURAÇÃO OFERTADA PELA QUERELANTE. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DOS FATOS CRIMINOSOS E DE OUTORGA DE PODERES ESPECIAIS. INSTRUMENTO DE MANDATO EM DESCONFORMIDADE COM O ARTIGO 44 DA LEI PENAL ADJETIVA. ASSINATURA DA QUERELANTE NA QUEIXA-CRIME. DEFEITO SUPERADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. **Não se desconhece a existência de precedentes desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a exigência contida no artigo 44 do Código de Processo Penal, consistente na menção do fato criminoso no aludido documento, é cumprida com a indicação do dispositivo de lei no qual o querelado é dado como incurso.** 2. No entanto, para que reste atendido o comando contido no referido dispositivo processual penal, é indispensável que a procuração contenha uma descrição, ainda que sucinta, dos fatos a serem abordados na queixa-crime. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 3. No caso dos autos, a procuração ofertada pela querelante confere poderes gerais ao causídico nela mencionado, o que inviabilizaria o prosseguimento da ação penal em tela, já que não é possível aferir quais fatos deveriam ser objeto da inicial. 4. Contudo, **o defeito em questão não tem o condão de obstaculizar o andamento do processo em exame, uma vez que a autora do feito assinou o pedido de explicações que foi acolhido como queixa-crime juntamente com o profissional da advocacia que a assiste, circunstância que revela que consentiu com os seus termos, viabilizando a responsabilidade por eventual denúncia caluniosa.** Precedente. 5. Recurso desprovido” (STJ, RHC 82732 RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/05/2017).

Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.

No que se refere as omissões da denúncia trata este artigo de hipótese de aditamento impróprio da denúncia, aperfeiçoando-se a descrição fática com retificação, ratificação, e esclarecimentos circunstanciais, antes da prolação da sentença.

Todo aditamento da denúncia deve sempre respeitar a ampla defesa e o contraditório.

Julgado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ABANDONO MATERIAL (ART. 244 DO CÓDIGO PENAL). NULIDADE. DECISÃO QUE RECEBEU O ADITAMENTO À DENÚNCIA. ALEGADA TENTATIVA DE BURLAR A INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 569 DO CPP. ADITAMENTO IMPRÓPRIO. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. **Consoante o art. 569 do CPP, o aditamento sempre deverá ser feito antes da sentença, assegurando-se o contraditório e o direito de manifestação da defesa sobre a questão aditada, por mais simples que seja. O que não se admite, em hipótese alguma, é a inovação acusatória e decisão de recebimento do aditamento sem prévia manifestação do réu.** 2. **A doutrina classifica o aditamento como impróprio quando se busca reparar algum erro constante na inicial acusatória, por meio de retificação, ratificação, suprimimento ou esclarecimento, em relação ao nome do acusado, sua qualificação, seu endereço, data e local do fato criminoso, dentre outros.** 3. Na hipótese, inexistente ilegalidade na decisão do magistrado que, após o recebimento do aditamento à denúncia, diligentemente, determina nova citação do acusado para apresentar outra resposta à acusação, notadamente para que a defesa possa se manifestar a respeito da limitação temporal incluída pela acusação acerca crime supostamente praticado pelo recorrente, garantindo-lhe, assim, seu amplo direito à defesa e ao contraditório. 4. O Superior Tribunal de Justiça possui pacífico entendimento de que o reconhecimento de eventual nulidade, relativa ou absoluta, exige a comprovação de efetivo prejuízo, vigorando o princípio *pas de nulté sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal, o que, conforme as premissas delineadas no acórdão, não ocorreu na espécie. 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido” (STJ, RHC 127459 PB, 5ª Turma Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/08/2020).

Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

Trata-se de hipótese de comparecimento espontâneo da parte ou do interessado que supre eventual ausência e/ou nulidade da citação, intimação e notificação.

Assim, por exemplo, se o acusado, embora não tenha sido intimado para comparecer na audiência de instrução, comparece ao ato, não há que se falar na

existência de nulidade, quer por inexistir prejuízo, quer por estar sanada a irregularidade.

Entretanto, em determinadas circunstâncias, ainda que haja manifestação de ciência inequívoca nos autos, poderá o magistrado, em respeito à ampla defesa e ao contraditório, adiar a prática do ato.

Julgado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CITAÇÃO. NULIDADE. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO ACUSADO. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO COM PODERES ESPECÍFICOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento de nulidade no processo penal exige a demonstração do efetivo prejuízo à defesa. 2. **O comparecimento do acusado, com a constituição de defensor, sana eventual vício na citação pessoal.** Recurso ordinário desprovido” (STJ, RHC 51725 SP, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 14/11/2017).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA N. 523 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...). 2. Quanto às alegadas precariedade da defesa técnica e ausência de intimação pessoal da sentença condenatória, **a defesa prévia foi devidamente juntada e o réu apresentou-se espontaneamente para o seu interrogatório, bem como para a citação da sentença.** 3. Nesse cenário, aplicável o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, de que "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu" (Súmula n. 523 do STF). Ausente, portanto, a demonstração de prejuízo, dada a efetiva apresentação de defesa prévia e o comparecimento espontâneo do acusado em seu interrogatório e para a intimação da sentença. (...) 6. Agravo regimental não provido”.

Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas:

I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406;

II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;

III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;

IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência;

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500;
VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;
VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Este artigo prevê uma série de momentos processuais nas quais as nulidades devem ser arguidas, sob pena de preclusão do direito.

As nulidades poderão ser arguidas por escrito ou oralmente.

As nulidades absolutas podem ser arguidas em qualquer grau de jurisdição e podem ser, ainda que não requerida pelas partes, reconhecidas de ofício, na hipótese de beneficiar o acusado.

Súmula 160, do STF: “É nula a decisão que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406;

As nulidades ocorridas na primeira fase do procedimento do júri, devem ser alegadas antes da sentença de pronúncia. Este artigo 406, do CPP tratava do prazo de alegações finais no sumário da culpa no procedimento do júri.

II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;

O artigo 500 foi revogado com a reforma processual de 2008. Essas nulidades deverão ser arguidas em debates orais ou memoriais escritos (alegações finais).

III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;

O artigo 537 foi revogado pela reforma processual de 2008.

IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência;

Refere-se a processo de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso que não foi recepcionado pela Constituição Federal/88.

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

As nulidades ocorridas após a prolação da sentença de pronúncia, devem ser arguidas até a abertura da sessão de julgamento pelo Tribunal de Júri.

VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500;

Como afirmado acima, o artigo 500, do CPP foi revogado pela reforma processual de 2008. As nulidades ocorridas na instrução de processos com prerrogativa de foro devem ser arguidas em memoriais (alegações finais).

VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;

As nulidades não reconhecidas na sentença de primeiro grau e as ocorridas após a prolação a sentença deverão ser arguidas em preliminar das razões de apelação e/ou como questão de ordem quando do julgamento.

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

As nulidades ocorridas em plenário do júri, audiência ou sessão do Tribunal devem ser arguidas na hora em que ocorrerem, devendo constar em ata ou julgamento.

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos

Este artigo enumera os casos de nulidades relativas, devendo este inciso ser interpretado em conjunto com o artigo 571, do CPP, que prevê o momento de arguição destas nulidades.

Se o ato praticado atingir a sua finalidade, não gerando prejuízo à parte, estará convalidado, trata-se do princípio da instrumentalidade das formas.

Se a parte, não impugnar, no prazo oportuno, os atos praticados sujeitos a nulidade relativa ocorrerá a preclusão temporal, e estes atos serão considerados válidos.

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

Este artigo prevê a hipótese de refazimento dos atos para sua validade.

§1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

Trata-se do princípio da causalidade ou consequencialidade. Assim se houver a necessidade de refazimento de determinado ato, os demais atos que dele dependam ou que pela lógica do sistema dele procedam deverão ser refeitos. E.g. se for declarada a nulidade do interrogatório do acusado, tudo o quanto foi realizado após este ato não será aproveitando, devendo ser refeitos os atos posteriores, como debates orais e/ou memoriais e recursos.

Alexandre de Moraes da Rosa (2019, site Conjur), esclarece que: “A estrutura normativa do fenômeno da nulidade enlaça duas normas jurídicas. A primeira, que deve **reconhecer o vício, denominada nulidade-fato**. A segunda, que se **segue e dependente da primeira**, deve decretar a sanção, **a nulidade-consequência**. O espaço de liberdade para reconhecer ou deixar de reconhecer a nulidade *lato sensu* deve ser demarcado por essa relação. O desvio da providência consequente, para evitar a declaração da nulidade e supressão dos efeitos do ato sobre a qual recai aquele rótulo, não deve ser admitido, mormente, quando a hipótese se tratar de nulidades classificadas como absolutas – cujo prejuízo é presumido pelo teor literal da Constituição ou da legislação –, em especial quando concernentes aos direitos que constituem o núcleo duro do processo criminal brasileiro”.

Julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS ESCRITOS POR RÉUS COLABORADORES E DELATADOS. PRAZO COMUM. INADMISSIBILIDADE. OFENSA ÀS REGRAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. EXEGESE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDEPENDENTEMENTE DA NORMA INFRACONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, E 603, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. I – Possibilidade de impetração de habeas corpus nos casos em que, configurada flagrante ilegalidade do provimento jurisdicional, descortina-se premente o risco atual ou iminente à liberdade de locomoção, apta, pois, a gerar constrangimento ilegal. Precedentes desta Suprema Corte (HC 87.926/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 136.331, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). II - Decisão de primeiro grau de jurisdição que indefere pedido para apresentação de memoriais escritos após o prazo dos réus colaboradores. Prejuízo demonstrado. III – Memoriais escritos de réus colaboradores, com nítida carga acusatória, deverão preceder aos dos réus delatados, sob pena de nulidade do julgamento. Exegese imediata dos preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) que prescindem da previsão expressa de regras infraconstitucionais. IV – Agravo regimental provido, para conhecer e conceder a ordem”. (STF, HC 157627 AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandoswski, j. 27/08/2019”

§2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

Aqui também se trata do princípio da causalidade. Assim, deve o magistrado ao diante do reconhecimento da nulidade de determinado ato, declarar, como consequência lógica do sistema, a nulidade de todos os atos dele decorrentes, com indicação das peças, documentos e atos nulos.

Ressalte-se que na hipótese de ilicitude da prova e de tudo o quanto dela derivar, estas deverão por determinação judicial ser desentranhadas dos autos.

Julgado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. RECLAMAÇÃO. 1. ACÓRDÃO PROFERIDO NO HC 117.437/AP. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS CONSIDERADAS ILÍCITAS. DESENTRANHAMENTO. 2. PROVA COMPARTILHADA. MANUTENÇÃO NO NOVO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO DESTA CORTE. 3. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. No julgamento proferido no Habeas Corpus n.

117.437/AP, concedeu-se parcialmente a ordem para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes das interceptações telefônicas autorizadas com base unicamente em denúncia anônima, e deferidas mediante pronunciamentos judiciais não fundamentados. 2. Contudo, a interceptação telefônica ilícita foi compartilhada no inquérito policial n. 2008.31.00.000370-5, referente à Operação Toque de Midas da Polícia Federal, na qual é investigado o ora reclamante. Nesse contexto, tem-se manifesta a impossibilidade de se considerar uma prova nula para alguns e hígida para outros, razão pela qual devem ser desentranhadas referidas provas bem como as delas derivadas. 3. Reclamação julgada procedente, para determinar o desentranhamento das provas consideradas ilícitas no Habeas Corpus n. 117.437/AP, e delas derivadas, da Ação Penal n. 2008.31.00.000370-5” (STJ, Reclamação 17947 AP, 3ª Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/08/2015).

TÍTULO II – DOS RECURSOS EM GERAL

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Anaclara Pedroso Fernandes Valentim da Silva¹
Fernanda Pagotto Gomes Pitta²
(arts. 574 ao 580)

Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I - da sentença que conceder habeas corpus;

II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

O artigo em tela aponta a voluntariedade como um dos fundamentos dos recursos – modalidade de mecanismo de impugnação da decisão; significa dizer que, diante do inconformismo diante da sentença proferida, a parte irresignada pleiteia a sua reforma. Trata-se manifestação do direito de ação e de defesa (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO/2008), exercidos no processo, como forma de desdobramento do mesmo.

É diante da apresentação voluntária e tempestiva do recurso que se concretiza o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que torna possível a reanálise da sentença por um outro órgão jurisdicional, de hierarquia superior.

Nas hipóteses dos incisos I e II, o art. 574 elenca situações em que, independentemente da vontade das partes em recorrer, a decisão de primeiro grau será submetida ao órgão hierarquicamente superior.

Na doutrina, costuma-se questionar essas hipóteses em que o Código impõe o recurso, que seria de ofício pelo magistrado. Alegam que não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na medida em que não se compatibiliza com

¹ Advogada, mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutoranda pela mesma instituição de ensino.

² Advogada. Professora. Doutoranda, mestre e especialista pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP.

princípios da liberdade, sistema acusatório, presunção de inocência e devido processo constitucional.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira explica que: “A imposição de reexame necessário não se sustenta em nenhuma justificação racional, encontrando-se, na verdade, presa ao espírito autoritário do Código de 1941. Poder-se-ia alegar que a ausência de previsão legal para a participação do Ministério Público nas ações de habeas corpus impediria a sua manifestação recursal, facilitando, assim, a posição do acusado em relação aos interesses da persecução penal. Ora, ainda que assim fosse, a solução aqui aventada não mereceria qualquer reparo. Em processo penal, deve-se trabalhar, sempre, com a ideia de inocência do aprisionado, cuja restrição da liberdade somente se legitima a partir da identificação de razões cautelares para o encarceramento provisório. A regra é, pois, a liberdade, e não a prisão. E se assim é, cumpre aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal a demonstração da necessidade da prisão. Por isso, é a eles que deve competir a iniciativa da revisão da sentença concessiva da liberdade.” (OLIVEIRA, EUGÊNIO PACELLI/2016)

Art. 575. Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo.

Do artigo em análise depreende-se que a conduta desviante por parte do funcionário público não poderá afetar de maneira prejudicial o pleito recursal apresentado tempestivamente pela parte. Significa que sempre que se verificar que falta ou desídia por parte de servidor público afetou o devido processamento do recurso ou sua apreciação, deverá ser garantido o seu envio à instância superior.

Nesse sentido, tem-se a Súmula 320, do Supremo Tribunal Federal, que determina não haver prejuízo na demora da juntada de apelação aos autos em razão de omissão ou negligência do cartório, desde que a mesma tenha sido despachada pelo juiz no prazo legalmente previsto.

A despeito de não afetar negativamente a parte que teve seu recurso tratado de maneira inadequada pelo funcionalismo público, o mesmo não se deve aplicar àquele profissional que cometeu o erro ou falta; dever-se-á apurar a culpa do servidor em processo administrativo consentâneo (NUCCI, 2020).

Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

No que diz respeito às ações penais públicas incondicionadas, tem-se vigente a indisponibilidade da ação penal por parte do Ministério Público. Assim, uma vez que o órgão ministerial tenha apresentado pleito para reforma parcial ou total da sentença proferida pelo juízo *ad quo*, não será possível que haja a desistência. Note-se que o disposto legal não determina a obrigatoriedade da apresentação de recurso pelo *Parquet*, mas apenas impede que haja a desistência após a sua apresentação. Ou seja, na hipótese de o promotor concordar com os termos da decisão exarada pelo magistrado, poderá este se abster de solicitar a alteração da sentença.

Merece, contudo, destaque o fato de que o Ministério Público se trata de instituição com independência funcional, sendo possível que integrantes de um mesmo órgão possuam entendimentos divergentes. Assim, tem-se como possibilidade o caso de o promotor responsável pelo caso à época da prolação da sentença entender que tal decisão deve ser reformada e, por isso, apresente petição de interposição de recurso de apelação. É possível que no momento da apresentação das razões recursais outro membro do órgão ministerial seja responsável por seu oferecimento, podendo este divergir da necessidade de reforma da decisão. Neste cenário, ainda deverá ser apresentada a petição – mas poderá conter argumentação no sentido de ser mantida a decisão anterior (NUCCI, 2020).

Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

O artigo em comento trata de legitimidade e interesse recursal. Indica quem são os legitimados e nesse contexto considera como legitimados recursais: o Ministério Público, o querelante, o réu, o procurador ou o defensor. Observe-se que tanto o réu quanto seu representante (procurador ou defensor) são legitimados a oferecer recurso. Trata-se de legitimidade concorrente. “Isso quer dizer que o acusado pode interpor o recurso, independentemente da intervenção do advogado. Mais do que isso, vale como interposição qualquer manifestação de vontade de recorrer, sobretudo em se tratando

de sentença condenatória. Assim, se o réu, intimado da sentença, diz ao oficial de justiça de sua intenção de recorrer, basta a consignação dessa manifestação da vontade para considerar-se interposto o recurso” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES 2005).

A concorrência entre legitimados poderá, eventualmente, ocasionar o conflito do exercício da voluntariedade recursal, quando o réu renunciar ao recurso, mas seu procurador ou defensor apresentar o recurso. Nesse caso, deve prevalecer a vontade do réu. Por outro lado, há julgados em sentido diverso: “PROCESSO PENAL. ROUBO. APELAÇÃO DESISTÊNCIA DO RÉU. INTERPOSIÇÃO PELO DEFENSOR. POSSIBILIDADE. O recurso interposto pelo Defensor Público deve ser conhecido e julgado, ainda que o Réu tenha manifestado sua desistência. "Existindo conflito entre a vontade do Réu e a do seu Defensor quanto à interposição de recurso, prevalece a manifestação técnica do Defensor, porquanto tem este melhores possibilidades de avaliar as condições de êxito da impugnação” (STJ-SP 18.750/MG. ACr HC 21905/ SPHABEAS-CORPUS 2002/0051539-9 PG:00375 Rel. Min. PAULO MEDINA); “HABEAS CORPUS. APELAÇÃO CRIMINAL. CONFLITO DE VONTADES ENTRE O RÉU, QUE DESISTIU DO RECURSO, E A DEFESA TÉCNICA QUE O INTERPÔS. "Existindo divergência quanto à interposição de recurso entre o acusado e o seu Defensor, prevalece a vontade do último, posto tratar-se de profissional preparado tecnicamente, com melhor domínio sobre a questão jurídica, com mais experiência e condições para decidir sobre a conveniência ou não da impugnação" ordem concedida, determinando que o tribunal a quo proceda a novo julgamento da apelação nº 1255505/8, examinando o mérito da questão como entender de direito” (STJ Acr. HC18393 / SP. HABEAS CORPUS 2001/0108425-3 Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA).

Ainda o parágrafo único cuida do interesse recursal, que está diretamente ligado à decisão desfavorável. Nesse sentido, o interesse recursal apenas se justifica quando a decisão lhe for desfavorável ou prejudicial. No caso do Ministério Público, só terá interesse em recorrer das decisões favoráveis ao réu, enquanto o réu, seu procurador ou defensor poderão recorrer das decisões prejudiciais ao réu.

Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

§ 1º Não sabendo ou não podendo o réu assinar o nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas.

§ 2º A petição de interposição de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega.

§ 3º Interposto por termo o recurso, o escrivão, sob pena de suspensão por dez a trinta dias, fará conclusos os autos ao juiz, até o dia seguinte ao último do prazo.

O artigo em comento trata de questões formais quanto aos recursos no processo penal, especialmente quanto a interposição, que poderá ocorrer por petição ou por termo nos autos, manifestando o interesse em recorrer. A simples expressão “recurso” já é suficiente para demonstrar a interposição recursal no processo penal para, na sequência, ser oportunizado a apresentação de razões.

Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.

O dispositivo legal em análise versa sobre o princípio da fungibilidade dos recursos. Referido princípio estabelece que, não havendo erro grosseiro o má-fé, na interposição errônea da espécie de recurso apresentado pela parte, este deverá ser processado e conhecido, não implicando na não-apreciação pela instância superior. Tem como principal objetivo a efetividade da economia processual.

Por erro grosseiro entende-se aquele que não se justifica; não havendo qualquer controvérsia na doutrina ou jurisprudência acerca de qual o recurso cabível na situação em concreto, a fungibilidade recursal não se aplicará. Nesta hipótese, o recurso inadequado deverá ser rejeitado.

Por má-fé, entende-se quando a utilização do princípio da fungibilidade dos recursos é utilizada como forma de procrastinar o procedimento judicial ou mesmo para contornar a eventual perda de prazo do recurso adequado às circunstâncias.

A título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça já aplicou a fungibilidade à apelação interposta quando cabível recurso em sentido estrito (AgInt no REsp 1532852/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 07/06/2016, DJE 22/06/2016; HC 265378/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJE 25/05/2016; AgRg no AREsp 644988/PB, Rel. Ministro

Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/04/2016, DJE 29/04/2016; HC 295637/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/08/2014, DJE 14/08/2014).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça já considerou erro grosseiro a interposição de recurso ordinário em *habeas corpus*, quando o recurso em sentido estrito deveria ser atacado por recurso especial (RHC 042394/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/03/2016, DJE 16/03/2016; AgRg no RHC 037923/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/11/2014, DJE 12/12/2014)

Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

O artigo em comento trata do efeito extensivo do recurso (situações de corréus). São situações em que um dos réus deixa de recorrer, mas o acórdão que julgou o recurso interposto por outro ou outros réus lhe é favorável.

Importante compreender que o réu que deixou de recorrer não será beneficiado pela situação favorável quando os fundamentos da reforma forem de caráter exclusivamente pessoal, por exemplo, no caso de menoridade, antecedentes.

CAPÍTULO II – DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

José Sérgio do Nascimento¹
(arts. 581 ao 592)

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

- I - que não receber a denúncia ou a queixa;
- II - que concluir pela incompetência do juízo;
- III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;
- IV - que pronunciar o réu;
- V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;
- VI - (Revogado pela Lei nº 11.689, de 2008)
- VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;
- VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;
- IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;
- X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;
- XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;
- XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;
- XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;
- XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;
- XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;
- XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;
- XVII - que decidir sobre a unificação de penas;
- XVIII - que decidir o incidente de falsidade;
- XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;
- XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;
- XXI - que manter ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;
- XXII - que revogar a medida de segurança;
- XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;
- XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.
- XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei.

I - Predomina o entendimento de que o não recebimento e a rejeição da peça inicial acusatória são expressões sinônimas. Nesse mesmo sentido, a Súmula 60 do TRF da 4ª Região traz: *da decisão que não recebe ou que rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito.*

¹ especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito. Professor Titular da Escola Superior de Administração e Marketing e Comunicação – ESAMC Campinas. Advogado

As causas de não recebimento da peça acusatória estão elencadas no artigo 395 do Código de Processo Penal.

Destaca-se que equivale à rejeição da denúncia a decisão que a admite com capitulação diversa.

Da mesma forma, cabe este recurso da decisão que não receber o aditamento à denúncia ou queixa (interpretação extensiva).

Nos juizados, o recurso cabível contra a rejeição da peça acusatória é a apelação, no prazo de 10 dias (art. 82 da Lei 9.099/95).

A Suprema Corte sumulou acerca da falta de intimação para oferta de contrarrazões, nos seguintes termos da Súmula 707 STF: *Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo.*

Nesse mesmo sentido, reconhecendo a nulidade absoluta, vem o STJ, Jurisprudência em Tese nº 66.07: *A ausência de contrarrazões ao recurso em sentido estrito interposto contra decisão que rejeita a denúncia enseja nulidade absoluta do processo desde o julgamento pelo Tribunal de origem.*

Não há falar em supressão de instância quando há recebimento da peça inicial acusatória pelo Tribunal. Nesse sentido há a Súmula 709 STF: *Salvo quando nula a decisão de 1º grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.*

Por fim, não cabe Recurso em Sentido Estrito do despacho que indefere instauração de inquérito ou que determina seu arquivamento.

II - Em processo penal, antagonicamente ao que ocorre no processo civil, é admissível que o magistrado admita, de ofício, tanto a incompetência absoluta quanto a relativa. Como não há qualquer distinção quanto à espécie de incompetência (absoluta ou relativa), conforme se extrai do artigo 109 do Código de Processo Penal, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Caso o magistrado recuse de ofício de sua competência, as partes estão legitimadas a interpor o Recurso em Sentido Estrito.

Ainda contemplado nesse inciso, enquadra-se o Recurso Sentido Estrito contra

a decisão que desclassifica a infração penal na primeira fase do procedimento do júri (CPP, art. 419), por exemplo, de tentativa de homicídio para lesão corporal.

Lado outro, caso o magistrado julgue procedente a exceção de incompetência, a impugnação adequada também será o RESE, porém com fundamento no inciso III do art. 581 do CPP.

Se o juiz negar a arguição de incompetência, contudo, não caberá recurso em sentido estrito, o que, no entanto, não impede que a questão seja novamente ventilada em *habeas corpus* ou em preliminar de apelação.

Admite-se Recurso em Sentido Estrito caso o juiz despreze acidental arguição de declinação de competência formulado pelo órgão Ministerial – ex: arquivamento indireto do IP.

Havendo decisão que conclua pela competência, não cabe Recurso em Sentido Estrito, restando apenas *Habeas Corpus*.

III – De proêmio, o legislador claramente determinou que o RESE cabe apenas contra a decisão “que julgar procedentes as exceções”, o que, no entanto, não impede que a matéria volte a ser questionada, se julgada improcedente, em preliminar de eventual apelação ou por meio de *habeas corpus* (CPP, art. 648, VI).

Quanto à ressalva da exceção de suspeição, a razão para essa distinção é evidente: sabedores que somos de que o Recurso em Sentido Estrito é cabível contra decisão apenas de juiz de 1ª instância, considerando que a exceção de suspeição é apreciada pelo Tribunal, é de se concluir que não se admite a interposição de RESE, seja ela julgada procedente ou não.

Em relação ao recurso cabível contra a decisão que julga procedente ou improcedente a exceção de suspeição nos tribunais, a via impugnativa depende do órgão que, segundo o respectivo regimento interno, tiver competência para apreciá-la.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, compete à Câmara Especial julgar as exceções de suspeição e de impedimento opostas em relação aos juízes de primeiro grau (art. 187 do Regimento Interno). Nesse caso, na medida em que a exceção é decidida pela Câmara Especial, restam os recursos extraordinário e especial como únicas impugnações possíveis.

IV - Pode ser interposto pela defesa quando o acusado for pronunciado pelo crime capitulado na denúncia, assim como por qualquer outro delito e, nesta hipótese, também poderá recorrer a acusação (v.g., acusado denunciado por homicídio qualificado que é pronunciado por homicídio simples).

É distintamente possível que o Ministério Público recorra da pronúncia em favor do acusado, visando à absolvição sumária, desclassificação, etc., desde que tenha se manifestado nesse sentido por ocasião da apresentação das alegações orais.

Nos Tribunais Superiores, prepondera a orientação de que, segundo redação dos arts. 271, 584, § 1º e 598, todos do Código de Processo Penal, o assistente do Ministério Público tem legitimidade para interpor Recurso em Sentido Estrito contra a decisão de pronúncia.

Da decisão de impronúncia caberá apelação (416, CPP).

V – Neste caso, o Recurso em Sentido Estrito tornou-se via de impugnação utilizada pela acusação, (por exemplo, quando do indeferimento de requerimento de prisão preventiva), pois o *habeas corpus* é mais efetivo nos casos elencados que interessam à defesa. Neste sentido: “*Para a defesa, as decisões que negam, cassam ou julgam inidônea a fiança, em geral, são atacadas por habeas corpus, não apenas porque costumam implicar a prisão cautelar do imputado, mas principalmente pela celeridade e a possibilidade de concessão de medida liminar que somente o habeas corpus possui*” (LOPES JR, Aury, 2020, p. 1085).

Caso seja o crime de competência originária dos Tribunais ou se o Relator decretar ou deixar de decretar a prisão preventiva, caberá agravo regimental.

Somente poderão ser impugnadas por meio desse Recurso em Sentido Estrito as decisões judiciais relativas à fiança. As decisões da autoridade policial nos casos de fiança não podem ser impugnadas por meio do recurso em tela. Assim, se o Delegado de Polícia conceder fiança em relação a crime inafiançável (CPP, arts. 323 e 324), deve o órgão do Ministério Público pedir a cassação da fiança à autoridade judiciária. Se, a despeito do requerimento ministerial, o juiz deliberar pela manutenção da fiança concedida pelo delegado, então cabível o Recurso em Sentido Estrito previsto no inciso V do art. 581 do Código de Processo Penal.

Na medida em que a lei admite a interposição de Recurso em Sentido Estrito contra a decisão que indeferir requerimento de prisão preventiva, também deve ser admitido Recurso em Sentido Estrito contra a decisão que indefere requerimento de decretação de prisão temporária e/ou medida cautelar diversa da prisão, ou que revoga e/ou determina a substituição de quaisquer das medidas cautelares de natureza pessoal.

Caso a medida cautelar de natureza pessoal seja decretada na decisão de pronúncia, caberá Recurso em Sentido Estrito contra tal decisão, com fundamento no artigo 581, inciso IV, do CPP. Por sua vez, se a medida for decretada no bojo da sentença condenatória, o recurso oponível será o de apelação, ex vi do art. 593, inciso I, do CPP. Nada impede, porém, que o interessado impetre imediatamente *habeas corpus* questionando a medida cautelar, por ser remédio constitucional mais célere na tutela da liberdade de locomoção, sendo inadmissível que normas infraconstitucionais limitem o cabimento do *writ* (CF, art. 5º, LXVIII).

As circunstâncias contidas nesse inciso não são dotadas de efeito suspensivo, ou seja, uma vez revogada a medida cautelar, por exemplo, a prisão preventiva, ainda que o RESE seja interposto, o preso será colocado imediatamente em liberdade. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, em regra, não cabe mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a determinado recurso que não o possui (Súmula 604 do STJ).

É cabível RESE contra decisão que revoga medida cautelar diversa da prisão. O inciso V expressamente permite RESE contra a decisão do juiz que revogar prisão preventiva, decisão esta similar ao ato de revogar medida cautelar diversa da prisão. Logo, permite-se a interpretação extensiva neste caso. (STJ. 6ª Turma. REsp 1628262/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/12/2016).

Embora seja um rol taxativo, em razão das mudanças da legislação processual penal, não é aceitável a estagnação das hipóteses de cabimento. Ademais, em razão da paridade de armas, não se pode permitir um desequilíbrio entre as partes de tal forma que a acusação fique privada de um instrumento de impugnação das decisões proferidas por juiz de primeiro grau, considerando que a defesa sempre poderá impetrar ordem de *habeas corpus*.

De fato, não se admite a ampliação das hipóteses para abranger situação que evidentemente o legislador quis excluir. No entanto, diante de uma omissão

involuntária do legislador, a hipótese pode ser suprida por meio de interpretação extensiva.

VII - A decisão que decreta a quebra da fiança está sujeita a Recurso em Sentido Estrito (art. 581, VII, CPP), que terá efeito suspensivo apenas quanto ao perdimento da metade do valor prestado em fiança (art. 584, § 3º, CPP).

Esse recurso pode ser interposto até mesmo pelo terceiro que prestou fiança em favor de outrem.

De acordo com o art. 581, inciso VII, do Código de Processo Penal, a decisão que decreta a perda da fiança, privativa do magistrado, comporta Recurso em Sentido Estrito, o qual é dotado de efeito suspensivo quanto à destinação do valor remanescente (art. 584, caput, CPP).

Não obstante, como o perdimento da fiança é decretado, em regra, pelo juízo da execução, porquanto ocorre após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 344 do CPP), o recurso cabível será o agravo em execução, nos exatos termos do art. 197 da Lei de Execução Penal.

VIII e IX - As hipóteses de cabimento do RESE devem ser interpretadas de maneira residual. Deve-se perguntar em que momento se julgou extinta a punibilidade: se, por exemplo, for na sentença definitiva (condenatória ou absolutória), caberá apelação (art. 593, p. 4º). Sendo a decisão for dada pelo juízo da execução, caberá agravo em execução (art. 197 da LEP), mesmo que conste do rol do 581. Por fim, se a decisão for proferida em processo de competência originária dos Tribunais caberá agravo regimental.

O Recurso em Sentido Estrito previsto no art. 581, inciso VIII, do CPP, também será cabível quando houver a absolvição sumária com fundamento em causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 397, IV).

Apesar de a Lei 11.719/08 ter inserido a presença de causa extintiva da punibilidade como uma das hipóteses que autorizam a absolvição sumária do acusado, é certo que houve uma impropriedade técnica por parte do legislador. Isso porque a decisão que julga extinta a punibilidade não tem natureza absolutória, na medida em que o magistrado simplesmente declara que o Estado não mais poderá exercer a pretensão punitiva contra o acusado, sem fazer qualquer análise quanto ao mérito no

sentido de dizer se ele é inocente ou culpado – Neste sentido, a Súmula 18 do STJ.

Quanto ao interesse de agir do acusado para interpor Recurso em Sentido Estrito contra decisão que declara extinta sua punibilidade, prevalece o entendimento de que, havendo prescrição – ou outra causa extintiva da punibilidade –, o recurso não será apreciado no mérito, porquanto ausente interesse de agir. Esse argumento é reforçado pela própria natureza jurídica da decisão que julga extinta a punibilidade – segundo entendimento majoritário – declaratória –, da qual não derivam quaisquer efeitos civis.

Apesar de o Código de Processo Penal prever o cabimento de RESE contra a decisão que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 581, IX), nada impede a utilização pela defesa, contra a mesma decisão, de *habeas corpus*, nos exatos termos do art. 648, VII, do CPP.

X – O Recurso em Sentido Estrito contra decisão que concede ou nega a ordem de *habeas corpus* é admitido apenas em 1ª instância (v.g., *writ* impetrado contra o Delegado de Polícia).

Sendo o *habeas corpus* prejudicado, também será cabível a interposição de Recurso em Sentido Estrito, pois tal decisão equipara-se à denegação da ordem.

Além do Recurso em Sentido Estrito, contra a concessão de *habeas corpus*, há também o recurso de ofício (reexame necessário), nos termos do 574, I, do CPP e Súmula 423 do STF.

Este Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão concessiva da ordem de *habeas corpus* pode ser interposto pelo Ministério Público, pelo querelante e pelo assistente da acusação, valendo lembrar que, quanto a este último, sua intervenção está restrita à fase processual.

Em que pese o Código de Processo Penal prever o cabimento de RESE contra a decisão que negar a ordem de *habeas corpus* (CPP, art. 581, X), nada impede a utilização pela defesa, contra a mesma decisão, de *habeas corpus*, nos exatos termos do art. 648 do CPP.

Assim, negada a ordem de *habeas corpus* pelo magistrado de 1ª instância, poderá ser impetrado novo remédio constitucional à instância superior competente.

Essa possibilidade de impetração de *habeas corpus* para uma instância superior contra decisão denegatória de *writ* anterior não é válida apenas para decisões de juízes de 1ª grau, mas também contra decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Superiores.

Logo, se um Tribunal de Justiça denegar a ordem de *habeas corpus*, o paciente poderá se valer tanto de um recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, II, “a”), quanto de novo *habeas corpus* para o STJ (CF, art. 105, I, “c”).

XI - Em tese é cabível RESE nessa hipótese se a decisão ali mencionada for proferida antes do início da execução penal.

No entanto, frise-se que, se essa mesma decisão for prolatada na sentença condenatória, caberá o recurso de apelação (art. 593, p. 4º, do CPP).

Por outro lado, tendo início a execução penal, o recurso cabível será o agravo em execução (art. 197 da LEP).

O mesmo raciocínio aplica-se à revogação do *sursis*, cuja competência é exclusiva do Juízo das Execuções, já que a ele compete fiscalizar o cumprimento das condições fixadas na suspensão condicional da pena (LEP, art. 66, III, “d”).

A jurisprudência tem admitido, por meio de interpretação extensiva, a interposição do Recurso em Sentido Estrito aí previsto contra a decisão que concede, nega ou revoga a suspensão condicional do processo.

Isso por uma razão óbvia: a Lei nº 9.099/95 é posterior à vigência do Código de Processo Penal, motivo por que não houve qualquer menção às decisões dos Juizados nos incisos do art. 581, o que, no entanto, não impede a possibilidade de interpretação extensiva do art. 581, incisos XI ou XVI, do CPP (c/c art. 92 da Lei nº 9.099/95).

De todo modo, ainda que se entenda não haver previsão legal de recurso cabível contra a homologação da suspensão, nada impede a impetração de mandado de segurança pela acusação, ou de *habeas corpus* ou correição parcial em favor do acusado.

XIII - Em que pese o legislador referir-se à anulação do processo da instrução criminal, é pacífico que o termo ora empregado deve ser interpretado em sentido amplo, no sentido de fase judicial.

Assim, diante da anulação total do processo ou de qualquer ato nele praticado, mesmo antes da fase instrutória, o recurso adequado será o RESE, pouco importando se a anulação foi proferida de ofício pelo magistrado ou se houve provocação das partes.

Mais uma vez, é importante que se tenha em mente que a utilização do RESE é residual, ou seja, sua interposição somente será possível se essa anulação não ocorrer em sede de sentença condenatória ou absolutória.

O dispositivo prevê o cabimento do RESE apenas contra a decisão que anular o processo – no todo ou em parte.

Logo, indeferida a anulação do processo, a irresignação das partes poderá ser feita por meio de preliminar de futura e eventual apelação, *habeas corpus*, mandado de segurança ou até mesmo correição parcial, a depender do caso concreto.

A hipótese de cabimento do RESE prevista no art. 581, XIII, do CPP, também pode ser utilizada no caso de decisão judicial que reconhecer a ilicitude da prova e determinar seu subsequente desentranhamento dos autos do processo (art. 157, p. 3º).

Caso o magistrado reconheça pela inadmissibilidade da prova antes da audiência una de instrução e julgamento, por meio de decisão interlocutória, o recurso cabível será o Recurso em Sentido Estrito.

Lado outro, caso não seja reconhecida a ilicitude da prova, será possível a impetração de *habeas corpus* em favor do acusado, ou mandado de segurança, seja em favor da acusação, seja em favor do acusado.

Em ambas as situações (reconhecimento ou não da ilicitude da prova), a matéria poderá ser impugnada novamente em preliminar de futura e eventual apelação, por cerceamento do direito de defesa ou de acusação.

XIV - De acordo com o art. 426 do CPP, a lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri.

Essa lista poderá ser alterada de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva.

Há quem entenda que, não obstante as mudanças produzidas pela Lei 11.689/08, pela qual se admite a reclamação de qualquer do povo, continua sendo cabível RESE contra a lista geral dos jurados, cujo prazo de interposição é de 20 dias, contados da data de sua publicação definitiva, cabendo seu julgamento ao Presidente do respectivo Tribunal (art. 581, XIV, c/c art. 582, parágrafo único, c/c art. 586, parágrafo único, todos do CPP).

Na hipótese deste inciso, o RESE pode ser interposto pelo Ministério Público, por advogados, pelos Defensores Públicos, como por qualquer pessoa – até mesmo o jurado incluído ou excluído, desde que representada por advogado que resida na comarca abrangida pela lista.

XV - Interposta a apelação, se o juiz não a receber ou a julgar deserta, caberá RESE; se lhe obstar o seguimento, caberá carta testemunhável.

Da decisão que denegar o RESE ou o agravo em execução cabe carta testemunhável (art. 639, I).

A apelação é denegada quando verificada a ausência dos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal. Apesar de tais pressupostos serem analisados tanto pelo juízo *a quo* quanto pelo juízo *ad quem*, é evidente que a hipótese de cabimento do RESE prevista no art. 581, XV, do CPP, destina-se apenas à impugnação da denegação da apelação pelo juízo *a quo*. Isso porque o RESE é modalidade de impugnação que se dirige, tão somente, contra decisão de juiz singular.

Subsiste uma única hipótese de deserção no Código de Processo Penal, a saber, a deserção por falta de preparo do recurso do querelante em crimes de ação penal exclusivamente privada, já que a outra hipótese – fuga do acusado nas hipóteses em que a lei impõe seu recolhimento à prisão para apelar, outrora prevista no art. 595 do CPP – foi expressamente revogada pela Lei nº 12.403/11.

XVI - Uma vez determinada a suspensão do processo em virtude do reconhecimento de questão prejudicial heterogênea, seja ela pertinente (ou não) ao estado civil das pessoas (CPP, arts. 92 e 93), com a consequente suspensão da

prescrição (CP, art. 116, I), o recurso cabível será o Recurso em Sentido Estrito, nos termos do art. 581, XVI, do CPP.

Como observa a doutrina, se o juiz, julgando equivocadamente estar diante de questão prejudicial, suspender o processo penal, a prescrição não ficará suspensa, podendo, mais tarde, ser declarada em grau de recurso a extinção da punibilidade.

Por isso, a lei faculta o manejo do RESE tanto em relação às questões prejudiciais de suspensão obrigatória (CPP, art. 92), como no tocante aos casos de suspensão facultativa (CPP, art. 93).

O Código de Processo Penal prevê o cabimento de RESE apenas contra a decisão que ordenar a suspensão do processo em virtude de questão prejudicial (CPP, art. 581, XVI).

Logo, não cabe recurso contra a decisão que indeferir a suspensão do processo. Nesse sentido, aliás, eis o teor do art. 93, § 2º, do CPP: “Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso”.

A despeito de não haver previsão legal de recurso adequado contra o indeferimento da suspensão do processo em virtude de questão prejudicial, a matéria poderá ser questionada em preliminar de futura e eventual apelação, sem prejuízo da utilização dos *writs* constitucionais – mandado de segurança e *habeas corpus*.

Com base em interpretação extensiva do art. 581, XVI, do CPP, os tribunais também têm admitido a utilização do Recurso em Sentido Estrito contra decisão que determina a suspensão do processo e da prescrição pelo fato de o acusado, citado por edital, não ter comparecido nem constituído defensor (CPP, art. 366).

Em igual sentido, é cabível Recurso em Sentido Estrito para impugnar decisão que indefere produção antecipada de prova, nas hipóteses do art. 366 do CPP: STJ. 3ª Seção. EREsp 1.630.121-RN, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/11/2018 (Info 640).

A decisão que indefere a produção antecipada de prova nas hipóteses do art. 366 do CPP admite RESE com base no inciso XVI do art. 581 (que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial).

A decisão que defere ou indefere a produção antecipada de provas com base

no art. 366 deve ser encarada, para fins de recurso, como sendo uma decisão que “ordena a suspensão do processo” e, além disso, determina se haverá ou não a produção das provas. Logo, enquadra-se no inciso XVI do art. 581 do CPP.

XVIII - Recurso em Sentido Estrito será cabível tanto na hipótese de procedência como no caso de improcedência do pedido constante do incidente de falsidade documental.

Nesse ponto, há de se dispensar especial atenção ao art. 145, inciso IV, do CPP, segundo o qual “se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, (o juiz) mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público”.

Leitura precipitada desse dispositivo pode levar à conclusão – equivocada – de que o reconhecimento da falsidade, ou seja, a procedência do incidente, seria irrecorrível.

No entanto, quando o dispositivo se refere ao reconhecimento da falsidade por decisão irrecorrível, não está assegurando sua irrecorribilidade. Na verdade, o dispositivo condiciona o desentranhamento do documento à preclusão da decisão judicial.

Tecnicamente, portanto, o dispositivo deve ser lido no seguinte sentido: “Preclusa a decisão que reconhecer a falsidade do documento, este será desentranhado dos autos e remetido, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público”.

XXV - Este inciso foi incluído pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), haja vista a previsão de acordo de não persecução penal.

Essa previsão recursal vem sendo criticada pela doutrina (Rogério Sanches, CONJUR, MIGALHAS, Paulo Queirós), pois, recusando-se o juiz a homologar um acordo que o Ministério Público insiste em oferecer, há a violação do sistema acusatório (art. 3º-A, CPP) e à independência do MP (art. 129, CF).

Além disso, afirma a doutrina que, ao retirar o controle judicial no caso de arquivamento, com a alteração do artigo 28, o Código de Processo Penal não teria sentido em manter a redação do artigo 28-A, § 7º, que permite a recusa da homologação do acordo, consistindo também em uma espécie de controle judicial.

Assim, neste caso de recusa do juiz, sugere a doutrina que se utilize, por analogia, o artigo 28 do CPP, para que no âmbito do Ministério Público se decida pela homologação ou pela denúncia, o que é feito em caso de arquivamento ou no caso de o MP se recusar a propor o acordo de não persecução penal, conforme artigo 28-A, § 14, do CPP.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

As hipóteses dos incisos XII (que conceder, negar ou revogar livramento condicional); XVII (que decidir sobre a unificação de penas); XIX (que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado); XX (que impuser medida de segurança por transgressão de outra); XXII (que revogar a medida de segurança) e XXIII (que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação) foram tacitamente revogadas pela LEP, diante do cabimento do agravo em execução (art. 197 da LEP).

Em regra, decisões interlocutórias no processo penal são irrecuráveis, salvo se tal decisão constar do rol do artigo 581.

Previsão de cabimento de RESE na legislação especial:

Lei 9.503/97 – CTB, artigo 294, p.u. – Da decisão ou medida cautelar que decretar a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, ou da que indeferir o requerimento do MP; sem efeito suspensivo.

Lei 1.508/51 – Jogo do Bicho, artigo 6º, p.u. – No caso de arquivamento das contravenções do jogo do bicho e da corrida de cavalos fora do hipódromo, admite-se RESE a ser interposto pelo autor da representação.

Decreto-Lei 201/76 – Crime de Responsabilidade dos Prefeitos, artigo 2º, III – Caberá Recurso em Sentido Estrito dotado de efeito suspensivo no prazo de 5 dias para o tribunal competente contra a decisão, concessiva ou denegatória, de prisão preventiva, ou de afastamento do cargo do acusado. A regra do art. 2º, III, do DL 201, aplica-se apenas aos vereadores e ex-Prefeitos. Os Prefeitos que estão no cargo serão

julgados segundo o disposto nos arts. 1º a 12 da Lei 8.038/90, cabendo agravo regimental (art. 39 da Lei 8.038/90) ou HC.

Art. 582 Os recursos serão sempre para o Tribunal de Apelação, salvo nos casos dos ns. V, X e XIV.

Parágrafo único. O recurso, no caso do nº XIV, será para o presidente do Tribunal de Apelação.

“Tribunal de Apelação é o competente para julgar a infração penal pela qual responde o acusado. Pode ser tanto o Tribunal de Justiça (crimes da competência estadual), quanto o Tribunal Regional Federal (delitos da esfera federal).” (NUCCI, 2005, P. 901)

Art. 583. Subirão nos próprios autos os recursos:

I - quando interpostos de ofício;

II - nos casos do art. 581, I, III, IV, VI, VIII e X;

III - quando o recurso não prejudicar o andamento do processo.

Parágrafo único. O recurso da pronúncia subirá em traslado, quando, havendo dois ou mais réus, qualquer deles se conformar com a decisão ou todos não tiverem sido ainda intimados da pronúncia.

O recurso da pronúncia subirá em traslado quando, havendo dois ou mais réus, qualquer deles se conformar com a decisão ou todos não tiverem sido ainda intimados da pronúncia (art. 583, p.u.)

Segundo o artigo. 583, subirão nos próprios autos os recursos, e não por instrumento, quando: interpostos de ofício (apenas na hipótese da decisão concessiva de HC – art. 574, I, c/c art. 581, X); nos casos do art. 581, I, III, IV, VIII e X; e quando o recurso não prejudicar o andamento do processo (como na hipótese em que o processo ficará suspenso – ex: art. 366 – pois não haverá qualquer prejuízo com a remessa dos autos originais à superior instância).

Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.

§ 1º Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do nº VIII do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.

§ 2º O recurso da pronúncia suspenderá tão-somente o julgamento.

§ 3º O recurso do despacho que julgar quebrada a fiança suspenderá unicamente o efeito de perda da metade do seu valor.

Excepcionalmente (art. 584, caput, e §§ 2º e 3º), haverá efeito suspensivo da decisão de perda de fiança e da decisão que denegar ou julgar deserta a apelação. No recurso de pronúncia, suspenderá tão somente o julgamento pelo Tribunal Popular. O recurso contra decisão que julgar quebrada a fiança suspenderá unicamente o efeito de perda da metade de seu valor.

Art. 585. O réu não poderá recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestar fiança, nos casos em que a lei a admitir.

Jurisprudência

[...] O decreto de prisão preventiva há que fundamentar-se em elementos fáticos concretos, que demonstrem a necessidade da medida construtiva. É incabível a prisão do réu como condição para o recebimento de recurso contra a sentença de pronúncia. Ordem concedida (Habeas Corpus nº 101.244-MG, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, publicado no DJ em 9.4.2010.

Art. 586. O recurso voluntário poderá ser interposto no prazo de cinco dias.
Parágrafo único. No caso do art. 581, XIV, o prazo será de vinte dias, contado da data da publicação definitiva da lista de jurados.

Trata-se de simples petição de interposição de recurso que não precisa ser acompanhada das razões recursais.

Já para o Recurso em Sentido Estrito contra a decisão que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir, previsto no inciso XIV, o prazo mais extenso se justifica por se tratar de um recurso contra o administrativo do presidente do tribunal do júri, que poderá ser impugnado por qualquer pessoa e que tem como termo inicial a publicação definitiva da lista dos jurados e não uma intimação específica das partes quanto a um ato jurisdicional.

Art. 587. Quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado.

Parágrafo único. O traslado será extraído, conferido e concertado no prazo de cinco dias, e dele constarão sempre a decisão recorrida, a certidão de sua intimação, se por

outra forma não for possível verificar-se a oportunidade do recurso, e o termo de interposição.

A parte recorrente deverá indicar as peças dos autos que deverão ser trasladadas. Deve indicar as peças que entende relevantes e fundamentais para que o recurso seja apreciado na instância superior.

No entanto, o parágrafo único traz a obrigatoriedade de constar no instrumento a decisão recorrida, a certidão da intimação – se por outra forma não for possível se apurar a tempestividade do recurso – e o próprio termo recursal.

Jurisprudência

[...] 2. A regra do art. 587 do Código de Processo Penal disserta: *“Quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado.”* 3. Tendo sido indicadas as peças que deveriam ser trasladadas para a correta instrução do agravo, não poderia a Corte a quo, alegando a ausência de peças essenciais ao reexame da questão, deixar de conhecer do recurso interposto. [...]. (Habeas Corpus nº 332.962/SP, 5ª Turma, unânime, Relator Min. Ribeiro Dantas, julgado em 21.6.2017, publicado no DJ em 15.8.2017)

[...] Diante dessa falta de previsão em lei sobre o rito processual a ser adotado no trâmite do recurso de agravo em execução penal (LEP, art. 197), tanto a jurisprudência quanto a doutrina majoritária firmaram o entendimento de que o procedimento a ser adotado deve ser o do recurso em sentido estrito, estabelecido nos arts. 581 a 592 do Código de Processo Penal. [...] (HC n. 361.559-SP, STJ, 6ª Turma, unânime, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20.10.2016, publicado no DJ em 14.11.2016).

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.

Apesar de o art. 588, caput, do CPP, sugerir que o prazo de 2 (dois) dias para apresentação das razões recursais corra de maneira automática após a interposição do recurso (ou extração do traslado pelo escrivão), prevalece o entendimento no sentido de que sua fluência só terá início após a notificação do recorrente para essa finalidade.

Não é possível a apresentação de razões na 2ª instância, tal qual prevista em relação à apelação (art. 600, p. 4º). Isso porque, como o Recurso em Sentido Estrito é

dotado de juízo de retratação, é indispensável que as razões sejam apresentadas no 1º grau de jurisdição, permitindo que o juiz possa se retratar ou confirmar sua decisão, antes de remeter os autos à instância superior.

O Superior Tribunal de Justiça firmou a Jurisprudência em Tese nº 66.07, nos seguintes termos: *A ausência de contrarrazões ao recurso em sentido estrito interposto contra decisão que rejeita a denúncia enseja nulidade absoluta do processo desde o julgamento pelo Tribunal de origem.*

Art. 589. Com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de dois dias, reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os traslados que lhe parecerem necessários.

Parágrafo único. Se o juiz reformar o despacho recorrido, a parte contrária, por simples petição, poderá recorrer da nova decisão, se couber recurso, não sendo mais lícito ao juiz modificá-la. Neste caso, independentemente de novos arrazoados, subirá o recurso nos próprios autos ou em traslado.

Apresentadas (ou não) as razões do recurso em sentido estrito, os autos retornarão ao juízo *a quo*, para fins de possível retratação, em 2 (dois) dias, da decisão impugnada (CPP, art. 589, caput). Se o magistrado confirmar sua decisão, deve determinar a remessa do recurso ao juízo *ad quem*. Se, no entanto, houver a retratação, a parte prejudicada poderá, por simples petição, recorrer contra a nova decisão, mas desde que também seja cabível RESE contra ela, hipótese em que não se admitirá nova modificação do teor do *decisum*. Neste caso, o recurso será remetido ao Tribunal competente, independentemente da apresentação de novas razões recursais (CPP, art. 589, parágrafo único).

Caso não seja cabível RESE contra a decisão emergente da retratação, a parte prejudicada não poderá se valer do permissivo do art. 589, parágrafo único, do CPP – ex: juiz *a quo* pronuncia o acusado; defesa interpõe RESE (art. 589, IV); juiz se retrata e absolve sumariamente; o MP deverá interpor recurso de apelação (art. 416).

Nos termos do art. 589, caput, a retratação é cabível apenas uma vez.

Jurisprudência em Tese do STJ nº 66.09 – *A decisão do juiz singular que encaminha recurso em sentido estrito sem antes proceder ao juízo de retratação é mera irregularidade e não enseja nulidade absoluta.*

Art. 590. Quando for impossível ao escrivão extrair o traslado no prazo da lei, poderá o juiz prorrogá-lo até o dobro.

Trata-se de prazo impróprio, ou seja, a sua impontualidade não gera qualquer sanção processual. A parte continua a ter direito de conhecimento do recurso.

Art. 591. Os recursos serão apresentados ao juiz ou tribunal ad quem, dentro de cinco dias da publicação da resposta do juiz a quo, ou entregues ao Correio dentro do mesmo prazo.

Referido artigo regulamenta a forma de remessa dos autos do recurso ao tribunal, bem como seu prazo. Também não há falar em prazo peremptório.

Art. 592. Publicada a decisão do juiz ou do tribunal ad quem, deverão os autos ser devolvidos, dentro de cinco dias, ao juiz a quo.

O artigo em comento estabelece a necessidade de devolução dos autos à origem no prazo de cinco dias da publicação da decisão do tribunal. A questão que se discute é saber se o prazo seria de cinco dias da data da publicação ou do esgotamento dos prazos para eventuais recursos.

Para essa resposta necessita-se saber qual a natureza do prazo. A melhor interpretação está em considerá-la como eminentemente administrativa, ou seja, trata-se de regra direcionada aos órgãos de administração do Poder Judiciário, que, atendidas as normatizações relacionadas com o devido processo legal, têm a obrigação de realizar o regular andamento dos autos.

REFERÊNCIAS

PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 11 ed. São Paulo: Atlas, SP, 2019.

LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, SP, 2020.

GOMES, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, SP, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, SP, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020

CAPÍTULO III – DA APELAÇÃO

Paula Toledo Lara dos Santos¹
(arts. 593 ao 603)

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

§ 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida retificação.

§ 2º Interposta a apelação com fundamento no no III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

§ 3º Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

§ 4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.

Dos prazos

Este artigo se dedica ao prazo da interposição do recurso de apelação e em quais momentos a mesma é cabível.

A começar pelo prazo de 05 dias, imprescindível a observância deste primeiro prazo – uma vez que veremos no artigo 600 que há outro prazo para a apresentação das razões de apelação. A não observância do prazo de 05 dias para interpor o recurso gera graves e fatais consequências, uma vez que, na ausência da interposição de recurso, haverá preclusão temporal do mesmo e o consequente trânsito em julgado da sentença.

A contagem do prazo para interpor o recurso de apelação segue a regra adotada pelo Código de Processo Penal nos demais recursos, uma vez que se trata de prazo

¹ advogada, professora de Direito Penal da UNORP de São José do Rio Preto/SP, Mestranda na área de Educação em Direitos Humanos pela UNESP de São José do Rio Preto/SP e Vice-coordenadora da Comissão de Direito Penal da 22ª Subseção de São José do Rio Preto/SP.

processual. O prazo começa a fluir no primeiro dia útil seguinte à intimação da parte. Se o último dia do prazo cair aos finais de semana ou feriado, será prorrogado para o primeiro dia útil subsequente (*vide* artigo 798 do Código de Processo Penal).

Lembre-se que os prazos processuais penais não são contabilizados em dias úteis, e sim em dias corridos, para que faça a contagem corretamente.

O momento e a forma da intimação também devem ser objetos de atenção. É possível que a intimação ao advogado seja feita pelo Diário de Justiça Eletrônico, bem como é possível que, caso a sentença seja prolatada ao final da audiência de instrução, o advogado já manifeste o interesse de recorrer em audiência e saia intimado para apresentar as razões de apelação.

Em se tratando de intimação por edital, o prazo começa a ser contado a partir do término do prazo do edital. A intimação realizada por precatória, carta de ordem ou por mandado tem início o prazo a partir da intimação efetiva, por força da Súmula 710 do STF que determina que no processo penal não se contabiliza o prazo a partir da juntada aos autos, e sim da efetiva intimação.

No caso de atuação enquanto assistente de acusação que já está habilitado nos autos do processo antes da sentença ser proferida, responde pelo mesmo prazo que as demais partes, qual seja 5 dias, começando a fluir da intimação da sentença. Se o assistente se habilitar nos autos somente após a sentença proferida, o prazo para interpor apelação é de 15 dias, por força da Súmula 448 do STF.

Hipóteses de cabimento da apelação

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular.

Entende-se por sentença definitiva aquela que julga o mérito da ação penal, após esgotada a instrução criminal. A sentença definitiva pode ser condenatória, quando o magistrado decide pela procedência (total ou parcial) da imputação feita ao réu (seja pelo Ministério Público ou querelante). Já a sentença definitiva absolutória é aquela que se caracteriza pela improcedência da acusação, proferida também pelo magistrado.

É a apelação um recurso ordinário, total ou parcial, conforme o caso, de fundamentação livre, vertical e voluntário, que se destina a impugnar uma decisão de primeiro grau, devolvendo ao tribunal ad quem o poder de revisar integralmente o julgamento (em sentido amplo, e não apenas de decisão) feito pelo juiz a quo. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1597)

Atente-se ao fato de que sentença definitiva não quer dizer sentença transitada em julgado. A sentença definitiva é aquela prolatada após esgotada a prestação jurisdicional do juiz de primeiro grau (CUNHA & PINTO, 2018).

Já a sentença transitada se caracteriza quando não há mais possibilidade de interposição de recurso.

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

Por decisões definitivas ou decisões com força de definitivas entende-se as decisões interlocutórias que encerram a relação processual, resolvendo o mérito, mas sem condenar ou absolver o réu. É importante ressaltar que o artigo se vale do termo “não previstos no capítulo anterior”, se referindo às hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, que excluem a possibilidade de interposição de apelação.

III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:

Antes de iniciarmos, é importante lembrar que o Tribunal do Júri julga, por força da Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”), os crimes dolosos praticados contra a vida. É também no mesmo artigo que consta a previsão da soberania dos veredictos (alínea “c”), no qual somente os jurados podem decidir pela procedência ou não da acusação. A apelação, neste caso, não fere a soberania, mas mitiga, ao possibilitar que o réu passe por novo julgamento do Júri, uma vez que não haverá revisão de mérito. Neste sentido: RT 728/481; RT 739/546, STF.

A apelação contra decisão do Júri possui hipóteses de cabimento precisas e objetivas, e o apelante as deve invocar no momento do recurso, fundamentando, dentre as hipóteses possíveis no artigo 593, inciso II, alíneas “a” e “d” qual o fundamento de sua apelação. Isto impossibilita, por exemplo, que haja reforma na dosimetria da pena pelo Tribunal quando o recurso de apelação foi impetrado alegando tão somente que a

decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. Este entendimento está fixado por súmula –Súmula 713 do STF.

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

Neste caso, como explicitado pela letra da lei, há uma nulidade que foi verificada após a decisão de pronúncia do réu. Alguns exemplos: ausência de acusação ou defesa em plenário, ausência de intimação da decisão de pronúncia, réu não notificado da data de sessão de julgamento.

O artigo 571, inciso V, deste diploma legal determina que a nulidade ocorrida posteriormente à pronúncia deve ser arguida logo depois de anunciado o julgamento e apregoada as partes. Entende-se, por meio desta redação, que se verifica a preclusão após esse momento. Atenção: este entendimento deve ser aplicado tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, ocorre que no caso de nulidade absoluta, a mesma pode ser novamente suscitada na apelação interposta, em sede de preliminar (CUNHA & PINTO, 2018).

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão;

Neste caso, o recurso não diz respeito à decisão dos jurados, e sim a um erro praticado pelo juiz togado. Claramente, se houve um erro, este será corrigido, não havendo necessidade de novo julgamento.

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

Semelhante ao dispositivo anterior, novamente se fala em erro na aplicação da sanção. Pode ocorrer, por exemplo, quando o magistrado fixa a pena-base muito acima do mínimo legal em um caso de réu primário e sem antecedentes. Lopes Junior (2020) considera a expressão injustiça genérica, imprecisa e inadequada, diante da variação de entendimento que se tem do que seria injusto, mas defende que o lugar-comum para que se identifique a injustiça é por meio da desproporcionalidade na aplicação da pena.

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

É a hipótese mais frequente e controversa de apelações. Neste caso, se o Tribunal superior reconhecer que o veredicto dos jurados contraria provas dos autos, irá determinar a realização de um novo julgamento, nos moldes do artigo 593, §3º.

Observe que não há julgamento do mérito por parte dos julgadores, não há decisão de absolvição ou condenação, sob pena de ferir o princípio da soberania do Júri, e sim de reconhecer a contrariedade à prova nos autos e determinar novo plenário.

Reforça-se que o entendimento do Júri precisa ser manifestamente contrário à prova dos autos, uma decisão completamente destoante das provas, que não encontra em nenhuma das provas produzidas.

Neste sentido, cita os julgados: HC nº 81423-SP, STF, DJe 19.04.2001; HC nº 85904-SP, STF, DJe 29.09.2007; HC nº 254730-SP, STJ, DJe 04.10.2013; HC nº 257629-ES, STJ, DJe 12.06.2013.

Atenção especial ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em *Jurisprudência de Teses*, nº 75, no qual fixou o entendimento: “Viola o princípio da soberania dos veredictos a anulação parcial de decisão proferida pelo Conselho de Sentença acerca da qualificadora sem a submissão do réu a novo Júri” (Tese nº 6) e “Não viola o princípio da soberania dos veredictos a cassação da decisão do Tribunal do Júri manifestamente contrária à prova dos autos” (Tese nº 13) e “a soberania do veredicto do Tribunal do Júri não impede a desconstituição da decisão por meio de revisão criminal” (Tese nº 14).

Para além disto, cita os HC’s número 154.700/SP e 276.627 do STJ que determinam o entendimento de que – independente da tese defensiva sustentada em plenário – é obrigatória a formulação do quesito genérico da absolvição após a afirmação de autoria e materialidade.

§ 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida retificação.

Novamente temos a possibilidade de correção de erro do juiz togado, que pode ser realizado pelo Tribunal superior sem ferir o princípio da soberania do veredito.

§ 2º Interposta a apelação com fundamento no nº III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

Novamente temos a possibilidade de correção de erro do juiz togado, que pode ser realizado pelo Tribunal superior sem ferir o princípio da soberania do veredito. Assunto já trabalhado, se tratando de dosimetria da pena.

§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

A possibilidade de interposição de apelação contra veredito do tribunal do Júri que contraria a prova dos autos já foi trabalhada. Neste caso, trata-se da especificação de que a motivação deste recurso pode ser utilizada apenas uma vez, sendo vedada interposição de novo recurso com o mesmo fundamento. Neste caso, mesmo que o novo veredito se demonstre absurdo, é preciso fazer cumprir a soberania do Júri, que confirmou em dois julgamentos o veredito.

Quando o legislador emprega o vocábulo “motivo”, significa dizer, em verdade, que não se admite uma segunda apelação pelo mesmo fundamento. Assim, interposta apelação, a primeira vez, porque a decisão era manifestamente contrária a prova dos autos, por este mesmo fundamento – como já destacado – não pode haver outro apelo. (CUNHA & PINTO, 2018, p. 1506.)

§ 4º 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 uma regra em acordo com o princípio da *unirrecorribilidade*, no qual há apenas uma espécie de recurso para cada decisão. Neste sentido, entende-se que uma decisão não admite mais de um recurso. Há prejuízo do recurso em sentido estrito quando a decisão comportar apelação, como já foi dito no início do capítulo. É preciso conhecer bem a decisão combativa, bem como as hipóteses de cabimento e fundamentação, para que se utilize o recurso adequado de forma eficiente.

Jurisprudência: STJ – AgRg no AREsp nº 673200 – Dje 22.02.2017.

Art. 594.(Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 595. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade.

Parágrafo único. A apelação não suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente.

Trata-se do efeito devolutivo conferido ao recurso de apelação quando da sentença de absolvição. Isto quer dizer que, ao ser proferida sentença absolutória, mesmo que haja recurso por parte do órgão acusatório, o réu deve ser colocado imediatamente em liberdade.

Atenção: é possível que o réu não seja solto se estiver preso – provisoriamente ou cumprindo pena – por outro processo.

Julgados: HC nº 65456-MG, STF, DJ 04.11.1987; RMS nº 43118-ES, STJ, DJe 14.11.2013.

O parágrafo único diz respeito a manutenção de medida de segurança que foi aplicada provisoriamente. Por óbvio, se há recurso, a medida continua sendo provisória, mas deve-se atentar se os requisitos para aplicação ainda estão presentes no caso em concreto.

Ao contrário da absolutória, cujo efeito é meramente devolutivo, a sentença condenatória deve ter efeito devolutivo e suspensivo, não sendo executada, até que haja o trânsito em julgado, a fim de não se ofender o princípio da presunção de inocência. (NUCCI, 2020, p. 1429)

Art. 597. A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.

Parte do presente artigo perdeu o efeito com a revogação do artigo 393 do CPP. No que se refere ao restante, conforme dito no tópico anterior, deve-se avaliar em cada caso em concreto a aplicabilidade de medidas provisórias quando há interposição de recurso. É certo que não pode haver cumprimento definitivo de pena enquanto há tramitação de recurso, mas é possível a análise e aplicação de, a título de exemplo, prisão provisória enquanto o recurso é julgado.

Também a título de exemplo, cita-se o réu que responde preso provisoriamente ao processo. A depender da conduta praticada e do *quantum* da pena, é provável que, mesmo com interposição de recurso de apelação, haja manutenção da prisão provisória. O réu que responde solto ao processo segue a mesma linha de raciocínio. A negativa na manutenção de liberdade deve ser muito bem fundamentada.

Jurisprudência: HC nº 245.975/MG, STJ, DJe 07.12.2012; RHC nº 245876/MG, STJ, DJe 06.06.2013.

O restante do artigo faz referência à interdição provisória de direitos e medida de segurança de maneira provisória, o que foi abolido com a reforma de 1984. Quanto ao “sursis”, a revogação também é considerada, por força do artigo 160 da Lei de Execuções Penais.

Uma vez interposto o recurso de apelação, deverá o juiz a quo fazer o juízo de admissibilidade, anteriormente explicado, recebendo ou não o recurso. Se não admitir o apelo, esta decisão será impugnável pelo recurso em sentido estrito, art. 581, XV, também já comentado. Admitido o apelo, segue-se o disposto no art. 600, devendo o juiz determinar a intimação do recorrente (se for o réu, na pessoa do seu defensor constituído ou dativo), para que no prazo de 8 dias apresente a fundamentação do recurso, ou seja, as razões recursais. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1630).

Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo. Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público.

O presente artigo trata da atuação no polo da assistência à acusação. No caso do Tribunal do Júri, caso o Ministério Público não recorra, o ofendido (e demais pessoas previstas no artigo 31 deste código) tem o prazo de 15 dias – após o término do prazo do MP – para interpor apelação.

Este entendimento está previsto na Súmula 448, do STF: “O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público.”

Importante ressaltar que este dispositivo se aplica tão somente aos casos em que ainda não há assistente de acusação habilitado nos autos, uma vez que se já houver habilitação, o prazo para apelação é de 5 dias. É neste sentido a jurisprudência: REsp nº 235268-SC, STJ, DJe 04.08.2008.

Art. 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele.

Este dispositivo trata da possibilidade de apelação plena ou parcial. A apelação plena combate toda a decisão, a parcial combate somente uma parte da decisão – a que se considera inadequada. Para tanto, essencial a elaboração das razões de apelação com muita cautela, para que fique claro o que está sendo combatido e deve ser reformado na decisão.

Art. 600. Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de três dias.

§ 1º Se houver assistente, este arrazoará, no prazo de três dias, após o Ministério Público.

§ 2º Se a ação penal for movida pela parte ofendida, o Ministério Público terá vista dos autos, no prazo do parágrafo anterior.

§ 3º Quando forem dois ou mais os apelantes ou apelados, os prazos serão comuns

§ 4º Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal ad quem onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.

Trata-se de dispositivo dedicado a determinação do prazo para apresentação das razões de apelação, assunto já estudado na introdução do artigo. Importante salientar a diferença de prazo para crimes comuns (oito dias) e contravenções penais (três dias). Além disto, o Juizado Especial Criminal determina que a peça que interpõe apelação já deve vir acompanhada das respectivas razões do recurso, conforme consta no artigo 82, §1º, da Lei 9.099/95.

Trataremos os parágrafos primeiro, segundo e terceiro em um tópico por serem assuntos correlacionados. Novamente, o dispositivo faz menção à prazos e

procedimentos. O assistente de acusação tem o prazo de três dias para arrazoar o recurso, após a apresentação das razões pelo *Parquet*.

No caso da ação penal privada, o Ministério Público se manifestará por meio das razões após o arrazoamento do apelante e apelado. No entanto, quando no polo do apelante tivermos dou mais, o prazo para eles será comum – o que quer dizer que fluirá ao mesmo tempo.

É entendimento do STJ que a apresentação das razões fora do prazo legal não impede o conhecimento do recurso que tenha sido interposto de maneira tempestiva – assunto também já trabalhado no início do capítulo.

Jurisprudência: Tese nº 3 – Superior Tribunal de Justiça/ setembro de 2016.

§ 4o Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal ad quem onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.

Parte importantíssima do Código de Processo Penal, mas pouco conhecida e utilizada pelos advogados no cotidiano jurídico. A possibilidade de apresentar as razões de apelação apenas quando o processo já estiver remetido ao Tribunal de Justiça é uma ferramenta de extrema valia nas estratégias de defesa. É possível, deste modo, estudar melhor a Câmara a qual o processo foi enviado, destrinchar os posicionamentos dos relatores/revisores e direcionar as razões dentro daquilo que seja mais coerente no posicionamento da Câmara.

Neste caso, deve-se interpor a apelação por meio de petição ao juízo de primeiro grau – *juízo a quo* – e a fundamentação será apresentada ao Tribunal de Justiça – o *juízo ad quem*. Importante ressaltar a necessidade de declarar de maneira expressa na petição de interposição de recurso que as razões serão apresentadas somente na instância superior.

O legislador não opôs diferença a quem tem a possibilidade de arrazoar em instância superior, principalmente no caso de ação penal privada ou assistente de acusação. É entendimento de diversos autores que o apelante de ação penal privada se valha desta possibilidade.

Jurisprudência: REsp nº 649665-BA, STJ, Rel. Gilson Dipp, DJ 06.03.2006.

Em caso de ação penal pública incondicionada em que foi interposto recurso pela defesa para apresentação das razões em instância superior, os Atos Normativos nº 350/2004 e 496/2007 da Procuradoria-Geral de Justiça determinam que a Procuraria Geral será a responsável por apresentar as contrarrazões de apelação, exceto se o Promotor de Justiça responsável requerer, quando a interposição do recurso, que seja aberto vista para que o mesmo possa contraarrazoar.

Existe a possibilidade de apresentar as razões do apelo diretamente no tribunal, conforme dispõe o art. 600, § 4.º, do CPP. Trata-se de faculdade concedida somente à defesa, pois o promotor responsável pelo processo deve apresentar as razões em primeiro grau. Não haveria sentido que os autos do processo subissem ao tribunal para que, então, fosse aberta vista à acusação, saindo o representante do Ministério Público de sua Comarca e dirigindo-se à corte somente para protocolar as razões. (NUCCI, 2020, p. 1432).

Importante ressaltar que tais dispositivos foram criados e muito utilizados quando os processos eram físicos, e o deslocamento de cidade para Estado para que as razões fossem ofertadas era uma realidade dos advogados de defesa. Atualmente, pelo menos no Estado de São Paulo, os processos são eletrônicos e tanto a interposição quanto apresentação de razões de recurso são feitas por meio digital.

Art. 601. Findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas, no prazo de 5 (cinco) dias, salvo no caso do art. 603, segunda parte, em que o prazo será de trinta dias.

§ 1º Se houver mais de um réu, e não houverem todos sido julgados, ou não tiverem todos apelado, caberá ao apelante promover extração do traslado dos autos, o qual deverá ser remetido à instância superior no prazo de trinta dias, contado da data da entrega das últimas razões de apelação, ou do vencimento do prazo para a apresentação das do apelado.

§ 2º As despesas do traslado correrão por conta de quem o solicitar, salvo se o pedido for de réu pobre ou do Ministério Público.

Este artigo determina que após a interposição de apelação, se findo o prazo para apresentar as razões, os autos serão remetidos à instância superior com ou sem as razões, dentro do prazo de 5 dias.

Uma norma que caiu em desuso com o advento do processo digital, que determinava que, em casos com mais de um réu no processo e que nem todos

recorressem, haveria extração dos autos dos apelantes para que sejam remetidos à instância superior. Com o início dos processos digitais, é possível que vá para instância superior os autos do processo daquele que recorreu, bem como que vá uma cópia dos autos para o juízo de execução, para início de cumprimento de pena em caso de condenação transitada em julgado.

§ 2o As despesas do traslado correrão por conta de quem o solicitar, salvo se o pedido for de réu pobre ou do Ministério Público.

A mesma sorte do artigo anterior se encaixa neste dispositivo, que deixa de ser tão utilizado com o processo eletrônico. Vale dizer que a legislação segue alguns requisitos para compreender aquele que é pobre aos olhos da lei – vide artigo 32, §1º, deste mesmo diploma legal.

Art. 602. Os autos serão, dentro dos prazos do artigo anterior, apresentados ao tribunal ad quem ou entregues ao Correio, sob registro.

Estes dispositivos fazem menção novamente ao prazo no qual a apelação será apresentada à instância superior, fazendo repetida menção a casos que se afiguram tão somente nos processos físicos, que deixam de ser aplicada aos atuais processos digitais, como questões envolvendo a remessa dos autos por correio. Importante salientar que, atualmente – tendo este documento sido escrito em dezembro de 2020 – os processos digitais são utilizados para a petição de interposição de recurso de apelação, bem como para apresentação das respectivas razões.

Art. 603. A apelação subirá nos autos originais e, a não ser no Distrito Federal e nas comarcas que forem sede de Tribunal de Apelação, ficará em cartório traslado dos termos essenciais do processo referidos no art. 564, n. III.

Estes dispositivos fazem menção novamente ao prazo no qual a apelação será apresentada à instância superior, fazendo repetida menção a casos que se afiguram tão somente nos processos físicos, que deixam de ser aplicada aos atuais processos digitais, como questões envolvendo a remessa dos autos por correio. Importante salientar que, atualmente – tendo este documento sido escrito em dezembro de 2020 –

os processos digitais são utilizados para a petição de interposição de recurso de apelação, bem como para apresentação das respectivas razões.

Art. 604 ao 606 (Revogados pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal . **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 6. Dez. 2020.

BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em 8. Dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em 8. Dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 8. dez. 2020.

CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentado por artigos**. 2. Ed. ampl. e atual. Salvador: 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 edição: São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Ed: Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAPÍTULO IV – DO PROTESTO POR NOVO JÚRI

Art. 607 e 608 (Revogados pela Lei 11.689 de 2008)

CAPÍTULO V – DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO E DAS APELAÇÕES, NOS TRIBUNAIS DE APELAÇÃO

*Mariana Beda Francisco*¹
(arts. 609 ao 620)

1. Disposições gerais

O sistema processual penal pátrio previu as ações e os recursos como instrumentos de impugnação e reforma de decisões judiciais.

Com relação aos recursos, estarão sujeitos primeiramente ao juízo de admissibilidade, que só será positivo quando verificados os pressupostos processuais objetivos e subjetivos, ou seja, o recurso só será conhecido/admitido para depois ser apreciado se for: cabível (previsto em lei ou Regimento Interno como sendo a via adequada à impugnação daquela determinada decisão judicial), tempestivo (interposto dentro do prazo e das formalidades legais ou regimentais) e interposto por aqueles que detém a legitimidade e interesse recursais. Neste sentido, já se manifestou por unanimidade o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal: “(...). O direito ao duplo grau de jurisdição não dispensa a necessidade de que sejam observados os requisitos impostos pela legislação para o cabimento de um recurso, qualquer que seja ele. É a lei que cria o recurso cabível contra as decisões e estabelece os requisitos que autorizam a sua interposição, ausente previsão de recurso *ex officio* ou reexame obrigatório, independentemente do preenchimento dos pressupostos recursais específicos. Agravo regimental desprovido” (STF, AgRg nos terceiros EI na AP 470/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, votação unanime, DJe 18/03/2014).

¹ Advogada. Cursou Direito Penal Alemão, Europeu e Transcontinental na George August Universitat – Alemanha. Membro da Comissão Especial de Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (2019/2021).

2. Agravo Regimental

Ao contrário do que ocorre com o Código de Processo Civil, que prevê expressamente o Agravo Interno como instrumento de impugnação de decisões monocráticas (arts. 994, III e 1.021), o Código de Processo Penal não o previu expressamente, constando no entanto nos Regimentos Internos dos Tribunais.

Importante anotar que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (arts. 253 a 255), em consonância com o diploma processual civil, determinou expressamente o prazo de 15 dias para a interposição do Agravo, a saber: “(...) não há previsão na legislação processual penal em vigor, tampouco no Regimento Interno desta E. Corte de Justiça, acerca do cabimento de agravo regimental contra decisão colegiada de órgão fracionário de Tribunal de Justiça Estadual. Em verdade, o regimento interno deste Egrégio Tribunal Bandeirante prevê apenas o cabimento do mencionado recurso contra decisão monocrática do relator, nos termos do artigo 253, caput, que assim dispõe: 'Art. 253. Salvo disposição em contrário, cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, das decisões monocráticas que possam causar prejuízo ao direito da parte. (...) Por tais razões, inviável o conhecimento deste recurso, por falta do pressuposto recursal do cabimento’” (Agravo Regimental Criminal n.º 0005705-03.2020.8.26.0996/50000, 15ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Gilda Alves Barbosa Diodatti, DJe 13/10/2020).

Por outro lado, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (arts. 250 e 251), o Superior Tribunal de Justiça (art. 258) e o Supremo Tribunal Federal (art. 317) estabeleceram regimentalmente o prazo de 5 dias, sob pena de inadmissibilidade do recurso.

Outrossim, consoante o disposto no art. 798 do Código de Processo Penal e decisão por maioria do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Rcl. n.º 25638 RCON – QO / MG, Rel. p/ Acórdão Edson Fachin, DJe 10/03/2020) os prazos no processo penal são contínuos, não se aplicando a forma de contagem de dias úteis do Código de Processo Civil.

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

3. Embargos Infringentes e de Nulidade

Os embargos infringentes e de nulidade são cabíveis quando a decisão do Acórdão proferido em segunda instância for desfavorável ao réu por maioria, em outras palavras, quando houver divergência no dispositivo do Acórdão quanto ao mérito ou preliminar. A esse respeito, bastante esclarecedora a ementa do julgado Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. LEI DE LICITAÇÕES. CRIMES. "SANGUESSUGAS". FRAUDES. NULIDADE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE AUTONOMIA. CONDUTAS ABRANGIDAS PELO TIPO ESPECIAL. DOSIMETRIA. ALTERAÇÕES. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Os embargos infringentes são recurso de fundamentação vinculada, limitados, em sua extensão, à matéria objeto de divergência expressa em um acórdão, conforme se extrai do preceito normativo que prevê tal recurso, qual seja, o art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e conforme pacífica jurisprudência desta E. Corte. (...)” (TRF3, EIfNu n.º 0005616-66.2010.4.03.6181, Quarta Seção, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 08/05/2020).

Assente na doutrina e jurisprudência, com fundamento no *caput* do art. 609 do CPP, o cabimento dos embargos em sede de apelação e recurso em sentido estrito. Com relação ao Agravo em Execução Penal, apesar de não ser pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário, a Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça já decidiram pelo cabimento dos infringentes, a saber: “HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS À DECISÃO NÃO UNÂNIME EM SEDE DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. CABIMENTO. ART. 609 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. 1. É cabível a oposição de embargos infringentes à decisão não unânime proferida em sede de agravo em execução – inteligência do art. 609 do Código de Processo Penal. 2. Habeas corpus concedido para determinar a apreciação dos embargos infringentes opostos pela defesa no segundo grau de

jurisdição.” (STJ, HC n.º 509.869/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/08/2019 e, no mesmo sentido: REsp n.º 336.607/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 13/05/2002).

Os embargos infringentes com fundamento no art. 538 do Código de Processo Penal Militar podem ser opostos pelo Ministério Público e réu, mas aqueles embargos do art. 609, parágrafo único do Código de Processo Penal são privativos da defesa. Nesse sentido, esclarecedor o Acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao ensejo: “(...) 4. Não há que se falar em ausência de esgotamento das instâncias ordinárias pela não oposição de embargos infringentes quanto ao recurso do assistente da acusação, eis que a respectiva via recursal é exclusividade da defesa nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal. (...)” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp N.º 1.304.376/ AM, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 13/08/2012).

E se houver, no Acórdão, questões decididas por unanimidade, elas serão impugnadas em sede de recurso especial e extraordinário, interpostos simultaneamente aos infringentes pela parte. Nesse sentido: “(...). 1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão que deu parcial provimento à apelação interposta pelo recorrente. Nas razões do RE, sustenta-se ofensa aos arts. 5º, X, XII, LIV, LV e LVI, 93, IX, 129, III e VII, e 144, § 1º, I e III, e § 4º, da Constituição Federal. Aduz o recorrente, inicialmente, que o recurso extraordinário é tempestivo, tendo em vista que questiona matéria relativa à parte uníssona do julgado, que foi objeto de oposição de embargos de declaração e, posteriormente, de agravo regimental. Destaca que a divergência suscitada em questão de ordem limitou-se a averiguar a necessidade do prévio esgotamento da via administrativa como requisito para a tipificação de crime contra a ordem tributária.

No mérito, afirma que o Ministério Público Federal assumiu as funções da polícia judiciária e determinou a realização de diligências e a busca de provas reputadas ilícitas, requerendo diretamente à instituição financeira os dados bancários do agravante. Aduz, por fim, que o julgado encontra-se deficientemente fundamentado no que concerne à aplicação do regime inicial de cumprimento da pena. 2. Verifico que razão assiste ao agravante no que concerne à tempestividade recursal. Não obstante o manejo de recurso extraordinário simultâneo ao agravo regimental, o primeiro buscou atacar a parte uníssona do julgado, enquanto o segundo questionou a

decisão monocrática que não conheceu dos embargos infringentes contra posição divergente exarada na questão de ordem. Assim, embora o recurso extraordinário da parte uníssona do julgado tenha sido apresentado em 23.05.2007, data anterior à do julgamento do agravo regimental de decisão monocrática que não conheceu dos embargos de declaração opostos da parte unânime do julgado, houve a tempestiva ratificação de interposição do recurso. É que o acórdão do agravo regimental foi publicado em 21.08.2007 (fl. 564) e a ratificação do recurso apresentada em 03.09.2007 (fl. 786). (...)” (STF, AI n.º 737624/ SP, dec. mon., Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 15/03/2010).

Art. 610. Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de habeas corpus, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento.

Parágrafo único. Anunciado o julgamento pelo presidente, e apregoadas as partes, com a presença destas ou à sua revelia, o relator fará a exposição do feito e, em seguida, o presidente concederá, pelo prazo de 10 (dez) minutos, a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral, quando o requerer, por igual prazo.

Art. 611. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 552, de 25.4.1969)

4. Do julgamento dos recursos nos Tribunais de Apelação

A lei aqui prevê o trâmite para o julgamento dos recursos e apelação que, após o parecer da Procuradoria Geral de Justiça e relatório, serão incluídos na pauta de julgamento que deverá ser publicada com a antecedência prevista pelo regimento interno de cada tribunal.

A inobservância do prazo previsto regimentalmente para a publicação da pauta de julgamento pode configurar cerceamento de defesa, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (HC n.º 184.619/ PR, dec. mon., Rel. Min. Edson Fachin, DJe 30/04/2020 e HC n.º 186.209/ SP, dec. mon., Rel. Min. Celso de Mello, DJe 10/07/2020). Nquela decisão, o i. Min. Edson Fachin anotou que a intimação com a antecedência, nos termos previstos no regimento interno, se faz necessária para o

exercício da defesa, viabilizando, por exemplo, a entrega de memoriais nos gabinetes dos julgadores e eventual peticionamento de oposição ao julgamento virtual.

Ainda, as partes e seus patronos deverão ser intimados da data do julgamento também com a antecedência mínima de 48 horas prevista pelo art. 218, §2º do Código de Processo Civil c.c. art. 3º do Código de Processo Penal, ou por disposição regimental.

Na sessão de julgamento, o feito será anunciado pelo presidente, que apregoará as partes, seguindo-se à leitura ou exposição do relatório de caso e da sustentação oral pelo prazo de 10 (dez) minutos no caso dos recursos.

Art. 612. Os recursos de habeas corpus, designado o relator, serão julgados na primeira sessão.

5. Do Recurso de habeas corpus

O artigo deixa clara a urgência e a preocupação do legislador com a celeridade no julgamento do recurso de habeas corpus pelos Tribunais de Apelação. Ademais, até mesmo com relação aos recursos ordinários da Lei n.º 8.038/1990, tem-se prestigiado a urgência das questões para inclusive dispensar as contrarrazões ministeriais, tanto pela urgência quanto pela ausência de previsão legal, tratando-se ainda de recurso em ação impugnativa, a saber: “(...) Na peça de interposição do inconformismo, requereu a Defesa a imediata remessa do feito ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, sustentando a exigência de um processamento mais célere, em razão do reclamo ter por objeto o resguardo da liberdade de locomoção de cidadãos considerados presos ilegalmente, bem como a inexistência de previsão na Lei nº 8.038/90 para o oferecimento de contrarrazões ao recurso ordinário em habeas corpus Considerando os argumentos trazidos pelo causídico e a existência de precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido (RHC nº 43.938/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJU de 20.04.2015; RHC nº 53.675/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJU de 03.02.2015; RHC nº 39.468/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJU de 03.02.2015; RHC nº 52.107/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJU de 28.11.2014; RHC nº 51.177/BA, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 24.11.2014; RHC 49.721/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 26.09.2014; RHC nº 38.624/MG, Rel. Min. Sebastião Reis

Júnior, de 04.08.2014; RHC 39.233/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 22.08.2013), defere-se, excepcionalmente, o pedido, remetendo-se os autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça. (...)” (TJSP, HC n.º 2023015-42.2015.8.26.0000, dec. mon. Presidente da Seção de Direito Criminal Des. Pinheiro Franco, DJe 28/05/2015).

Art. 613. As apelações interpostas das sentenças proferidas em processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, deverão ser processadas e julgadas pela forma estabelecida no Art. 610, com as seguintes modificações:

I - exarado o relatório nos autos, passarão estes ao revisor, que terá igual prazo para o exame do processo e pedirá designação de dia para o julgamento;

II - os prazos serão ampliados ao dobro;

III - o tempo para os debates será de um quarto de hora.

7. Do julgamento da Apelação

A apelação é o recurso ordinário por excelência, oportunidade em que as partes podem devolver toda a matéria, buscando a reforma da decisão objurgada junto ao órgão jurisdicional competente.

Até pela amplitude cognitiva deste recurso, o trâmite do julgamento da Apelação difere dos demais recursos, por expressa previsão legal, com a remessa dos autos também ao gabinete do revisor, reforçando a análise do feito como um todo.

Ademais, enquanto a lei prevê 10 (dez) minutos para a sustentação oral nos demais recursos, para a apelação a previsão foi de 15 (quinze) minutos.

Art. 614. No caso de impossibilidade de observância de qualquer dos prazos marcados nos arts. 610 e 613, os motivos da demora serão declarados nos autos.

8. Duração razoável do processo

A lei previu a necessidade de observância dos prazos buscando a celeridade no julgamento dos recursos, atendendo ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88). No entanto, ante a inobservância dos prazos, exige-se somente a justificativa da demora nos autos: “HABEAS CORPUS. 1. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PRISÃO DO PACIENTE. 2. ATRASO DO

JULGAMENTO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1.1 - SEM OS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALEGAÇÃO, IMPOSSIVEL O EXAME DA PRETENSÃO INICIAL. 1.2 - O RAZOAVEL ATRASO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ENCONTRA APOIO NO ART. 614, DO CODIGO DE PROCESSO PENAL, NÃO SENDO CAUSA IMEDIATA PARA A SOLTURA DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.” (STJ, HC n.º, 1374/RS, Sexta Turma, Rel. Min. José Candido de Carvalho Filho, DJ 13/10/1992).

Importante anotar que os prazos estipulados pelos arts. 610 e 613 do diploma processual penal não cuidam da hipótese de pedido de vista dos autos, cuja demora consiste crime do art. 37 da Lei n.º 13.869/2019.

Art. 615. O tribunal decidirá por maioria de votos.

§ 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

§ 2º O acórdão será apresentado à conferência na primeira sessão seguinte à do julgamento, ou no prazo de duas sessões, pelo juiz incumbido de lavrá-lo.

9. Da votação

Enquanto a sentença é a decisão de um julgador isolado (vistos, examinados e ponderados), o Acórdão é justamente a decisão formada pelo colegiado de julgadores (vistos, relatados e discutidos).

Como já visto, nem sempre as decisões serão unânimes, hipótese inclusive de oposição de embargos infringentes pela defesa (art. 609, parágrafo único do CPP), podendo se resolver a questão por maioria.

Havendo empate na votação, prevalecerá a decisão mais favorável ao acusado. Essa orientação impõe-se não só em face da lei processual penal (arts. 615, §1º e 664, parágrafo único), como do princípio constitucional da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/88), o qual embasa a regra decisória do *in dubio pro reo*. Assim, a regra do

empate favorável ao acusado vem sendo aplicada inclusive na hipótese de revisão criminal, a saber: “HABEAS CORPUS. JULGAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. RESULTADO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. IMPETRAÇÃO QUE APONTA O ERRO NA CONTAGEM DOS VOTOS. CONSTATAÇÃO DO EMPATE PELA LEITURA DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS. APLICAÇÃO DO ART. 615, § 1.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. (...) 2. “Deve-se aplicar, à falta de norma expressa sobre o empate [em julgamento de revisão criminal], a regra do art. 615, § 1.º, do Código de Processo Penal, reproduzida para o habeas corpus no parágrafo único do art. 664. Mesmo que se considere tratar-se de normas específicas, atinentes a recursos determinados, caberá o apelo à analogia, expressamente permitido pelo art. 3.º”. (Ministro Xavier de Albuquerque, nos autos do HC 54467, 2.ª Turma, Rel. Min. LEITAO DE ABREU, DJ de 18/03/1977.) 3. Na hipótese dos autos, apesar de o acórdão consignar que os Desembargadores integrantes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, julgaram improcedente a revisão criminal, verifica-se, da leitura das notas taquigráficas acostadas aos autos, que, quanto ao pedido de afastamento da condenação por tentativa de homicídio, houve empate na votação, uma vez que, dos seis Desembargadores presentes, três Desembargadores acolheram a súplica revisional, enquanto outros três indeferiram o pleito. 4. Ordem concedida a fim de reformar o acórdão exarado no julgamento da revisão criminal n.º 31078.1/2008 para, diante do empate verificado, afastar a condenação de IVAN EÇA MENESES pelo crime de tentativa de homicídio da vítima RAMALHO SOUZA ALVES.” (STJ, HC n.º 137.504/ BA, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 05/09/2012).

Art. 616.No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

10. Das diligências

Aqui a lei prevê a possibilidade do colegiado em segunda instância, em sede de apelação, com vista a extirpar dúvida quanto a questão fática relevante à resolução do caso, determinar, com base no conjunto fático-probatório já constante dos autos, a

realização de novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

A jurisprudência tem entendido que o artigo não revela direito subjetivo do acusado mas faculdade do órgão julgador em segunda instância: “(...) De acordo com entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o artigo 616 do Código de Processo Penal, há faculdade, e não obrigação, do tribunal de segundo grau determinar ou não o reinterrogatório do acusado ou a reinquirição da vítima ou de testemunhas, diante do conjunto probatório produzido. (...)” (STJ, AgRg no REsp n.º 1.418.746/ SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 02/06/2015 e no mesmo sentido: AgRg no REsp n.º 1.722.075/ PR, Quinta Turma, Rel. Des. Convocado do TJPE Leopoldo de Arruda Raposo, DJe 25/03/2020).

De todo modo, em atenção ao direito constitucional da ampla defesa, se o ato ou diligência se revelar imprescindível ao deslinde da causa, eventual indeferimento do pedido da parte poderia configurar cerceamento de defesa, nesse sentido: “Apelação. Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. Alegado cerceamento de defesa. Ocorrência. Indeferimento de questões relevantes ao deslinde do caso. Considerando que o ofendido, em solo policial, apresentou três placas distintas como do suposto responsável pelo acidente, o patrono do réu, em juízo, o questionou a respeito da razão de haver alterado os dados do veículo. Questão indeferida pela magistrada sentenciante. Questionamento relevante, pois a tese defensiva consiste na ausência do réu no local dos fatos, alegando tratar-se de outro veículo. A questão indeferida, portanto, é de suma importância. Também foi indeferida questão relativa à forma de obtenção dos dados do automóvel envolvido no acidente, posto haver se evadido do local. Nítido cerceamento de defesa. Sentença anulada. Preliminar acolhida.” (TJSP, Apelação criminal n.º 0058435-55.2016.8.26.0050, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, votação unânime, DJe 06/07/2020).

Ademais, acaso refeita alguma diligência ou carreada qualquer prova nova aos autos, em respeito ao princípio da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV da CF/88), deverá ser oportunizada a manifestação da parte contrária: “PROCESSO PENAL. ART. 616 DO CPP. INTERPRETAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIAS. FACULDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. VIOLAÇÃO AOS

PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA IGUALDADE PROCESSUAL. 1. O art. 616 do CPP traduz uma faculdade do órgão julgador, diante da análise do conjunto probatório, determinar ou não que o feito seja baixado em diligência. 2. Em consonância com o princípio da igualdade das partes e do contraditório, sempre que for carreado aos autos documento novo, relevante para a decisão, deve ser concedida à parte contrária, contra ou em face da qual produzida a prova, oportunidade de manifestação a respeito. 3. Recurso especial conhecido.” (STJ, REsp n.º 25.616/ DF, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 15/04/2002).

Art. 617. O 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.

11. Da *emendatio libelli* e do *non reformatio in pejus*

O dispositivo legal autoriza que em sede de segundo grau se proceda à *emendatio libelli*, ou seja, que seja conferida nova definição jurídica aos fatos já descritos e narrados pela acusação, sendo defesa a modificação fática em segundo grau pela lei e enunciado da Súmula 453/STF.

A lei previu expressamente um limitador à amplitude do julgamento do recurso exclusivo da defesa, em atenção ao princípio do *non reformatio in pejus*, consagrado também nos enunciados das Súmulas 160 e 525/ STF e que corresponde à proibição de agravamento da situação penal do réu.

E acaso o feito venha a ser anulado após o trânsito em julgado para a acusação, por iniciativa exclusiva da defesa, não é permitido que venha a ser prejudicado em novo julgamento, vedada a *reformatio in pejus* indireta. Nesse sentido: “PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONFIGURADA OFENSA AO ART. 617, DO ALUDIDO DIPLOMA. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE AGRAVA PENA DO RÉU EM PROCESSO-CRIME REABERTO POR INICIATIVA EXCLUSIVA DA DEFESA. PROCEDÊNCIA. (...) IV - Ofende o enunciado do *non reformatio in pejus* indireta o aumento da pena através de decisão em recurso especial interposto pelo Ministério Público, contra rejugamento de Apelação que não alterou reprimenda

do acórdão anterior, que havia transitado em julgado para a acusação, e que veio a ser anulado por iniciativa exclusiva da defesa. (...)” (STJ, Terceira Seção, votação unânime, Rel. Des. Convocado do TJ/PE Leopoldo de Arruda Raposo, DJe 17/12/2019).

Art. 618. Os regimentos dos Tribunais de Apelação estabelecerão as normas complementares para o processo e julgamento dos recursos e apelações.

12. Das Disposições regimentais

Importante verificar o disposto no regimento de cada um dos tribunais que pode versar a respeito de algumas formalidades relativas à sustentação oral, pedido de preferência, como o prazo e a forma para que o advogado faça o requerimento e até mesmo formalidades quanto ao pedido de adiamento, pelo prazo de uma sessão, como no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo (art. 146, III, § 1º).

CAPÍTULO VI – DOS EMBARGOS

*Mariana Beda Francisco*²

Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

13. Dos Embargos de Declaração – pressupostos processuais

“Os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los o órgão deve fazê-lo com o espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da

² Advogada. Cursou Direito Penal Alemão, Europeu e Transcontinental na George August Universitat – Alemanha. Membro da Comissão Especial de Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (2019/2021).

parte em prol do devido processo legal.” (STF, AI n.º 163047 AgR- ED, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 08/03/1996).

É justamente com vistas à correção do Acórdão quanto a eventual erro material, ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão que são cabíveis os embargos de declaração, que deverão ser opostos no prazo de 2 dias.

Nesse sentido, bastante esclarecedor excerto do voto condutor do Acórdão, de lavra do Rel. Min. Alexandre de Moraes: “(...). Haverá ambiguidade se o julgado revelar incerteza, dubiedade; omissão, quando não enfrentadas todas as questões postas ou esquecidos algum dos pedidos dos litigantes; obscuridade, ao faltar clareza no acórdão; contradição, sempre que se desvelarem incongruências entre a fundamentação e a conclusão ou forem registradas proposições inconciliáveis. Ainda se tem admitido, em hipóteses excepcionalíssimas, a atribuição de efeito infringente quando a consequência lógica do provimento dos embargos de declaração impuser a correção do caminho anteriormente adotado. (...)” (STF, ARE n.º 925118 AgR-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 22/10/2018).

Assim, o Acórdão será ambíguo quando revelar mais de um sentido e obscuro quando carecer de clareza e for de difícil compreensão, na expressão de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, v.2, Processo de Conhecimento. 12ª Ed. Revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014): “Hipótese em que a concatenação do raciocínio, a fluidez das idéias, vem comprometida, ou porque exposta de maneira confusa ou porque lacônica, ou ainda porque a redação foi mal feita, com erros gramaticais, de sintaxe, concordância, etc., capazes de prejudicar a interpretação da motivação.”

Os embargos de declaração do artigo 619 do Código de Processo Penal, em especial no tocante à correção de eventual omissão do Acórdão, ganham ainda maior relevo se a parte decidir recorrer em sede de recurso especial e extraordinário.

Isso porque o requisito de admissibilidade de prequestionamento dos recursos especial e extraordinário, exigem a manifestação pelos tribunais inferiores acerca da questão recorrida sob pena de supressão de instância, vedada pelos enunciados das Súmulas 211/STJ e 282 e 356/STF. Nesse ponto, imprescindível a oposição dos

aclaratórios, buscando sanar a omissão e, acaso mantida a omissão pelo Tribunal, ante a demonstração da violação dos arts. 619 do CPP e 1.025 do CPC, restará também preenchido o requisito do prequestionamento. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ARGUIÇÃO DE OFENSA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM FORA DOS LIMITES DELIMITADOS NO RECURSO. *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM*. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA N. 211/STJ. OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO SUSCITADA. 1. A tese de ofensa ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, enunciado no art. 515 do CPC de 1973, não sofreu o devido prequestionamento perante a instância ordinária, fato que impede o conhecimento do recurso especial nesta parte. Súmula n. 211/STJ. Precedentes. 2. Em que pese a oposição de embargos de declaração, o Tribunal de origem não se manifestou acerca do conteúdo normativo do dispositivo de lei federal tido pela parte como contrariado. A defesa, por sua vez, não cuidou de suscitar a violação ao art. 619 do CPP, fato que torna inviável a análise de suposta omissão da Corte a quo, sob pena de inobservância dos limites estabilizados pela pretensão deduzida no recurso especial. Precedentes. (...)” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp n.º 1.582.261/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 25/10/2019).

Do mesmo modo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a saber: “RE: prequestionamento: súmula 356. O que, a teor da súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto

que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.” (STF, RE n.º 210.638/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de

19/6/98 e, no mesmo sentido: AgR no ARE n.º 1.271.070/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 23/09/2020).

Art. 620. Os embargos de declaração serão deduzidos em requerimento de que constem os pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omissão.

§ 1º O requerimento será apresentado pelo relator e julgado, independentemente de revisão, na primeira sessão.

§ 2º Se não preenchidas as condições enumeradas neste artigo, o relator indeferirá desde logo o requerimento.

14. Dos Embargos de Declaração - requerimento

Tratando-se de pressuposto processual necessário ao juízo de admissibilidade positivo, a parte deve indicar nos aclaratórios qual o vício do Acórdão que se quer sanear (ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão), sob pena de serem rejeitados.

Não é possível, portanto, a inovação recursal em sede de embargos de declaração, mas eles também são admitidos para a correção de eventual erro material, cuja correção em sede de recurso exclusivo da defesa não poderá agravar a situação penal do acusado, ante a vedação da *reformatio in pejus*. Nesse sentido: “PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONTRADIÇÃO ENTRE DISPOSITIVO QUE FIXA A PENA E A RESPECTIVA FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO EXCLUSIVAMENTE PELO RÉU. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Se a sentença condenatória transitou em julgado para o órgão de acusação, que dela não interpôs recurso, não pode o Tribunal competente, ao conhecer da apelação interposta pelo réu, aumentar a pena declarada no dispositivo da sentença sob pretexto de corrigir erro material. O art. 617 do Código de Processo Penal repudia situações em que a reforma da sentença condenatória se opera em detrimento do réu-apelante, quando apenas este se insurgiu contra o julgado. Ordem de habeas corpus deferida.” (STF, HC n.º 88.213/ SP, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 02/02/2007 e, no mesmo sentido, HC n.º 83.545/ SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 03/03/2006).

CAPÍTULO VII – DA REVISÃO

Anderson Segura Delpino¹
(arts. 621 ao 631)

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Antes de adentrarmos propriamente a revisão criminal, torna-se importante tecer breves comentários a respeito da coisa julgada (um dos pressupostos para a revisão criminal). Isso porque, a coisa julgada conta com previsão constitucional (art. 5º, XXXVI da CF/88), estabelecendo a imutabilidade das decisões, refletindo assim em estabilidade social e consequentemente em segurança jurídica, impedindo novo julgamento referente ao mesmo fato.

Por outro lado, não se pode admitir a imutabilidade de uma decisão eivada de erro judiciário (injusta) com base na coisa julgada, isso em prestígio ao *favor rei* e a verdade real (verdade processual). Assim, em busca de um equilíbrio entre segurança (coisa julgada) e a Justiça, há hipóteses taxativas devidamente previstas em lei, admitindo a revisão de decisões transitadas em julgado. Sendo a revisão criminal o instrumento adequado para desconstituir uma decisão irrecorrível, uma verdadeira garantia fundamental do indivíduo que encontra guarida constitucional, tanto expressas (art. 102, I, “j”, e art. 105, I, “e”, ambos da CF/88), quanto implícitas (art. 5º, LXXV, da CF/88), na forma de remédio constitucional. Daí se extrai a natureza jurídica pacífica e firme na doutrina e jurisprudência de ser a revisão criminal ação autônoma de impugnação, mais precisamente uma ação penal de natureza constitutiva (tem por objetivo desconstituir uma decisão judicial transitada em julgado) apesar de estar prevista no título referente aos recursos em geral do CPP (título II, capítulo VII).

¹ . Advogado e consultor devidamente registrado na OAB/SP em São José do Rio Preto, formado pela UNIRP – Centro Universitário de Rio Preto.

Para o desembargador e professor Guilherme de Souza Nucci é conceituado da seguinte forma:

1. Conceito de revisão criminal e natureza jurídica: é uma ação penal de natureza constitutiva e sui generis, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 15º ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1.519)

Mas os doutrinadores que acreditamos trazer o conceito mais acertado são os ilustres Eugênio Pacelli e Douglas Fishcer:

Em verdade, se cuida de ação autônoma de impugnação que tem por finalidade permitir que a decisão condenatória transitada em julgado possa ser novamente questionada se preenchidos os requisitos legais previamente estabelecidos. Característica marcante que pode ser destacada de início é que se trata de ação que somente pode ser utilizada em benefício da defesa. Daí a exigência primaz de que a revisão se destine ao desfazimento de decisão condenatória. Consequência lógica dessa afirmativa é que não se pode cogitar de revisional em prol da acusação, diante da impossibilidade de alteração do julgado *pro societate*. Igualmente, compreendemos que não há se falar em possibilidade da revisional quando se tratar de hipóteses relacionadas à suspensão do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) ou de transação processual (art. 76, Lei nº 9.099/95), na medida em que, nestes casos, não existem sentenças condenatórias. (PACELLI, FISHCER, Eugênio, Douglas, Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 8º. ed. rev., atuali. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 1.364)

Seus pressupostos são dois: I) a existência de uma decisão judicial condenatória (ou absolutória imprópria) transitada em julgado; e II) demonstração do erro judiciário (injustiça da decisão).

Imperioso registrar a inadmissibilidade da revisão criminal *pro societate*, ou seja, referido instituo só pode ser utilizada em favor do condenado, ainda que promovido pelo Ministério Público. A possibilidade do órgão ministerial ajuizar revisão criminal utilizada a mesma lógica do *Habeas Corpus* e do art. 385 do CPP, ou seja, se o *Parquet* pode pedir a absolvição do acusado, e ainda proteger a liberdade de locomoção, também pode ajuizar revisão criminal, tudo com objetivos de se alcançar a justiça, corrigindo-se equívoco judiciário.

Vale destacar à súmula 393 do Supremo Tribunal Federal que é autoexplicativa: “Para requerer revisão criminal o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão”.

Importante tema reside na revisão criminal em relação a decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, em relação a soberania dos veredictos com amparo constitucional (art. 5º, XXXVI, c, CF/88). Nesta toada, o melhor posicionamento repousa na doutrina de Eugênio Pacelli e Douglas Fishcer:

O afastamento da soberania dos veredictos do Júri em face de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (de forma incontestável, aferível de plano) tomada pelo tribunal popular decorre, em nosso entendimento, primordialmente, dos princípios constitucionais da ampla defesa e da inafastabilidade de o Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV).

Além disso, o próprio Tribunal do Júri e a soberania de seus veredictos são garantias constitucionais estipuladas em prol dos interesses da própria defesa. Noutras palavras, se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, atentando diretamente contra os interesses da defesa, compete ao Poder Judiciário por seus órgãos próprios reparar a não observância da garantia fundamental do processado por aquele órgão criado especialmente para julgar os crimes dolosos contra a vida (além dos eventualmente conexos – art. 76, CPP). (PACELLI, FISHCER, Eugênio, Douglas, Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 8º. ed. rev., atuali. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 1.366)

Em análise a seus incisos, a expressão “*texto expresso da lei penal*” é ampla e podemos enumerar sua abrangência da seguinte forma: (1) as normas penais escritas; (2) qualquer ato normativo que tenha sido utilizado como fundamento da sentença condenatória, como portarias, leis completivas empregadas na aplicação de uma lei penal em branco etc.); (3) normas penais processuais; (4) normas processuais civis, que são aplicáveis subsidiariamente no processo penal, por força art. 3º do CPP); (5) normas constitucionais; e (6) normas processuais não escritas, que podem ser depreendidas do sistema processual como um todo, onde podemos citar como exemplos o direito ao duplo grau de jurisdição, a proibição de supressão de instância, a obrigação do julgador de produzir uma prestação jurisdicional completa e relacionada ao pedido veiculado na inicial entre outras.

Em suma, ainda que, sem indicar nenhum dispositivo de lei penal violado, suas razões apontem a violação de normas processuais não escritas em consequência de *error in procedendo* do julgado que se pretende rescindir, ainda sim é admissível a revisão criminal com base no inciso I do art. 621 do CPP. Referida interpretação foi

extraída do Informativo 656 do STJ. 3ª S. RvCr 4944-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/09/19.

Destacam Nestor Alencar e Rosmar Rodrigues Alencar em sua obra Curso de Direito Processual Penal.

Decerto, a ação de revisão criminal, julgada procedente, poderá implicar a alteração da classificação da infração, a absolvição do réu, a modificação da pena ou a anulação do processo, sem prejuízo de novo julgamento perante o juiz competente (art. 626, parágrafo único, CPP). O *judicium rescindens* pode se dar isoladamente ou cumulativamente com o *judicium rescisorium*: aquele nulifica o feito e manda o acusado a novo julgamento (não podendo este ser mais gravoso ao réu do que o que foi anulado), enquanto o último autoriza o tribunal a, de plano, exarar a decisão absolutória ou condenatória mais benéfica ao acusado, em substituição da rescindida. (TÁVARO, ALENCAR, Nestor, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal, 10ª ed., rev., ampl. e atual., Juspodivm, 2015. p.1496)

Cabe ainda fazer importante destaque a súmula nº. 343 do Supremo Tribunal Federal, que assim estabelece: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição da lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”, prevalecendo na doutrina e jurisprudência que referida súmula não está mais válida, tendo em vista a previsão contida no art. 966, V, § 5º e artigo 525, §15 do CPC/15.

O termo “evidência” deve ser entendido como verdade manifesta, devendo a decisão condenatória estar diversa das provas produzidas tanto em contraditório judicial como em elementos informativos produzidos na fase investigatória, seja, direta ou subsidiariamente. Podendo refletir tanto na autoria do fato quanto no crime em si, ou ainda em circunstâncias que provoquem a exclusão do crime, a isenção ou a diminuição da pena.

Neste sentido, leciona Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, a mera fragilidade ou precariedade do conjunto probatório que levou à prolação de sentença condenatória não autoriza o ajuizamento de revisão criminal. De fato, quando o art. 621, inciso I, do CPP, se refere à decisão contrária à evidência dos autos, exige a demonstração de que a condenação não tenha se fundado em uma única prova sequer. A expressão contra a evidência dos autos não autoriza, portando, o ajuizamento de revisão criminal para se pleitear a absolvição por insuficiência ou precariedade da prova

A comprovação da falsidade da prova pode ser realizada em outro processo, ou ser descoberta posteriormente ao trânsito em julgado.

Nota-se que são duas as condições para o ajuizamento da revisão criminal com base em referido inciso: I) demonstração da falsidade da prova; e II) que a prova falsa seja a base da sentença condenatória (ou absolutória imprópria) ou seu único fundamento.

Registra-se que o simples fato de existir uma prova falsa nos autos, não enseja, por si só, o ajuizamento da revisão criminal, devendo a decisão ter sido baseada em referida prova falsa, ou seja, influenciado diretamente os fundamentos da decisão.

A preexistência da prova antes do trânsito em julgado da decisão, ou mesmo antes de proferida a decisão, pouco importa para sua admissibilidade. Quer por dificuldade em sua produção, negligência do acusado etc. Podendo ser utilizado qualquer meio de prova e não somente o documental, até mesmo novos conhecimentos científicos, como por exemplo, exame de DNA.

Existe ainda o instituto da justificação prévia, estabelecendo a necessidade da prova ser pré-constituída para instruir o ajuizamento de revisão criminal.

No mesmo viés, discorre Renato Brasileiro de Lima sobre o tema:

Medida cautelar de natureza preparatória, essa justificação deve tramitar perante o juízo penal de 1º grau, em contraditório pleno, nos termos dos art. 861 a 866 do CPC, aplicáveis subsidiariamente no processo penal por força do art. 3º do CPP. O novo CPC, por sua vez, dispõe que deve ser aplicado o procedimento atinente à produção antecipada de provas (arts. 381 a 383) àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção (art. 381, § 5º, do novo CPCP). Acerca de sua admissibilidade, o STJ já se pronunciou nos seguintes termos: “a manifesta intenção do paciente de propor ação revisional – que exige a existência de prova pré-constituída – com o fim de ver absolvido com base na tese de que não se encontrava no local do crime, constitui fundamento suficiente ao deferimento de realização de audiência de justificação. Compete ao órgão jurisdicional, quando do julgamento da revisão criminal, dar às provas colhidas o valor que lhes for admissível (STJ, 5ª Turma, RHC 16.850/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/12/2004, DJ 28/02/2005 p. 340.). (LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal/ 4ª. ed. rev., empl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.786).

Logo, resta plenamente admissível buscar a prova pré-constituída por meio de medida cautelar de natureza preparatória com base no CPC/15.

Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.

O alcance temporal da revisão criminal é bem amplo, não havendo que se falar em prazo decadencial, e assim como o *habeas corpus*, pode ser ajuizada a qualquer momento, seja antes, durante ou depois do cumprimento da pena, inclusive após a morte do condenado, tudo em busca do *status dignitatis* do acusado, com o reconhecimento do erro judiciário (reflexo da injustiça - erro extremamente grave).

Tratando-se de ação autônoma de impugnação (natureza jurídica) resta plenamente possível o ajuizamento de nova revisão criminal com base em fundamento diverso. Esta possibilidade existe, pois não haverá o reconhecimento de identidade de ações, eis que possuem causa de pedir diversa. Além disso, ainda que a causa de pedir seja a mesma, o ajuizamento ainda será admitido caso utilize fundamento diverso. Como exemplo podemos citar o caso de uma revisão criminal ajuizada com base em documento falso (art. 621, II, do CPP), havendo possibilidade de nova revisão criminal com base nos incisos I ou II, ou no mesmo dispositivo legal (art. 621, II, do CPP), desde que sejam exames, depoimentos ou tratando-se de documento diverso do primeiro.

Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Além de ser possível o ajuizamento pelo acusado e de seu representante legal, a legitimidade também é reconhecida ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, no que se denomina reabilitação de memória. Eis que os sucessores do condenado possuem interesse na revisão, principalmente em relação ao restabelecimento do *status dignitatis* do falecido, além de eventuais efeitos patrimoniais.

Sendo cediço que o Estado reconhece a união estável como entidade familiar (art. 226, §3º, do CPP), o companheiro(a) também possui legitimidade ativa para propositura da revisão, em interpretação extensiva ao cônjuge.

É patente a outorga legal do *jus postulandi* ao condenado, ou seja, o direito de ajuizar diretamente (independentemente de procurador técnico) a revisão criminal. Com ímpeto de buscar um equilíbrio entre a autodefesa e a defesa técnica, a qual é direito do acusado frente ao desdobramento da ampla defesa, ao ser ajuizada a revisão criminal deve o Tribunal nomear advogado dativo ou defensor público para assistir tecnicamente o postulante, em total consonância com o art. 133 da CF/88, sendo o advogado imprescindível a administração da justiça.

Art. 624. As revisões criminais serão processadas e julgadas:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, quanto às condenações por ele proferidas;

II - pelo Tribunal Federal de Recursos, Tribunais de Justiça ou de Alçada, nos demais casos.

§ 1º No Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos o processo e julgamento obedecerão ao que for estabelecido no respectivo regimento interno.

§ 2º Nos Tribunais de Justiça ou de Alçada, o julgamento será efetuado pelas câmaras ou turmas criminais, reunidas em sessão conjunta, quando houver mais de uma, e, no caso contrário, pelo tribunal pleno.

§ 3º Nos tribunais onde houver quatro ou mais câmaras ou turmas criminais, poderão ser constituídos dois ou mais grupos de câmaras ou turmas para o julgamento de revisão, obedecido o que for estabelecido no respectivo regimento interno.

Em regra, a competência para julgar as revisões criminais é do próprio tribunal, em relação a decisões proferidas por seus membros ou juízes subordinados. O oposto ocorre no *habeas corpus* que, em regra, a competência recai sobre o Tribunal imediatamente superior. Resta claro que não poderão participar deste julgamento magistrados que já tenham atuado anteriormente no feito.

Para fixação de competência dos Tribunais Superiores resta de sua importância a verificação dos fundamentos da revisão criminal e do reconhecimento dos recursos extraordinários, sendo Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Eis que, em caso de consonância entre os fundamentos da revisão criminal e do reconhecimento dos recursos extraordinário (ainda que não seja provido), a força substitutiva de referidos recursos fará com que o Tribunal competente seja aquele que reconheceu o Recurso Especial (Superior Tribunal de Justiça) ou Recurso Extraordinário (Supremo Tribunal

Federal). Do contrário, se os fundamentos da revisão criminal forem diversos dos apreciados nas decisões dos tribunais superiores, a competência será do tribunal de origem.

Isso acontece porque ao ser reconhecido o recurso e apreciado seus fundamentos (que estejam em consonância com os fundamentos da revisão criminal) a decisão do Tribunal Superior (juízo *ad quem*) substitui do juízo *a quo*. Vale destacar que o recurso extraordinário é de fundamentação vinculada, não sendo o Supremo Tribunal Federal livre para apreciar toda matéria de fato e de direito referente aos autos, mas tão somente a matéria constitucional. Na via inversa, caso não seja reconhecido o recurso extraordinário, ocorre a manutenção integral da decisão *a quo*, sendo este o Tribunal competente para julgar a revisão criminal

Ainda que ocorra o reconhecimento do recurso extraordinário, a revisão criminal será de competência do Tribunal superior, apenas se os fundamentos da revisão estiverem em consonância com os fundamentos do reconhecimento do recurso extraordinário (ainda que não provido), não havendo consonância dos fundamentos, a competência será do tribunal de origem.

Em relação aos Juizados Especiais Criminais, a competência para processo e julgamento de revisões criminais das decisões transitadas em julgado de referidos juizados é da Turma Recursal do próprio juizado e não do Tribunal de Justiça respectivo.

Art. 625. O requerimento será distribuído a um relator e a um revisor, devendo funcionar como relator um desembargador que não tenha pronunciado decisão em qualquer fase do processo.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória e com as peças necessárias à comprovação dos fatos argüidos.

§ 2º O relator poderá determinar que se apensem os autos originais, se daí não advier dificuldade à execução normal da sentença.

§ 3º 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 para as câmaras reunidas ou para o tribunal, conforme o caso (art. 624, parágrafo único).

§ 4º Interposto o recurso por petição e independentemente de termo, o relator apresentará o processo em mesa para o julgamento e o relatará, sem tomar parte na discussão.

§ 5º Se o requerimento não for indeferido in limine, abrir-se-á vista dos autos ao procurador-geral, que dará parecer no prazo de dez dias. Em seguida, examinados os

autos, sucessivamente, em igual prazo, pelo relator e revisor, julgar-se-á o pedido na sessão que o presidente designar.

Este artigo trata do procedimento da revisão criminal, existindo impedimento legal expresso para funcionar como relator ou revisor um desembargador que tenha pronunciado decisão em qualquer fase do processo. Tal impedimento visa afastar a imparcialidade do magistrado, visto que estão relacionados a incapacidade objetiva do julgador e, independentemente de seu ânimo subjetivo, estando diretamente relacionadas a fatos internos do processo. Pois, levando em conta que a prestação jurisdicional trata-se inequivocamente de uma atividade humana, certamente está suscetível a erros e equívocos, mesmo considerando sua escala recursal. Sendo ao ser humano mais doloroso reconhecer seus próprios erros, tal dispositivo tem forte ligação com a parcialidade. Eis que, para reverter, deveria o magistrado reconhecer e retificar seu próprio erro.

Mesmo restando evidente o acerto do referido dispositivo legal, o mesmo impedimento inexistente em relação à participação dos demais membros do órgão colegiado.

Não obstante a previsão de impedimento supracitada, também se aplica o art. 252, I, do CPP, neste sentido, já manifestou o Supremo, senão vejamos:

STJ: "(...) É nulo o julgamento de revisão criminal do qual participou genitor do Juiz prolator da sentença condenatória, ex vi do art. 252, I, do CPP, que veda o exercício da jurisdição no processo em que tiver funcionado parente até o terceiro grau. Habeas-corpus concedido". (STJ, 6ª Turma, HC 10.612/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 15/02/2001, DJ 09/09/2002).

Ainda sobre o tema: "A participação de magistrado em julgamento de caso em que seu pai já havia atuado é causa de nulidade absoluta, prevista no art. 252, I, do CPP. STF. 2ª T. HC 136015/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 14/05/19 (Informativo 940 do STF).

No parágrafo primeiro fica estabelecido o meio de prova para demonstrar o requisito da coisa julgada (interesse de agir) e a necessidade de prova pré-constituída do erro judiciário. Vale frisar que embora a revisão criminal possa ser ajuizada em

favor do condenado, o trânsito em julgado deve ter ocorrido tanto para acusação com para a defesa.

Em seu art. 5º, LVII, a Constituição Federal de 1988 prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tal dispositivo consagra o princípio fundamental da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Entretanto, com o trânsito em julgado, cessa referida presunção. Por tal motivo alguns doutrinadores defendem que em sede de revisão criminal impera a aplicação do *in dubio contra reum*, já que existe certeza da culpa do acusado com o trânsito em julgado de decisão condenatória. Apesar de referido fato prevalece a aplicação do disposto no art. 615, §1 do CPP, reproduzida para o *habeas corpus* no parágrafo único do art. 664 do CPP, prevalecendo a decisão que mais favorece ao postulante. Em suma, em sede de revisão criminal, o ônus da prova incumbe ao postulante que caso não se desincumba dele, terá sua revisão julgada improcedente.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal já se manifestaram.

HABEAS CORPUS - REVISÃO CRIMINAL - INVERSAO DO ONUS DA PROVA - ONUS DO PETICIONARIO - PODERES INSTRUTORIOS DO RELATOR - EXERCÍCIO DISCRICIONARIO - RECUSA DE CONVERSAO DO JULGAMENTO EM DILIGENCIA - LEGITIMIDADE - INOCORRENCIA DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO - ORDEM DENEGADA. - A revisão criminal, que constitui ação penal não-condenatória, destina-se, em sua precípua função jurídico-processual, a desconstituir a própria autoridade da coisa julgada. Nessa ação revisional, incumbe ao autor que a promove o onus probandi, competindo-lhe fornecer ao juízo competente os elementos instrutorios indispensáveis a comprovação dos fatos arguidos. E do peticionário, em sede revisional, o onus de destruir a presunção de veracidade e de certeza que decorre da sentença penal condenatória transitada em julgado. - A possibilidade jurídico-processual da conversão do julgamento da revisão criminal, em diligência, e o reconhecimento de poderes instrutorios deferidos ao relator da própria ação revisional, não constituem circunstâncias que possam ser invocadas pelo peticionário para dispensa-lo e exonerar-lo do onus de provar as suas alegações. O peticionário da revisão criminal, especialmente nos casos em que desatende ao imperativo do onus de provar, não possui direito público subjetivo ao exercício, pelo órgão julgador, dos poderes instrutorios que o ordenamento positivo a este confere, e nem dispõe da prerrogativa de constrangê-lo, nas atividades que se submetem a sua livre e discricionária apreciação, a prática de tais atribuições. - Não constitui ato configurador de injusto constrangimento a recusa do Tribunal em converter em diligência o julgamento de revisão criminal, para o fim

de, em agindo ex officio, tomar o depoimento de testemunhas referidas pelo peticionário. (STF, 1ª Turma, HC 68.437/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/02/1991, DJ 15/03/1991)
(...). Habeas corpus. Ônus da prova. Revisão criminal. A finalidade da revisão criminal é desconstituir a coisa julgada. É incumbência do autor do ônus da prova necessário àquela desconstituição. Se não o faz, permanece íntegra a decisão. Recurso a que se nega provimento”. (STJ, 6ª Turma, REsp 27.827/SC, Rel. Min. Pedro Aciole, j. 13/04/1993, DJ 02/08/1993 p. 14.286).

O parágrafo terceiro trata claramente do indeferimento por carência da ação. Eis que, o relator, entendendo estar insuficientemente instruído o pedido revisional, na impossibilidade de juntada dos autos originais, em decisão liminar, pode indeferir a revisão criminal. Esta decisão não aprecia o mérito, podendo ser acatada por via do recurso inominado, sendo forte a doutrina de seguir o procedimento do agravo regimental. Interposto o recurso, deve o relator apresentar o processo em mesa para o julgamento e o relator, sem tomar parte na decisão, nos moldes previstos no parágrafo quarto.

Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.
Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

O objetivo da revisão criminal é a desconstituição da sentença condenatória ou absolutória imprópria já transitada em julgado. Seja pela substituição da decisão do juízo rescindente pela do juízo rescisório ou pela anulação da decisão impugnada, com a devolução dos autos do processo à origem para regular trâmite a partir do momento em que foi reconhecida a nulidade. Sendo imperioso ressaltar a desnecessidade do envio se já existir a extinção da punibilidade, bem como, se tratar-se de nulidade tão grave que obste a ação.

Mesmo sem expressa previsão no art. 621 do CPP é pacífico o entendimento de ser possível o ajuizamento de revisão criminal com base na nulidade processual. Lembrando que essa nulidade deve ser absoluta, eis que, com a existência do trânsito em julgado, presume-se a convalidação da nulidade relativa, enquanto a nulidade absoluta pode ser arguida a qualquer tempo.

Também não podemos esquecer que a nulidade absoluta da sentença absolutória própria ou extintiva da punibilidade transitada em julgado não poderá ser buscada por meio da revisão criminal, eis que não é possível a revisão criminal *pro societate*, ainda que a decisão tenha sido proferida por juízo incompetente, pois trata-se de decisão nula e não inexistente, devendo haver respeito ao princípio do *ne bis in idem*.

Referido parágrafo consagra o princípio do *non reformation in pejus*, ainda que em ação autônoma de impugnação. Podendo haver alteração da classificação da infração, absolvição do acusado, modificação da pena ou até mesmo anulação do processo. Entre todas estas hipóteses, jamais poderá haver agravamento da pena imposta na condenação.

Tal previsão está em total consonância com a súmula 160 do Supremo Tribunal Federal que assim estabelece: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvado os casos de recurso de ofício”.

Ainda cabe destaque a *reformatio in pejus* indireta, ou seja, reconhecida a nulidade em sede de revisão criminal, com devolução dos autos para que seja proferida nova decisão, o magistrado estará obrigatoriamente vinculado ao máximo da pena imposta na primeira decisão, sem que posso agravar a situação do acusado, sob pena de incorrer na *reformatio in pejus* indireta.

Art. 627. A absolvição implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, devendo o tribunal, se for caso, impor a medida de segurança cabível.

De fato a sentença condenatória tem outros afeitos além das aplicação da pena (efeito principal da condenação), sendo denominados ‘efeitos secundários da condenação’. Esses efeitos são a obrigação de reparar o dano, confisco, entre outros.

Julgada procedente a revisão criminal com prolatação de sentença absolutória própria, serão restabelecidos todos os direitos do postulante que haviam sido perdidos com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Vale destaque que, se o Tribunal, ao julgar a revisão criminal, reconhecer procedente o pedido do postulante para absolvê-lo, em razão de inimizabilidade do condenado por fato típico e antijurídico a pena privativa de liberdade, poderá aplicar

absolvição imprópria, ou seja, cumprimento de medida de segurança, seja internação ou tratamento ambulatorial.

Art. 628. Os regimentos internos dos Tribunais de Apelação estabelecerão as normas complementares para o processo e julgamento das revisões criminais.

Se a procedência do pedido revisional acarretar a absolvição do acusado, o julgamento importará no restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, devendo o tribunal, se for o caso, impor a medida de segurança cabível.

Art. 629. À vista da certidão do acórdão que cassar a sentença condenatória, o juiz mandará juntá-la imediatamente aos autos, para inteiro cumprimento da decisão.

Grande destaque merece o fato de que, a sentença proferida em sede de revisão criminal é impugnada exclusivamente pelos Recursos Extraordinários, os quais, é cediço, não possuem, como regra, efeito suspensivo.

Logo, sendo o postulante absolvido no julgamento da revisão criminal, referida decisão produz efeitos imediatamente. Estando o condenado preso, deverá ser imediatamente posto em liberdade (exceto se por outro motivo estiver preso), por mais que referida decisão não seja definitiva (passível de recurso).

Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

a) 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;

b) se a acusação houver sido meramente privada.

Referido pedido de indenização deverá ser formulado formalmente, sendo vedado ao magistrado conceder de ofício. Caso o pedido não tenha sido formulado na revisão criminal, a indenização poderá ser buscada na esfera civil.

O parágrafo primeiro trata de mera regra de competência, pois responderá a União se a condenação tiver sido proferida pela Justiça Federal, Justiça Militar da União, Justiça Eleitoral ou pela Justiça Comum do Distrito Federal, já sendo proferida pela Justiça Militar Estadual, ou Justiça Estadual (residual) cabe indenizar o respectivo estado da federação.

A alínea “a” do parágrafo segundo afasta o cabimento de indenização pelo Estado no caso de *culpa exclusiva da vítima*. Como exemplos, podemos citar: a confissão, a ocultação de provas que tinha conhecimento etc. Entrementes, deve ser observado com cautela que, a culpa tem que ser exclusiva do condenado, pois caso tenha sido torturado para confessar ou o magistrado tenha utilizado de outros elementos para proferir a decisão, referida indenização terá cabimento viabilizado.

Ao contrário do que trata a alínea “b” do parágrafo segundo, o Estado não fica exonerado de sua responsabilidade por erro judiciário pelo simples fato da acusação ter sido unicamente privada. Isso porque é pacífico na doutrina e jurisprudência que referido dispositivo legal não foi recepcionado pela Constituição Federal, eis que lá, foi consagrada a responsabilidade objetiva nos moldes de seu art. 37, §6.

Art. 631. Quando, no curso da revisão, falecer a pessoa, cuja condenação tiver de ser revista, o presidente do tribunal nomeará curador para a defesa.

Conforme podemos notar, não há previsão de suspensão do processo para habilitação dos herdeiros/cônjuge. Com isso, havendo a morte do postulante, será nomeado curador, seguindo o processo seu curso normal, sem prejuízo de eventual habilitação dos interessados em sucessão ao acusado.

REFERÊNCIAS

LIMA, Renato Brasileiro de, **Código de Processo Penal comentado**/ 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017

LIMA, Renato Brasileiro de, **Manual de Processo Penal**/ 4ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016)

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal comentado**, 15º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016

PACELLI, FISHCER, Eugênio, Douglas, **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 8º. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014

TÁVARO, ALENCAR, Nestor, Rosmar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal**, 10ª ed. rev. ampl. e atual., Juspodivm, 2015)

CAPÍTULO VIII – DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Nelson Finotti Silva¹
Giovana Pereira Franzé²
(arts. 632 ao 638)

Arts. 632 ao 636. (Revogados pela 3.396 de 1958)

Os artigos 632 a 636 foram revogados pela Lei nº 3.396, de 02 de junho de 1958 que por sua vez foi revogada pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que instituiu normas procedimentais para os processos que tramitam no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, é de se consignar que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil, no seu artigo 1.072, IV, revogou expressamente os artigos 26 a 29 da Lei nº 8.038/90 que disciplinavam os recursos extraordinário e especial, razão pela qual os recursos extraordinário e especial previstos nos artigos 1.029 ao 1.042 do CPC, incluindo o recurso do agravo em recurso especial e em recurso extraordinário, combinado com o artigo 15 também do CPC, passam a ter aplicação no âmbito do Processo Penal.

O recurso extraordinário e especial tem assento na Constituição Federal, artigo 102, III e artigo 105, III, respectivamente.

O Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, *caput*, da CF tem como função precípua ser o seu guardião, passando a desempenhar o papel de Corte Constitucional, tutelando os mandamentos constitucionais, assim, levando-se em consideração o sistema brasileiro, onde a questão constitucional pode ser analisada em qualquer grau do Poder Judiciário, o Supremo é o último a dar interpretação ao texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal está no vértice do Poder Judiciário e, através do

¹ Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Doutor em Direitos Sociais – Processo Civil – pela PUC/SP, Mestre em Direito do Estado pela UNIFRAN, professor universitário, autor de obras e artigos publicados, Advogado.

² Graduanda do curso de Direito, mantido pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

recurso extraordinário, procura-se manter o respeito e obediência à Constituição Federal, razão pela qual o recurso extraordinário é um mecanismo de controle de constitucionalidade, pela via indireta ou pela via de exceção.

Sendo o recurso extraordinário um meio de impugnar uma decisão judicial que contraria a Constituição Federal, o cabimento do recurso, naturalmente, está previsto na própria Lei Maior, cabendo à lei infraconstitucional o seu procedimento.

Assim, nos termos do art. 102, III, da CF, tem cabimento o recurso extraordinário das decisões proferidas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição Federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal; ressaltando que a alínea “d” foi acrescida pela Emenda Constitucional 45/04.

O Superior Tribunal de Justiça tem como função essencial ser o último intérprete da legislação federal, em outras palavras, procura-se através do recurso especial, fazer com que se observem as leis federais e a uniformidade de sua aplicação e interpretação entre os tribunais.

Nesses termos o artigo 105, III, da CF, dispõe ter cabimento o recurso especial nas causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (redação dada pela Emenda Constitucional 45/04); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Diante das hipóteses de cabimento dos recursos em comento pode-se afirmar que são recursos de natureza extraordinária em relação aos demais recursos considerados ordinários, porque não irão examinar toda a decisão impugnada, senão a parte em que a mesma decide sobre questão de direito constitucional ou federal, conforme prevê a própria Constituição Federal, são recursos de fundamentação vinculada, característica que não é específica deles, porquanto há recursos ordinários, como os embargos de declaração que também tem fundamentação vinculada, entretanto, o recurso extraordinário e o especial não se prestam ao exame da matéria de fato, nesse sentido Súmula nº 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso

extraordinário” e Súmula nº 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

A restrição certamente não alcança a discussão sobre o regime legal das provas, ou seja, a violação das regras procedimentais que disciplinam as provas, uma vez que venham a ser violadas, negadas, o recurso extremo será possível, nessa linha afirma Aury Lopes Jr., “..o que se veda é a rediscussão da axiologia da prova em relação ao caso penal, mas não regime legal das provas. Portanto, a violação de regras processuais atinentes à prova, dos princípios das provas, a utilização de prova ilícita, a prova ilícita por derivação, a atribuição de carga probatória ao réu, enfim, as questões legais acerca da prova, são passíveis de recurso especial”³.

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

A interposição de recurso, seja ele qual for, no plano processual gera efeitos, tais como, devolutivo, suspensivo, expansivo, substitutivo, obstativo, antecipativo, mas, a doutrina considera como principais efeitos o devolutivo e o suspensivo.

O efeito devolutivo, presente em todos os recursos, é uma manifestação do princípio dispositivo, que implica na “..circunstância de a interposição do recurso transferir ao órgão responsável pelo julgamento do recurso (*ad quem*) o conhecimento parcial ou integral da matéria que havia sido submetidas ao órgão que proferiu a decisão impugnada (*a quo*)”⁴, esclarecendo que tal efeito, como já pontuado, ocorre em todos os recursos, inclusive nos embargos de declaração.

Por outro lado, o denominado efeito suspensivo impõe à decisão recorrível que seus efeitos ocorram somente depois de findo o prazo recursal, ou seja, no caso o efeito suspensivo decorre da recorribilidade da decisão e não da interposição do recurso; entretanto, outras decisões impugnadas por recursos que não tenham efeito suspensivo, produzem efeitos desde logo, o que não afasta a possibilidade de se obter

³ LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1064.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo. 2016. p. 389.

efeito suspensivo concedido pelo tribunal, mas até que conceda, a decisão estará produzindo efeitos. ou seja, existem recursos que por terem o efeito suspensivo implica que a decisão não irá produzir efeitos imediatamente e outras decisões impugnadas por recursos sem efeito suspensivo produzirão efeitos desde logo.

O recurso extraordinário e especial por disposição de lei, são recursos que não são dotados do efeito suspensivo, assim, pode-se afirmar que a decisão impugnada pelos recursos tidos extraordinários, irão produzir efeitos imediatos, ao menos, no cível não há menor dúvida, entretanto, não se podendo aplicar o mesmo pensamento, a mesma lógica no direito penal.

No STF em 10 de fevereiro de 2009 no julgamento do HC 94.408, tendo como relator o Ministro Eros Grau restou decidido a inconstitucionalidade da execução imediata da pena, por violar o princípio da inocência previsto no artigo 5º, LVII e o princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCOSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

Ao analisarem o artigo 637 do CPP, entendeu por bem o relator acompanhado pela unanimidade dos Ministros da Segunda Turma, que a prisão antes do trânsito julgado somente pode ser decretada a título cautelar, a execução penal antecipada é incompatível com o texto da Constituição Federal e a ementa termina:

“Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em jugado a condenação de cada qual. Ordem concedida”.

Assim, até o julgamento do HC 94.408, havia a interpretação no sentido de que a ausência do efeito suspensivo no recurso especial e extraordinário implicava na prisão cautelar automática, ou seja, na execução antecipada da pena.

Entretanto, em 17 de fevereiro de 2016 no julgamento do HC 126.292, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Pleno do STF passou a admitir, por 7 votos a 4, a possibilidade da execução antecipada da pena, após decisão do segundo grau:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Mesmo sendo certo não ter a decisão supra mencionada do STF “*..caráter vinculante e tampouco eficácia erga omnes, ela tem sido amplamente invocada pelos tribunais de segundo grau para decretação da prisão dos acusados, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário*”⁵.

Todavia, o plenário do STF em 07 de novembro de 2019 julgou procedente as ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 e declarou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do CPP, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

Com a decisão da constitucionalidade do art. 283 do CPP, a prisão para a execução da pena, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou nas hipóteses previstas no artigo 312 do CPP, assim, pode-se afirmar que a situação retorna ao tempo anterior ao julgamento do HC 126.292 e prevalecendo o julgamento do HC 94,908.

Recentemente no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 170.360/PR da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que tinha como agravante o Ministério Público Federal, a 2ª Turma do STF reconheceu que a execução

⁵ LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1082.

antecipada da pena viola a garantia constitucional da inocência, prisão somente presente os requisitos do artigo 312 do CPP:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (ADCs 43/DF, 44/DF e 54/DF). RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, viola a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988) II – O art. 283 do CPP foi declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. III – A decretação de prisão antes do trânsito em julgado somente se justifica na modalidade cautelar, quando preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP. IV – O réu que respondeu ao processo em liberdade e que não teve prisão preventiva decretada em seu desfavor, deve iniciar a execução da pena após o trânsito em julgado da condenação. V – Agravo regimental a que se nega provimento.

Portanto, ainda que o recurso especial ou extraordinário não tenha efeito suspensivo, em termos de direito penal, a execução da pena não pode ser considerada antes do trânsito em julgado da decisão, salvo, presente os requisitos do artigo 312 do CPP, mediante decisão devidamente fundamentada, mas, em havendo qualquer receio da prisão ou mesmo se decretada for, pela ausência do efeitos suspensivo do recurso especial ou extraordinária, deverá o recorrente se valer do disposto no artigo 1.029 do CPC, ou seja, deverá o recorrente quando da interposição do recurso requerer que lhe seja dado o efeito suspensivo:

“Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

(...)

§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

II - ao relator, se já distribuído o recurso;
III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037” .

Deverá o recorrente observar em que momento está postulando o efeito suspensivo para endereçar corretamente, ao Presidente do STJ ou STF, ao relator do recurso junto ao STF ou STJ ou ao Presidente ou Vice-Presidente no tribunal *a quo*, sem prejuízo, da impetração do *habeas corpus*.

Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.

O artigo 638 do CPP teve sua redação alterada por força da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, lei conhecida como Pacote Anticrime ou Lei Anticrime, lei que segundo legislador, procurou aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

Depreende-se da leitura do artigo em questão que o procedimento dos recursos extremos, extraordinário e especial, são os estabelecidos em leis especiais, pela lei processual civil e pelo Regimento Interno do STF e do STJ.

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 que instituiu o Código de Processo Civil em vigor, no seu artigo 1.072, IV, revogou expressamente os artigos 26 a 29 da Lei nº 8.038/90 que disciplinavam os recursos extraordinário e especial, estando atualmente a matéria disciplinada no CPC nos artigos 1.029 ao 1.042, sendo que os artigos 1.036 a 1.041 do CPC disciplinam o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos e o artigo 1.042 do CPC dispõe sobre o agravo em recurso especial e em recurso extraordinário e o artigo 1.030, § 2º do CPC prevê o recurso do agravo interno da decisão que monocrática do Presidente ou do Vice-Presidente do tribunal recorrido que negar seguimento, encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação nos termos da lei e sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo; por fim, a matéria em questão estão disciplinados nos artigos 321 a 329 do Regimento Interno do STF e os artigos 255 a

256-X do Regimento Interno do STJ, sendo que os artigos 256 a 256-X disciplinam o recurso especial repetitivo.

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial estão previstas na CF, artigo 102, III, alíneas “a” a “d” e artigo 105, III, alíneas “a” a “c”, respectivamente.

Os incisos III do artigo 102 e 105 da CF apresentam uma redação semelhante; em se tratando de recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da CF, tem cabimento o recurso das decisões proferidas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição Federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal; ressaltando que a alínea “d” foi acrescida pela Emenda Constitucional 45/04; e, o recurso especial, tem cabimento, nos termos do artigo 105, III, da CF, nas causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (redação dada pela Emenda Constitucional 45/04); c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Os dois recursos, com igual procedimento e identidade quanto algumas particularidades, quais sejam, matéria só de direito, causas decididas em única ou última instância, necessidade do prequestionamento, prazo de 15 dias, efeito só devolutivo, petição dirigida ao Presidente ou Vice do Tribunal *a quo* que irá fazer o primeiro juízo de admissibilidade que, se negativo caberá, a depender da decisão agravo interno nos termos do art. 1.030, § 2º do CPC ou agravo em recurso especial ou extraordinário nos termos do ar. 1.042 do CPC.

O recurso extraordinário e o especial não se prestam ao exame da matéria de fato, nesse sentido Súmula nº 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” e Súmula nº 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Por causas decididas não se deve entender exclusivamente a decisão final de

mérito, mas qualquer questão de direito constitucional ou federal que tenha sido decidido em única ou última instância

Decisões de única instância são aquelas proferidas em ações de competência originárias dos tribunais e decisões de última instância, impõe o esgotamento da instância, ou seja, o recorrente antes de se valer dos recursos extremos deverá utilizar todos os recursos ordinários, nesse sentido é a Súmula do STF 281: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada*”.

Em relação a decisão ser proferida em única ou última instância, também cabe ressaltar que pela dicção do inc. III, do art. 105, da CF, que a decisão de única ou última instância tem que ser de um Tribunal, razão pela qual, não cabe recurso especial das decisões proferidas pela Turma Recursal do Juizado Especial, Súmula 203 do STJ: “*Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão do segundo grau dos Juizados Especiais*”, restrição que não se aplica ao recurso extraordinário, porque, nesse caso, a lei maior não exige que a decisão de única ou última instância seja de algum tribunal, inclusive, a Súmula 640 do STF dispõe: “*É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal*”.

Vale registrar que o cabimento do recurso extraordinário contra decisão do juizado, está previsto em lei, no art. 15, da Lei 10.259/01, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal e, no art. 21 da Lei 12.153/09, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estado, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Outra particularidade do recurso especial está na sua interposição ter por fundamento o dissídio jurisprudencial. O recorrente deverá não só fazer uma petição articulada nos moldes do extraordinário, bem como, acrescida da prova da existência do acórdão paradigma, conforme exigência legal constante no § 1º, do art. 1.029, do CPC, como por exemplo, citando que o mesmo encontra-se num repertório autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça, indicando o volume e a página, como por exemplo, acórdão existente na RT .../.... (volume e página), o recorrente não deve fazer menção somente à ementa do acórdão, deverá citá-lo na íntegra, observando que, se o acórdão, além da tese objeto da divergência tiver outras teses não haverá necessidade de citá-

las, devendo, ainda, o recorrente realizar um confronto analítico entre o acórdão impugnado e o paradigma, demonstrando o porquê deve prevalecer esse em relação àquele.

Na hipótese de o recurso especial ter por fundamento a divergência jurisprudencial, é fundamental que os tribunais sejam diferentes, não importando se são tribunais estaduais ou federais, porquanto se trata de divergência externa e não interna.

Por fim, outra diferença substancial entre os dois recursos está a necessidade da demonstração da Repercussão Geral no recurso extraordinário, conforme o § 3º, do art. 102 da CF com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, que passou a exigir para admissão do recurso que o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, podendo o tribunal recusá-lo pela manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros, requisito que somente será analisado pelo STF, não cabe aos tribunais recorridos fazer a análise se há ou não repercussão geral, § 2º do art. 1.035 do CPC, tratando-se do último requisito a ser examinado.

A lei que regulamenta atualmente a Repercussão Geral, já que a norma constitucional fala “nos termos da lei”, é o próprio Código de Processo Civil, no artigo 1.035, lembrando que a repercussão geral será considerada existente sobre questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

A matéria também está disciplinada no âmbito do Regimento Interno do STF arts. 322-324.

Nos termos do *caput* do art. 1.035, o STF não conhecerá do recurso extraordinário, por decisão irrecorrível, se a questão constitucional objeto do recurso não tiver repercussão geral.

Não há menor dúvida de que o conceito de repercussão geral é um típico exemplo de conceito jurídico indeterminado, razão pela qual, cabe ao STF “...traçar seus contornos, a doutrina entende que a transcendência pode ser qualitativa,

*referindo-se à importância para a sistematização e desenvolvimento do Direito, ou quantitativa, referindo-se ao número de pessoas atingidas pela decisão*⁶.

O ordenamento jurídico no § 3º do art. 1.035 do CPC indicam hipóteses de repercussão geral presumida, quando o acórdão impugnado contrariar súmula ou jurisprudência do STF ou tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da CF, são hipóteses de presunção absoluta.

A repercussão geral, deverá ser demonstrada mediante preliminar das razões do recurso, em que pese o atual CPC ao contrário do CPC/73 que expressamente exigia a preliminar no art. 543-A § 2º⁷, não repetir a regra.

O prequestionamento, requisito comum aos dois recursos extremos, que deve ser entendido como a necessidade da questão federal ou constitucional ter sido objeto de enfrentamento pela decisão recorrida, não basta que o recorrente ventile a questão no recurso, o tribunal *a quo* deverá enfrentar, decidir, e caso não o faça, o recorrente deverá inicialmente opor embargos de declaração e nos termos do art. 1.025 do CPC, consideram-se incluído no acórdão recorrido, os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, mas os embargos foram inadmitidos ou rejeitados.

Quando no acórdão constar expressamente a questão federal ou constitucional tem-se o que se denominou de prequestionamento explícito e quando ocorre sem que o tribunal *a quo* expressamente aponte a questão federal ou constitucional, tem-se o prequestionamento implícito.

Se o acórdão recorrido violar normas constitucionais e infraconstitucionais, o recorrente deverá interpor simultaneamente o recurso extraordinário e o recurso especial e, nos termos do art. 1.031 do CPC, primeiro será julgado o recurso especial, com o envio dos autos ao STJ e concluído o julgamento, os autos então serão remetidos ao STF para o julgamento do recurso extraordinário. Entretanto, se o relator do recurso especial entender que o recurso extraordinário é prejudicial ao exame do recurso especial, remeterá ao STF para exame do extraordinário mediante decisão irrecurável, suspendendo o julgamento do recurso especial. Todavia, se o relator do recurso extraordinário entender que não há prejudicialidade no exame do recurso

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comenta**: artigo por artigo. 5.ed. Salvador: JusPodivm. 2020. p. 1897.

⁷ “Art. 543-A. (...) § 2º. O recorrente deverá demonstrar, em preliminar de recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

extraordinário, por decisão irrecurável, devolverá os autos ao STJ para exame do recurso especial.

O preparo, no recurso extraordinário ou especial criminal será exigido somente na hipótese da ação penal privada, art. 806 do CPP, não havendo, portanto, preparo quando se tratar de ação penal pública ou na ação penal privada subsidiárias da pública, salvo, se nos termos do art. 32 do CPP a parte obteve os benefícios da gratuidade processual, vale lembrar a Súmula 187 do STJ: “*É 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*”, ressaltando, o porte de remessa e de retorno não é devido quando se tratar de processo eletrônico, ou seja, somente é devido nos processos físicos, devendo, ainda, ser observado o disposto o parágrafo único do art. 932, do CPC em vigor, ou seja, a possibilidade de sanar o vício, bem como, aplica-se o disposto no art. 1.007 do CPC/15.

O art. 932, parágrafo único combinado com o art. 1.029, § 3º, ambos do CPC/15, disciplinam o princípio da primazia do mérito, ou seja, os dispositivos preveem que o STF ou STJ, poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não repute grave, assim, procurou o legislador alterar o que se convencionou denominar de *jurisprudência defensiva*.

Com relação ao prazo, vale ressaltar que, antes da vigência do CPC/15 o STF editou a Súmula 699 com o seguinte enunciado: “*O prazo para a interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/94 ao Código de Processo Civil*”.

Como já anotado anteriormente, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 que instituiu o Código de Processo Civil, no seu artigo 1.072, IV, revogou expressamente os artigos 26 a 29 da Lei nº 8.038/90 que disciplinavam os recursos extraordinário e especial e o art. 28 da citada lei, parcialmente revogada, previa expressamente o prazo de 5 dias para a interposição do agravo de instrumento, contra a decisão que inadmitia o recurso especial ou extraordinário.

Portanto, poder-se-ia afirmar que o CPC/15 disciplinou o novo prazo para o recuso do agravo, em matéria penal, qual seja, 15 dias, estando, assim, prejudicada a Súmula 699 do STF, devendo o STF revogar ou cancelar a súmula, aliás, vale anotar

que existem no próprio STF alguns julgados reconhecendo o prazo de 15 dias, o primeiro citado tem como relator o Min Luiz Fux, julgado pela 1ª T em 07.03.2017, vencido o Min Marco Aurélio e o segundo tem como relator o Min Edson Fachin.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO 1.009.351 SERGIPE

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. PROCESSO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ARTIGO 1º DO DECRETO-LEI 201/1967. TEMPESTIVIDADE EM MATÉRIA PENAL. REVOGAÇÃO EXPRESSA DO ARTIGO 28 DA LEI 8.038/1990 PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS PARA INTERPOSIÇÃO DO AGRADO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO (ARTIGOS 1.003, § 5º, E 1.042 DO CPC/2015). CONTAGEM DOS PRAZOS DE FORMA CONTÍNUA (ARTIGO 798 DO CPP). PETIÇÃO DE AGRADO RECEBIDA PELO PROTOCOLO DO TRIBUNAL DE ORIGEM APÓS O PRAZO LEGAL. INTEMPESTIVO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Do voto do relator Min Luiz Fux, no acórdão acima citado vale destacar:

“Observe-se, por oportuno, que o artigo 28 da Lei 8.038/1990 – que fixava o prazo de 5 (cinco) dias para a interposição do agrado interposto em face da decisão denegatória de recurso extraordinário e que vinha sendo aplicado aos processos de natureza penal – foi expressamente revogado pelo artigo 1.072, IV, do Código de Processo Civil de 2015. Assim, a teor do artigo 3º do Código de Processo Penal, bem como do artigo 314 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o agrado em recurso extraordinário, em matéria penal, passa a ser regido pelo Novo Código de Processo Civil, que fixa o prazo de 15 (quinze) dias para sua interposição (artigo 1.003, § 5º, combinado com o artigo 1.042 do CPC/2015)”. (destaque nosso)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO 993.407 DISTRITO FEDERAL

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. MATÉRIA CRIMINAL. FORMA DE CONTAGEM. DIAS CORRIDOS. ART. 798, DO CPP. INTEMPESTIVIDADE DO AGRADO. NÃO CONHECIMENTO. 1. O prazo para interposição do agrado que visa destrancar o recurso extraordinário é de 05 (cinco) dias. 2. A contagem dos prazos no processo penal está prevista em regra específica e se dá de forma contínua e peremptória, nos termos do art. 798 do CPP. 3. É intempestivo o agrado, em matéria criminal, interposto após o prazo de 05 (cinco) dias corridos. 4. Agrado não conhecido.

Do voto do relator vale destacar:

“Ocorre que o novo Código de Processo Civil alterou toda a sistemática recursal e, especificamente quanto ao recurso extraordinário, revogou expressamente os arts. 26 a 29 e 38 da Lei 8.038/1990 (art. 1.072 do NCPC).

Apenas a título de esclarecimento, não se desconhece a manutenção do art. 39 da Lei 8.038/90, o qual prevê:

Art. 39 - Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias.

Embora permaneça em plena aplicabilidade o dispositivo acima colacionado, faz-se mister ponderar que versa sobre agravo interposto em face de decisão monocrática de Relator, a fim de que a matéria objurgada seja enfrentada pelo Colegiado. Ou seja, trata-se de previsão sobre agravo interno, que não se confunde com o agravo cabível para destrancamento de recurso extraordinário, como é o caso em mesa. Dessa forma, o agravo destinado a destrancar o recurso extraordinário criminal era aquele regulamentado pelo art. 28 da Lei 8.038/90, que, como anteriormente mencionado, foi expressamente revogado. Feitas essas considerações, verifico que, em razão da alteração da base normativa, inexistindo previsão específica no CPP e no RISTF, à luz do preconizado no art. 3º do CPP, o prazo a ser observado na interposição do agravo destinado a impugnar a decisão de admissibilidade do recurso extraordinário é aquele da regra geral do art. 1.003, § 5º, do NCPC, ou seja, de 15 (quinze) dias. (destaque nosso)

Entretanto, cabe ressaltar que em 09 de maio de 2019, o plenário do STF por maioria, decidiu que o prazo estabelecido no CPC/15 não se aplica aos agravos regimentais em reclamação e recursos extraordinários em matéria penal ao julgarem questão de ordem em agravo regimental na Reclamação (RCL) 25638 e em agravos apresentados em outros processos (RCL 23045, AREs 988549, 992066 e 999675) que foram afetados ao Pleno pela Segunda Turma, ficando decidido que nos agravos regimentais que contestem decisões monocráticas proferidas em reclamações e recursos de natureza criminal em trâmite perante o STF, se aplica o prazo de cinco dias previsto no artigo 39 da Lei 8.038/1990, e a contagem é feita em dias corridos, conforme o artigo 798 do Código de Processo Penal (CPP).

Prevaleceu o entendimento de que o novo CPC (Lei 13.105/2015) não alterou a sistemática da contagem de prazos previstas no CPP e na Lei 8.038/1990, que continuam em vigor.

No âmbito do STJ já havia decisão no mesmo sentido:

AgRg na RECLAMAÇÃO Nº 30.714 - PB
EMENTA PROCESSUAL CIVIL E PROCESSUAL PENAL.
AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECURSO
QUE IMPUGNA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR
PROFERIDA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO
CPC. PRAZO AINDA REGIDO PELO ART. 39 DA LEI
8.038/90. INTEMPESTIVIDADE. 1. O agravo contra decisão
monocrática de Relator, em controvérsias que versam sobre
matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, não
obedece às regras no novo CPC, referentes à contagem dos
prazos em dias úteis (art. 219, Lei 13.105/2015) e ao
estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os
recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, §
5º, Lei 13.105/2015). 2. Isso porque, no ponto, não foi revogada,
expressamente, como ocorreu com outros de seus artigos, a
norma especial da Lei 8.038/90 que estabelece o prazo de cinco
dias para o agravo interno. 3. Além disso, a regra do art. 798 do
Código de Processo Penal, segundo a qual “Todos os prazos
correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se
interrompendo por férias, domingo ou dia feriado” constitui
norma especial em relação às alterações trazidas pela Lei
13.105/2015. 4. Precedente recente desta Corte: AgInt no CC
145.748/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS
MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe
18/04/2016. 5. Assim sendo, interposto o agravo regimental em
11/04/2016 (segunda-feira) contra decisão monocrática de
Relator publicada em 30/03/2016, é forçoso reconhecer a
intempestividade do recurso, por não ter obedecido ao prazo de
5 (cinco) dias corridos, previsto no art. 39 da Lei 8.038/90. 6.
Agravo regimental de que não se conhece, em razão da sua
intempestividade

No processo penal o Ministério Público não tem o benefício do prazo em dobro como no processo civil⁸, ao contrário da Defensoria Pública que nos termos da Lei Complementar 90/94, expressamente no art. 128, I, prevê expressamente que o Defensor Público tem em dobro todos os prazos⁹.

Em relação aos defensores dativos, é posição do STJ e do STF que a eles, defensores dativos, não se estende o benefício do prazo em dobro:

⁸ No STJ Agravo regimental no HC 392.868/MT, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 06.02.2018 “...o Ministério Público não goza de prazo em dobro no âmbito penal, sendo intempestivo recurso de agravo regimental interposto fora do prazo quinquídio previsto no art. 258 do Regimento Interno do STJ”. No STF, HC 120.275, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 15.05.2018 “...O prazo para interposição de agravo pelo Estado-acusador em processo-crime, visando a subida do recurso especial, é de 5 dias...”.

⁹ “Art. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I - receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se lhes em dobro todos os prazos;”.

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.613 - SP
PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO
RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTEMPESTIVO.
PRAZO DE 5 DIAS. NÃO OBSERVÂNCIA. ART 39 DA LEI
N. 8.038/1990, ART. 258 DO RISTJ E ART. 798 DO CPP.
DEFENSOR DATIVO. PRAZO SIMPLES PARA
RECORRER. CONVÊNIO ENTRE A OAB E A
DEFENSORIA PÚBLICA. IRRELEVANTE. AGRAVO
REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.**

O prazo para interposição de agravo regimental, em matéria penal, é de 5 dias, nos termos do art. 258, caput, do RISTJ. Ademais, os prazos, no processo penal, são contínuos e peremptórios, conforme dispõe o art. 798, caput, do CPP. 2. Na espécie, a decisão monocrática agravada foi disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico em 31/5/2019 (sexta-feira), considerando-se publicada em 3/6/2019 (segunda-feira), conforme certidão de e-STJ fl. 458. O defensor dativo, por sua vez, foi intimado em 6/6/2019 (quinta-feira), consoante aviso de recebimento acostado às e-STJ fls. 464/465, de modo que o prazo para interposição do agravo se iniciou em 7/6/2019 (sexta-feira) e findou-se em 11/6/2019 (terça-feira). Não obstante, o presente agravo foi interposto apenas em 17/6/2019, sendo, portanto, manifestamente intempestivo. 3. Ademais, como é cediço, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o prazo em dobro para recorrer, previsto no art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, só é devido aos Defensores Públicos e àqueles que fazem parte do serviço estatal de assistência judiciária, não se estendendo a prerrogativa aos defensores dativos, porquanto não integram o quadro do serviço de assistência judiciária gratuita do Estado, sendo irrelevante a existência de convênio previamente celebrado com o órgão público. Precedentes: HC n. 27.786/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Corte Especial, julgado em 23/10/2003, DJe 19/12/2003; AgRg no AREsp n. 1130826/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 1º/3/2018, DJe 12/3/2018; AgRg no AREsp 1217916/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/2/2019, DJe 8/3/2019. 3. Agravo regimental não conhecido.

**A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM
AGRAVO 1.133.424 SÃO PAULO
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL.
INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
DEFENSOR DATIVO. PRERROGATIVAS PROCESSUAIS
CONFERIDAS AOS DEFENSORES PÚBLICOS. LEI
1.060/1950. INAPLICABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - A orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é no sentido de que o defensor dativo não faz jus ao prazo recursal em dobro. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

Vale anotar a novidade constante no CPC/15, qual seja, a previsão expressa do princípio da fungibilidade entre o recurso especial e extraordinário prevista nos arts. 1.032 e 1.033, ambos do CPC.

Interposto o recurso extraordinário o especial no prazo de 15 dias pelo Ministério Público, querelante, assistente da acusação ou pelo réu, a parte contrária nos termos do art. 1.030 *caput* do CPC, será intimada para no prazo de 15 dias apresentar contrarrazões.

O CPC/15 nos artigos 1.036 a 1.041 disciplina o processamento e o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, ou seja, nos termos da lei, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento; o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, selecionará 2 ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao STF ou STJ, determinando-se a suspensão de todos os processos pendentes, lembrando que o relator do tribunal superior poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia, ou seja, não está vinculado à escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*.

Julgado os recursos afetados, selecionados, a decisão tem efeito vinculante nos termos dos art. 1.039 a 1.041 do CPC/15, sendo que os demais recursos que estão suspensos terão a mesma sorte, o mesmo tratamento, aplicando-se a todos a tese firmada.

Finalizando os comentários, uma breve análise sobre as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e especial.

O recurso extraordinário tem suas hipóteses de cabimento, rol taxativo, como já mencionado anteriormente, previstas expressamente na CF, art. 102, III, e suas alíneas:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

A primeira hipótese de cabimento está na decisão impugnada pelo recurso extraordinário *contrariar dispositivo constitucional*, sendo certo que a norma constitucional, princípio ou regra, tenha sido objeto de enfrentamento no acórdão recorrido.

No presente caso, o texto constitucional deve ter sido afrontado diretamente, ou seja, não se admite o recurso extraordinário por uma contrariedade reflexa, “*Se, antes de se violar norma constitucional, há o descumprimento direto de um dispositivo infraconstitucional, a tendência é a discussão encerrar-se em sede recurso especial, principalmente quando a ofensa à Constituição for reflexa ou decorre da interpretação de princípio constitucional*”¹⁰; a necessidade da ofensa direta está prevista no art. 1.033 do CPC/15, que disciplinou o princípio da fungibilidade entre o recurso extraordinário e o especial:

“Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

A fungibilidade em sentido inverso também está prevista no CPC/15, no art. 1.032:

“Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o *caput*, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”.

¹⁰ LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1070.

Portanto, a ofensa ou contrariedade a norma constitucional deve ser direta, o dispositivo contrariado pelo acórdão recorrido é texto da própria CF e não violação de norma infraconstitucional, nesse sentido Súmula 636 do STF: “*Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida*”.

A segunda hipótese de cabimento do recurso extraordinário é *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*, ou seja, a decisão impugnada deve ter reconhecido a inconstitucionalidade de uma lei ou de um tratado; a hipótese decorre naturalmente da função precípua do STF, qual seja, ser o guardião da Constituição Federal, ser o último a dar a interpretação.

Vale destacar que a hipótese em análise exige que se observe a cláusula da reserva de plenário prevista no art. 97 da CF, o recurso extraordinário não cabe contra esta decisão, mas a proferida em julgamento final da turma ou câmara, que decidiu a causa; “*...proclamada, por seu plenário ou órgão especial, a inconstitucionalidade da norma, deverá o caso, voltar para julgamento pelo órgão fracionário. Julgado o caso pelo órgão fracionário, caberá recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, “b”, da CF/1988. Significa que o recurso extraordinário fundado na letra “b” do inciso III do art. 102 da CF/1988 pressupõe tenha sido adotado o procedimento previsto nos arts. 948 a 950 do CPC*¹¹.

A declaração de inconstitucionalidade ser a observância da cláusula de reserva de plenário nos termos do art. 97 da CF, o recurso extraordinário terá por fundamento a alínea *a* e não a *b*, por violação do art. 97 da CF.

A terceira hipótese de cabimento do recurso extraordinário é a decisão que *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal* e quarta hipótese, *julgar válida lei local contestada em face da lei federal*, como sustenta a doutrina, são hipóteses de não aplicação no direito penal; “*A declaração de constitucionalidade de lei local em face da Constituição é submetida a controle pelo STF, pela via do recurso extraordinário. Mas não vislumbramos aplicação desta*

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13.ed. Salvador: JusPodivm. 2016. 3.v. p. 359.

alínea na esfera penal, diante da competência privativa da União para legislar sobre matéria penal e processual penal, art. 22, I, da Constituição, valendo o mesmo, para a aliena d”¹².

Por sua vez, o recurso especial tem suas hipóteses de cabimento prevista, em um rol também taxativo, no art. 105, III e alíneas da CF:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

O recurso especial tem cabimento como primeira hipótese, quando a decisão recorrida *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*; contrariar é estar em desacordo, deixar de aplicar o tratado ou lei federal nas hipóteses em que devem subsumir-se, o que também pode, para fins de cabimento do recurso especial justificar a hipótese de negar vigência, ou seja, o julgado, a decisão impugnada mediante recurso especial está em contrariedade ao que determina o texto legal, “...a contrariedade à lei federal ou tratado internacional acaba por ser uma questão hermenêutica e, mais do que isso, de conformidade ou não entre a interpretação e aplicação feito pelo tribunal a quo em relação à posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça”¹³.

Quanto aos tratados internacionais sobre direitos humanos, nos termos do § 3º, do art. 5º da Constituição Federal, quando aprovados, pelas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, mediante quórum qualificado, passam a ter o *status* de emenda constitucional razão pela qual, eventual recurso a ser interposto deverá ser o recurso extraordinário e não especial.

A segunda hipótese de cabimento do recurso especial ocorre quando o acórdão recorrido *julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal*, hipótese que acreditamos não ter aplicação no âmbito do direito penal ou processo penal, ante

¹² LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1074.

¹³ LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1066.

a competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal e direito processual penal.

Encerrando as hipóteses de cabimento do recurso especial tem-se quando o acórdão recorrido *dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*, é a denominada divergência jurisprudencial, divergência externa, ou seja, entre tribunais, pois se houver divergência interna, no mesmo tribunal entre seus órgãos fracionários, não é hipótese de recurso especial, Súmula 13 do STJ: “*A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial*”, a divergência interna pode ensejar o dever de uniformização nos termos do art. 926 do CPC/15.

Nos termos do art. 1029, § 1º do CPC/15, o recurso especial quando tiver por fundamento o dissídio jurisprudencial, o recorrente deverá não só fazer uma petição articulada nos termos do *caput* e incisos do art. 1.029 do CPC/15, bem como, o recorrente deverá fazer a prova da divergência, da existência do acórdão paradigma, como por exemplo, citando que o mesmo encontra-se num repertório autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça, indicando o volume e a página, como por exemplo, acórdão existente na RT / (volume e página), o recorrente não deve fazer menção somente à ementa do acórdão, deverá citá-lo na íntegra, observando que, se o acórdão, além da tese objeto da divergência tiver outras teses não haverá necessidade de citá-las, devendo, ainda, o recorrente realizar um confronto analítico entre o acórdão impugnado e o paradigma, demonstrando o porquê deve prevalecer esse em relação àquele.

REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13.ed. Salvador: JusPodivm. 2016. 3.v.

LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comenta: artigo por artigo**. 5.ed. Salvador: JusPodivm. 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo. 2016.

CAPÍTULO IX – DA CARTA TESTEMUNHÁVEL

Ivan Rafael Bueno¹
(arts. 639 ao 652)

Art. 639. Dar-se-á carta testemunhável:

I - da decisão que denegar o recurso;

II - da que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo ad quem.

1. **Natureza de recurso.** A carta testemunhável é um recurso residual e subsidiário, só podendo ser utilizada quando não há recurso específico para reparar um gravame causado pelo juiz *a quo*.

2. **Hipóteses de cabimento.** Cabe, por exemplo, carta testemunhável contra a decisão que denega o recurso em sentido estrito ou que obsta seu seguimento. Cabe carta testemunhável contra a decisão que obsta o seguimento de agravo em execução. Embora a doutrina aponte casos em que não se admitiu a utilização da carta testemunhável contra a decisão que obstou o seguimento de correição parcial, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, tem admitido a carta testemunhável como recurso adequado para dar-se seguimento à correição parcial obstada pelo juiz *a quo*. Nesse sentido, menciona-se a carta testemunhável nº 0001520-28.2015.8.26.0597, julgada em 29 de junho de 2015 pela 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido deferida a carta testemunhável interposta para receber a correição parcial obstada, negando-se-lhe, porém, provimento. Menciona-se ainda a carta testemunhável nº 0000755-36.2020.8.26.0515, julgada em 27 de outubro de 2020 pela 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo, na ocasião, o venerando acórdão estadual determinado o regular processamento da correição parcial obstada pelo juízo de primeiro grau. Em caso no qual se denega a apelação ou é julgada deserta, cabível o recurso em sentido estrito (art. 581, inc. XV, do CPP). É inadmissível, porém, a carta testemunhável contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido

¹ Bacharel em ciências sociais e jurídicas pela Faculdade de Direito de Franca, advogado, especialista em direito público pela Universidade POTIGUAR e Presidente da 80ª Subseção da OAB/SP nos triênios 2016/2018 e 2019/2021.

que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, pois nesse caso o recurso cabível é o de agravo (art. 1042 do CPC).

Art. 640. A carta testemunhável será requerida ao escrivão, ou ao secretário do tribunal, conforme o caso, nas quarenta e oito horas seguintes ao despacho que denegar o recurso, indicando o requerente as peças do processo que deverão ser trasladadas.

1. Requerimento ao escrivão ou ao secretário do tribunal. A carta testemunhável deverá ser requerida ao escrivão do cartório ou da secretaria da Vara. O escrivão, no dia a dia, chamado na justiça estadual em alguns lugares de “chefe de cartório”, “chefe de secretaria” ou “diretor de cartório”, é o único a quem o requerimento da carta testemunhável deve ser dirigido, podendo evidentemente ser requerida ao substituto automático do escrivão na ausência deste. Embora o legislador fale em “secretário do tribunal”, o dispositivo não tem aplicação nesse ponto, pois as decisões que obstam seguimento a recurso extraordinário nos tribunais estaduais ou nos tribunais regionais federais desafiam o recurso de agravo.

2. Contagem do prazo. Entende Tourinho Filho (2013) que o prazo deve ser contado de minuto a minuto, mas não se impede a contagem como se fosse de 2 (dois) dias na impossibilidade de contar-se de minuto a minuto. Mirabete (2003) ensina que o prazo deve ser computado hora a hora. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o prazo para a interposição da carta testemunhável corre a partir da intimação do despacho denegatório (RT 617/384).

3. Traslado. Atualmente, no Estado de São Paulo, todos os fóruns estaduais e federais já contam com os processos criminais digitais. Na época em que existiam muitos processos físicos, era comum na justiça estadual o advogado indicar no requerimento da carta testemunhável as peças do processo que deveriam ser trasladadas e o escrivão, contrariando a lei, providenciava a intimação da defesa técnica para que o próprio advogado tirasse a cópia das peças, reunindo-as para a formação do instrumento. No entanto, o legislador é claro em dizer que o requerente apenas se limita a fazer a indicação das peças, cabendo ao escrivão a responsabilidade sobre o traslado. É importante que o requerente indique não somente as peças necessárias para ser deferida a carta testemunhável, mas também aquelas que possibilitem que o tribunal analise o mérito do recurso denegado.

Art. 641. O escrivão, ou o secretário do tribunal, dará recibo da petição à parte e, no prazo máximo de cinco dias, no caso de recurso no sentido estrito, ou de sessenta dias, no caso de recurso extraordinário, fará entrega da carta, devidamente conferida e concertada.

O escrivão deve dar recibo da petição à parte. Na prática, o requerente, tratando-se de processo físico, dirige-se ao setor de protocolo do fórum, apresenta a petição da carta testemunhável e, em seguida, obtém o carimbo, etiqueta ou impressão do protocolo da petição. Sendo processo digital, o próprio sistema virtual, como no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, gera um recibo de protocolo da petição da carta testemunhável. De acordo com o dispositivo, o prazo para a entrega da carta é de 5 (cinco) dias, prazo este que vale tanto para o recurso em sentido estrito como para qualquer outro recurso denegado que comporte a interposição de carta testemunhável. No caso do recurso extraordinário, o dispositivo está revogado, pois a decisão que obsta seu seguimento desafia o recurso de agravo.

Art. 642. O escrivão, ou o secretário do tribunal, que se negar a dar o recibo, ou deixar de entregar, sob qualquer pretexto, o instrumento, será suspenso por trinta dias. O juiz, ou o presidente do Tribunal de Apelação, em face de representação do testemunhante, imporá a pena e mandará que seja extraído o instrumento, sob a mesma sanção, pelo substituto do escrivão ou do secretário do tribunal. Se o testemunhante não for atendido, poderá reclamar ao presidente do tribunal *ad quem*, que avocará os autos, para o efeito do julgamento do recurso e imposição da pena.

O dispositivo prevê sanção ao escrivão que não der recibo da petição da carta testemunhável ou deixar de entregar o instrumento ao requerente. A pena é imposta pelo juiz, que mandará que seja extraído o instrumento, sob a mesma sanção, pelo substituto do escrivão. Se o requerente não for atendido, poderá reclamar ao presidente do tribunal *ad quem*, que avocará os autos, para o efeito do julgamento do recurso e imposição da pena. Vale lembrar que o dispositivo não tem aplicação com relação ao secretário do tribunal, pois as decisões que obstam o seguimento de recursos especial e extraordinário desafiam o recurso de agravo.

Art. 643. Extraído e autuado o instrumento, observar-se-á o disposto nos arts. 588 a 592, no caso de recurso em sentido estrito, ou o processo estabelecido para o recurso extraordinário, se deste se tratar.

No tocante ao recurso extraordinário, o dispositivo está revogado. Extraído e autuado o instrumento, deve ser observada na instância ordinária o rito estabelecido para o recurso em sentido estrito, havendo, então, o juízo de retratação.

Art. 644. O tribunal, câmara ou turma a que competir o julgamento da carta, se desta tomar conhecimento, mandará processar o recurso, ou, se estiver suficientemente instruída, decidirá logo, de meritis.

O Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal, ao deferir a carta testemunhável, poderão julgar o próprio mérito do recurso denegado, desde que o instrumento contenha as peças necessárias para tal julgamento. Se a carta testemunhável não estiver suficientemente instruída, o tribunal poderá apenas determinar o regular processamento do recurso obstado.

Art. 645. O processo da carta testemunhável na instância superior seguirá o processo do recurso denegado.

Na instância superior, o procedimento da carta testemunhável seguirá o do recurso denegado ou obstado.

Art. 646. A carta testemunhável não terá efeito suspensivo.

A carta testemunhável é desprovida de efeito suspensivo. Não obstante a redação do dispositivo, a depender do caso concreto, para evitar ou fazer cessar a ocorrência de flagrante ilegalidade, teratologia ou grave ataque à liberdade de locomoção, é possível manejar mandado de segurança ou mesmo “habeas corpus” para dar efeito suspensivo à carta testemunhável. Na lição de Távora e Alencar (2018), o relator, no tribunal *ad quem*, por provocação ou de ofício, poderá conceder efeito suspensivo à carta testemunhável.

CAPÍTULO X – DO HABEAS CORPUS E SEU PROCESSO

*Ivan Rafael Bueno*²

Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

1. **Violência ou coação ilegal.** A CF de 1988, em seu art. 5º, inc. LXVIII, diz que: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Segundo Lima (2020), a palavra violência do texto constitucional está consubstanciada na violência física ou material (*vis corporalis*), traduzindo um constrangimento físico ou cerceamento à liberdade de locomoção, ao passo que a coação traduz a violência moral, que pode ser decorrente, por exemplo, de ameaça ou intimidação (*vis compulsiva*). A violência física ou material pode ser proveniente da situação em que alguém, por exemplo, está preso preventivamente por fato que não constitui crime. Em relação à violência moral, pode ser mencionado o caso em que um investigado é notificado pela autoridade policial para comparecer à delegacia para interrogatório inquisitivo e a notificação traz a advertência de que o não comparecimento acarretará a condução coercitiva do investigado e também a responsabilidade penal pelo crime de desobediência (art. 330 do CP), tratando-se, pois, de situação na qual há uma ameaça ou intimidação contra o investigado.

2. **Ilegalidade ou abuso de poder.** Renato Brasileiro de Lima, ao explicar sobre a ilegalidade do texto constitucional, descreve que:

A ilegalidade a que se refere a Constituição Federal (art. 5º, LXVIII) consiste na falta de observância dos preceitos legais exigidos para a validade do ato ou de alguns deles exigidos como necessários. (LIMA, 2020, p. 1852).

O abuso de poder traz a noção de irregularidade do uso do poder, ou melhor dizendo, tem-se uma forma arbitrária de agir do agente público. Segundo a lição de

² Bacharel em ciências sociais e jurídicas pela Faculdade de Direito de Franca, advogado, especialista em direito público pela Universidade POTIGUAR e Presidente da 80ª Subseção da OAB/SP nos triênios 2016/2018 e 2019/2021.

Lima (2020, p. 1852), o abuso de poder pode “restar caracterizado na hipótese de incompetência do agente para a prática do ato, ou mesmo quando este, em nome da lei, mas por ela não autorizado, extrapola seus limites”.

3. Liberdade de ir e vir. Nucci (2020, p. 617) ensina que o alcance do *habeas corpus* atualmente “tem sido estendido para abranger qualquer ato constritivo direta ou indiretamente à liberdade, ainda que se refira a decisões jurisdicionais não vinculadas à decretação da prisão”. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, nada obstante a existência de recurso específico, mostra-se cabível a impetração de *habeas corpus* sempre que a alegada ilegalidade estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo (AgRg no HC 298.290/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014 e HC 294.717/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 14/10/2014). Recentemente (acórdão publicado em 03/04/2020), a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da impetração de “*habeas corpus*” de forma contemporânea ao manejo do recurso cabível (apelação, agravo em execução, recurso em sentido estrito, recurso especial, e mesmo a revisão criminal), estabeleceu que, quando já tiver sido interposto o recurso próprio contra a mesma decisão judicial, só será examinado o “*writ*” se for destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou se contiver pedido diverso do recurso que reflita no direito de ir e vir (HC 482.549). Havendo discussão sobre a liberdade de locomoção, diretamente atingida por ilegalidade ou abuso de poder, o cabimento do “*habeas corpus*” é incontestável nos termos preconizados pela Constituição Federal (art. 5º, inc. LXVIII).

4. Punição disciplinar. O art. 142, § 2º, da Constituição Federal, reza que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Contudo, ressalte-se que qualquer punição disciplinar militar que cause constrangimento físico à liberdade de locomoção autoriza a impetração de “*habeas corpus*”. A Constituição Federal de 1988, ao tratar da ação de natureza penal do “*habeas corpus*”, prevê sua impetração “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção” (art. 5º, inc. LXVIII), razão pela qual a punição disciplinar ilegal que objetive o cerceamento de liberdade do militar possibilita o ajuizamento de “*habeas corpus*”. Na verdade, o art. 647 do CPP e o próprio art. 142, § 2º, da Carta Magna trazem a ideia de vedação do “*habeas corpus*” para as situações em que se busque ingressar no mérito do ato administrativo.

Conforme ensina Nucci (2020), o “*habeas corpus*” não pode ser utilizado para questionar a conveniência e oportunidade da punição que envolva prisão disciplinar contra militar, mas sua impetração se mostra cabível, porém, em casos de flagrante ilegalidade ou de manifesta teratologia como, por exemplo, naqueles em que há incompetência da autoridade ou a falta de previsão legal para a punição.

5. Súmulas do STF sobre o cabimento do “*habeas corpus*”. “Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade” (Súmula 695). “Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada” (Súmula 693). “Não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito” (Súmula 692). “Não se conhece de recurso de *habeas corpus* cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção (Súmula 395). “Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública” (Súmula 694).

6. Impetração de “*habeas corpus*” para discutir questões relacionadas à guarda, visitas e adoção de crianças e adolescentes. O Superior Tribunal de Justiça tem **excepcionado** o entendimento de que o *habeas corpus* não seria adequado para discutir questões relativas à guarda e adoção de crianças e adolescentes (HC 298009/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em 19/08/2014, DJE 04/09/2014 e RHC 039184/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, Julgado em 08/10/2013, DJE 14/10/2013). Portanto, à luz do princípio do melhor interesse do menor, seria possível a utilização de “*habeas corpus*”, por exemplo, para suspender mandado de busca e apreensão e o acolhimento institucional de criança que vive em família com a qual não tem vínculo de parentesco. Se demonstrada eventual teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder, excepcionalmente poderá haver a concessão de “*habeas corpus*”, ainda que de ofício, em questões que versem sobre guarda, visitas e adoção de crianças e adolescentes. Logo, mostra-se possível, em casos excepcionais, a impetração de *habeas corpus* para permitir que paciente preso receba visitas de filhos e enteados, tendo em vista o direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade, só se

podendo falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida (STF: HC 107.701, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-9-2011, 2ª T, DJE de 26-3-2012).

7. **“Habeas corpus” e processo administrativo.** Não cabe *habeas corpus* para trancamento de processo administrativo disciplinar ou para suspensão do seu trâmite, pois não há ameaça à liberdade de ir e vir. Não é possível, portanto, a utilização do “writ” para trancamento de processo administrativo disciplinar instaurado contra advogado que cometeu, em tese, infração ética, podendo, no entanto, ocorrer a eventual utilização de mandado de segurança. O Supremo Tribunal Federal tem precedente segundo o qual o *habeas corpus* não é instrumental próprio a questionar a sequência de processo administrativo (HC 100.664, rel. min. Marco Aurélio, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 22-2-2011). Evidentemente, se no curso do processo administrativo, houver a prática de algum ato que acarrete ameaça à liberdade de locomoção, autorizada estará a impetração de “habeas corpus”.

8. **“Habeas corpus” e o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal.** A decisão do Juízo das Execuções que reconhece a prática de falta grave interfere na liberdade de locomoção do preso, sendo possível, em tese, a utilização do “habeas corpus” para atacar tal decisão se houver elementos ou indícios que demonstrem não ter havido regular exercício do direito de defesa. Contudo, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, ao julgar o RE 972.598/RS, em sessão do Plenário virtual realizada em 4/5/2020, firmou a compreensão de que "A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena" (RE 972598/RS, Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 11/5/2020).

9. **“Habeas corpus” como sucedâneo da revisão criminal.** O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que não se pode utilizar o “habeas corpus” como sucedâneo de revisão criminal, salvo em caso de manifesta ilegalidade ou abuso no ato praticado pelo tribunal superior (HC n. 86.367, Relatora Ellen Gracie, DJe 23.10.2008 e RHC n. 119.337-ED, Relatora Cármen Lúcia, DJe 17.3.2014). Em casos teratológicos ou de abuso de poder, em que se verifica existência de flagrante

constrangimento físico à liberdade de locomoção, seria admissível, então, a utilização do *mandamus* como substituto de revisão criminal, principalmente porque possui rito mais célere e também mais eficaz para fazer cessar o ataque à liberdade de ir e vir. Embora denegando a ordem, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente (acórdão publicado em 19/10/2020), julgou o mérito de “habeas corpus” impetrado como sucedâneo de revisão criminal para discutir a ocorrência de nulidades em ação penal (HC 541.328), tendo o impetrante alegado na petição inicial que, em razão da pandemia do novo coronavírus com consequente fechamento dos Fóruns, a tramitação física de revisão criminal na justiça estadual paulista não estava sendo possível.

10. **“Habeas corpus” como sucedâneo de agravo em execução penal.** Embora a progressão de regime prisional, por exemplo, deva ser discutida em sede de agravo em execução penal, que é a via recursal adequada, vislumbra-se a possibilidade de manejar o “habeas corpus”, em situações excepcionais, para discussão sobre o pedido de progressão de regime, ainda que eventualmente a ordem seja concedida de ofício (STJ: HC 299.282). Cuidando-se de questões meramente de direito e que não demandam incursão fático-probatória, não há óbice ao manejo do *habeas corpus* no lugar do agravo em execução em casos teratológicos, dada a possibilidade de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* como sucedâneo do agravo em execução penal deve ser manifesta e de constatação evidente. Nas hipóteses em que o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal não conhecer do “habeas corpus” e deixar de analisar a matéria de fundo por considerar que o meio adequado para a impugnação do ato seria o agravo em execução, poderá o impetrante ingressar com novo “habeas corpus” no Superior Tribunal de Justiça ou mesmo interpor recurso ordinário constitucional (RHC) perante o Tribunal de origem, postulando que o acórdão regional seja anulado por ausência de prestação jurisdicional para que a Corte local (TJ ou TRF) examine o mérito da impetração para verificar a existência de flagrante ilegalidade a ser sanada, ainda que eventualmente seja concedida a ordem de ofício. O Superior Tribunal de Justiça, para evitar a indevida supressão de instância, tem determinado que o Tribunal de origem examine o mérito de *habeas corpus* originário que é impetrado como substituto de agravo em execução (RHC 49.656/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 13/10/2014 e RHC 74.291/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 28/09/2016).

11. **“Habeas corpus” contra ato de particular.** Segundo Aury Lopes Jr. (2018, p. 1133), é possível “a utilização do *writ* contra ato de particular, seja pessoa física ou jurídica (é evidente que eventual responsabilidade penal recairá sobre as pessoas físicas, responsáveis pela empresa)”. O “habeas corpus”, segundo ensina Nucci (2020, p. 627), poderá ser impetrado nos casos de “internação irregular em hospitais psiquiátricos ou mesmo da vedação de saída a determinados pacientes que não liquidam seus débitos no nosocômio”, tratando-se, pois, de atos ilegais praticados por particular. É bem verdade que, a depender do caso concreto como nas hipóteses nas quais, não obstante se trate de uma internação em clínica psiquiátrica, o cárcere privado se mostra evidente, a intervenção policial, em vez de manejar o *mandamus*, pode ser eficaz e apropriada para fazer cessar o constrangimento à liberdade de locomoção.

12. **Condução Coercitiva perante a autoridade policial ou judiciária.** O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, estatuída no art. 260 do CPP, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. A decisão foi tomada no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O emprego da medida, segundo o entendimento majoritário da Suprema Corte, representa restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal. No entanto, nada impediria a condução coercitiva do investigado ou réu, por exemplo, em caso de dúvida sobre a identidade civil, valendo lembrar que a Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, LVIII, reza que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Não se deve ignorar que a primeira parte do interrogatório é destinada à pessoa do acusado, o que naturalmente envolve sua qualificação (art. 187, §1º, do CPP). Portanto, é possível que haja a condução coercitiva do investigado para a realização da sua identificação ou, então, a condução coercitiva do réu para qualificação em juízo. Embora seja viável a condução coercitiva do investigado ou acusado para comparecimento à reconstituição do crime (reprodução simulada dos fatos), a sua participação no ato não é obrigatória em decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV). O princípio da não

autoincriminação, também chamado de princípio do *nemo tenetur se detegere*, tem por objetivo assegurar que o investigado ou acusado não seja compelido à realização ou produção de quaisquer provas que possam incriminá-lo, razão pela qual se poderia até mesmo cogitar a possibilidade de o investigado escolher se comparece ou não à reprodução simulada dos fatos (art. 7º do CPP). Na linha de raciocínio de Pacelli (2017, p. 619), o acusado pode ser obrigado a comparecer em juízo para a realização de reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP). O investigado ou acusado não pode ser obrigado a participar de procedimentos que exigem comportamento ativo, motivo pelo qual a condução coercitiva do acusado seria possível, então, para a realização de reconhecimento pessoal, ato que não estaria no rol dos procedimentos que reclamam um comportamento ativo por parte daquele acusado (ou investigado) conduzido coercitivamente. Há, porém, vozes, na doutrina, sustentando que o investigado ou acusado também não poderia ser conduzido coercitivamente para ser submetido a reconhecimento pessoal em homenagem ao princípio da não autoincriminação. Por outro lado, como ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, o investigado, em inquérito policial que investiga, por exemplo, uma falsidade material, não é obrigado a fornecer material para a realização de exame grafotécnico. Havendo, então, elementos que apontem concretamente o risco de ocorrência de condução coercitiva fora dos parâmetros constitucionais ou legais, mostra-se possível a impetração de “habeas corpus”.

13. Condução Coercitiva perante CPI. Na Reclamação nº 39449 ajuizada no STF contra ato da Comissão Parlamentar de Inquérito das ONG’s da Assembleia Legislativa do Paraná, entendeu o Ministro Gilmar Mendes pela existência do direito de o investigado não se incriminar perante as Comissões Parlamentares de Inquérito e, por consequência, julgou procedente a presente reclamação para declarar a ilegalidade da condução coercitiva, convolar a compulsoriedade de comparecimento em facultatividade e deixar a cargo do reclamante a decisão de comparecer, ou não, à Assembleia Legislativa, perante a CPI-ONG’s do Paraná, não podendo, por isso, ser punido ou conduzido coercitivamente. Se o reclamante manifestasse o desejo de comparecer ao ato, assegurou-se-lhe: a) o direito ao silêncio, isto é, de não responder, querendo, a perguntas a ele direcionadas; b) o direito de receber assistência por advogado durante o ato a ser realizado pela CPI; c) o direito de não ser submetido ao compromisso de dizer a verdade ou de subscrever termos com esse conteúdo; e d) o

direito de não sofrer constrangimentos físicos ou morais decorrentes do exercício dos direitos anteriores. No caso concreto, o reclamante era presidente da ONG Vigilantes da Gestão Pública, que estava sob investigação na CPI das ONGs instalada pela Assembleia Legislativa do Paraná. Percebe-se, portanto, que o reclamante, ainda que indiretamente, era investigado pela CPI, que tem poderes investigativos, e podia ser prejudicado pelas suas próprias declarações. Embora se tratasse de ajuizamento de reclamação, era perfeitamente possível também a utilização de “*habeas corpus*” no aludido caso, posto que a possibilidade de condução coercitiva interfere na liberdade de locomoção.

14. Absolvição por falta de provas. O *habeas corpus* não é meio adequado para, fazendo análise do conjunto probatório-fático, discutir se o paciente é inocente ou culpado. A via estreita do *writ* não é apropriada à análise do pleito de absolvição por falta de provas para a condenação ou de reconhecimento da minorante da participação de menor importância, dada a necessidade de reexame do material cognitivo produzido nos autos, para se infirmar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas (Nesse sentido: STJ: HC 310776/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 24/03/2015, DJE 30/04/2015). No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do *habeas corpus* o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias ordinárias formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente. Segundo o Supremo Tribunal Federal, “não se admite no *habeas corpus* a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar a inocência do Paciente” (HC n. 115.116/RJ, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 17/11/2014).

15. O devedor de alimentos e prisão civil. A aferição das reais condições financeiras do paciente que, em *habeas corpus*, busca demonstrar não serem consentâneas com a obrigação de prestar alimentos exige, a princípio, a apreciação de provas, procedimento incompatível na via célere do *mandamus*. Portanto, o “*habeas corpus*” não se presta ao exame aprofundado das provas, a fim de averiguar a condição econômica do devedor de alimentos ou a necessidade do credor. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em situações teratológicas ou de flagrante ilegalidade, reconheceu,

por exemplo, a utilização do “habeas corpus” para sanar o constrangimento ilegal em caso no qual a credora dos alimentos era filha maior de idade e casada e o devedor possuía delicado estado de saúde, sendo portador de diabetes com grave insuficiência renal (RHC 105.198/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Raul Araújo, DJ 19.3.2019) e também reconheceu o constrangimento no caso em que ex-cônjuge do paciente era maior e economicamente independente, inexistindo situação emergencial a justificar a medida extrema da restrição da liberdade sob o regime fechado de prisão e podendo a obrigação, porquanto pretérita, ser cobrada pelo rito menos gravoso da expropriação (RHC 95204 / MS, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 30.4.2018). Destarte, na via estreita do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória, o constrangimento ilegal decorrente da prisão civil de alimentos deve ser comprovado de plano, devendo o interessado demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a sua existência.

16. Desclassificação de crime. A regra é a seguinte: não é possível a utilização de “habeas corpus” para buscar a desclassificação de crime, dada a inviabilidade do reexame de provas na via estreita e célere do remédio constitucional. Contudo, excepcionalmente, havendo situações de flagrante ilegalidade ou de teratologia, pode-se cogitar a possibilidade de manejo do “writ” para objetivar a desclassificação. Em acórdão publicado no dia 05 de agosto de 2019, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, embora indeferindo a ordem por maioria de votos, conheceu de “habeas corpus” impetrado (HC 155182) para discussão relacionada a dolo eventual em caso de homicídio na direção de veículo automotor. Recentemente (acórdão publicado em 31/08/2020), a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do agravo regimental em *habeas corpus* (HC 187266), manteve decisão monocrática, proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, a qual havia concedido a ordem de ofício para desclassificar o crime de tráfico ilícito de entorpecentes para o delito de posse de drogas destinadas ao consumo pessoal.

17. “Habeas corpus” e dosimetria da pena. Na linha de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível o reexame da dosimetria da pena em sede de “habeas corpus”, desde que evidenciada flagrante ilegalidade e não haja necessidade de análise do conjunto probatório (HC 292119/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 05/05/2015, DJE 21/05/2015 e HC 110740/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 07/05/2015, DJE

19/05/2015). As instâncias ordinárias, por estarem mais próximas dos fatos e das provas, possuem o papel de fixar as penas. Ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, no exame da dosimetria das penas em grau recursal e em sede de “habeas corpus”, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

18. Inquérito civil e “habeas corpus”. Embora o inquérito civil seja procedimento investigatório destinado a colher elementos para propositura de ação civil pública, é possível que, durante seu curso, o membro do Ministério Público venha praticar algum ato que interfira na liberdade de locomoção do investigado ou de testemunhas como, por exemplo, no caso de uma requisição ministerial para condução coercitiva, razão pela qual será admissível a impetração de “habeas corpus” quando a condução coercitiva for determinada fora dos parâmetros legais ou constitucionais.

19. Prejudicialidade do “habeas corpus” impetrado quando ocorre a superveniência da sentença de pronúncia ou de condenação. O Plenário da Suprema Corte reafirmou, por maioria, no julgamento do HC 143.333/SP, que a alteração do título prisional no curso da impetração implica perda do objeto da ação constitucional, independentemente da perquirição sobre o grau de inovação dos argumentos lançados no ato judicial posterior a seu ajuizamento, mas isso não significa que a matéria de fundo do “habeas corpus” considerado prejudicado não possa ser analisada para efeito de análise da concessão da ordem de ofício (Nesse sentido: STF: HC 128.684-AgR).

20. O “habeas corpus” e o ANPP. O acordo de não persecução penal foi instituído legalmente pelo pacote anticrime (Lei 13.964/2019). Partindo-se do pressuposto de que o novo instituto retroage para beneficiar o réu, imagine-se, por exemplo, a hipótese em que a defesa de um acusado pleiteia ao Tribunal de Justiça a conversão do julgamento de uma apelação criminal em diligência para que o promotor de justiça se manifeste sobre a aplicação do instituto (art. 28-A do CPP) e a Corte Estadual, então, rejeita o pedido da defesa técnica. Nesse contexto, caberá a impetração de “habeas corpus” ao Superior Tribunal de Justiça, postulando que seja concedida a ordem, ainda que de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça baixe os autos à

primeira instância, a fim de que o Ministério Público de origem (promotor de justiça) analise o pedido formulado pela defesa a respeito do ANPP.

21. O acesso ao inquérito policial e o “habeas corpus”. Embora a reclamação constitucional (art. 103-A, §3º, da CF) e o mandado de segurança sejam instrumentos adequados para permitir que o advogado postule o acesso ao conteúdo do inquérito policial em caso de proibição praticada pela autoridade policial, nada impede o uso do “habeas corpus” com a mesma finalidade. No caso, sendo o ato coator praticado por delegado, o “writ” será impetrado perante o juiz de primeiro grau.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

1. Falta de justa causa. A coação considerar-se-á ilegal quando não houver justa causa, diz o texto legal. Segundo Tourinho Filho (2013, p. 972), “quando o fato for atípico, não houver respaldo probatório para a denúncia ou queixa etc, não há justa causa”. Poderá haver falta de justa causa para a prisão como no caso em que uma pessoa é presa em flagrante delito e é conduzida à delegacia de polícia sem que esteja presente nenhuma das hipóteses do art. 302 do CPP. Poderá também haver falta de justa causa para o inquérito policial, sendo possível seu trancamento com o ajuizamento de “habeas corpus” como, por exemplo, no caso em que não há suspeita de crime, de modo a autorizar-se as investigações policiais. Somente se pode admitir o trancamento do inquérito policial ou termo circunstanciado (Lei 9.099/95) por via do *habeas corpus* em casos excepcionais, isto é, quando a falta de justa causa resulte desde logo evidente. Se os fatos que ensejaram a solicitação de inquérito policial configuram, em tese, infração penal, não pode ser trancado por falta de justa causa. Ressalte-se, pois, que o trancamento só se tornará possível quando não houver necessidade de exame aprofundo e valorativo da prova. Imagine-se a situação em que o delegado de polícia instaura inquérito policial para apurar um fato que constitui apenas ilícito civil. Neste caso, haverá um constrangimento ilegal e o investigado

poderá impetrar “habeas corpus” perante o juiz de primeiro grau. Como o Supremo Tribunal Federal reconheceu o poder investigatório do Ministério Público na esfera criminal, poderá haver a instauração pelos promotores de justiça ou procuradores da república do chamado PIC (Procedimento Investigatório Criminal) para apuração de infrações penais. Na hipótese de ser instaurado um PIC, por exemplo, para apuração de fato atípico, haverá constrangimento ilegal e caberá o ajuizamento de “habeas corpus”. A falta de justa causa pode se referir ainda à ação penal. O trancamento da ação penal ou inquérito policial por meio do “habeas corpus” é medida excepcional. Por isso, será cabível somente quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. Alguém preso por mais tempo do que determina a lei. O legislador se refere ao excesso de prazo no recolhimento do paciente à prisão. A lei estabelece prazos para a conclusão do inquérito policial e para a prática dos atos processuais em juízo. Se o acusado está preso cautelarmente e os prazos previstos legalmente são desrespeitados, surge, em princípio, o constrangimento ilegal sanável pela via do “habeas corpus”. Vale lembrar, no entanto, que, segundo pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, a configuração de excesso de prazo não decorre da soma aritmética de prazos legais, devendo a questão deve ser aferida segundo os critérios de razoabilidade, tendo em vista as peculiaridades do caso (RHC n.117.586/PA, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/10/2019). A Súmula 21 do STJ prevê que: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”. Portanto, de acordo com o verbete sumular em testilha, se o réu já foi pronunciado, não haverá mais excesso de prazo. Em casos excepcionais e de evidente ilegalidade, a jurisprudência (STJ: HC 559.528) tem mitigado a Súmula 21 do STJ para reconhecer a existência de constrangimento ilegal. “No entanto, a jurisprudência desta Corte Superior admite certa relativização da Súmula nº 21, quando demonstrado excesso de prazo posterior à pronúncia, sem que se possa identificar motivo justificado para a demora do julgamento (Precedentes)” (HC 315.048/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 10/11/2015). A Súmula 52 do STJ diz que: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Esse verbete sumular também tem sofrido mitigação pela jurisprudência ante a

aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (HC 299.320/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015). Já a Súmula 64 do STJ reza que “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”. É importante, porém, ressaltar que a Súmula 64 em questão não tem aplicação quando o excesso de prazo é provocado exclusivamente pela defesa, pois se houver ilegal mora processual atribuível também ao Poder Judiciário ou aos órgãos encarregados de persecução penal, caracteriza-se o excesso de prazo, ou seja, se a demora não é atribuível apenas à defesa, configura-se o constrangimento ilegal sanável pelo “habeas corpus”. A Súmula 697 do STF diz que “A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.” Portanto, mesmo em processos que versam sobre crimes hediondos, é possível a caracterização de excesso de prazo (HC 106.243, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 5-4-2011, DJE 75 de 25-4-2011). Poderá também restar caracterizado excesso de prazo pela demora no julgamento de “habeas corpus” impetrado no Superior Tribunal de Justiça, tendo o Supremo Tribunal Federal já se pronunciado para conceder ordem de “habeas corpus”, a fim de determinar ao órgão apontado como coator que proceda ao imediato julgamento da causa, especialmente se se tratar de processo de “habeas corpus”, cuja demora injustificada provoca, por ausência de apreciação em tempo razoável, situação caracterizadora de injusto constrangimento ao “status libertatis” do paciente, ainda que este não esteja sujeito a qualquer medida cautelar de privação de sua liberdade (Rel. Min. EROS GRAU – HC 95.067/RS e Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 102.907/SC).

3. Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo. Segundo Capez (2019, p. 823), “só pode determinar a prisão a autoridade judiciária dotada de competência material e territorial, salvo caso de prisão em flagrante. A incompetência absoluta do juízo também pode ser reconhecida em sede de *habeas corpus*”. Ensina Lima (2020, p. 1874) que, “se a coação é determinada por ordem de quem não tem autoridade para fazê-lo, deve ser considerada manifestamente ilegal, autorizando-se a impetração de *habeas corpus*, nos termos do art. 648, III, do CPP”. A Carta Magna de 1988 é clara em dizer que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inc.

LXI). Vale lembrar que a coação pode se originar da falta de competência *ratione loci*, *ratione materiae* ou em razão da prerrogativa de função. Portanto, é possível a impetração de “habeas corpus”, por exemplo, para anular sentença condenatória de ação penal que tramitou pela justiça estadual, porque o crime foi praticado em detrimento de bens de autarquia federal (*ratione materiae*), tratando-se, assim, de nulidade absoluta.

4. Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação. Conforme lição de Távora e Alencar (2018), a prisão inicialmente decretada não se mostra ilegal, mas os motivos que autorizam a sua decretação deixam de existir no decorrer do processo-crime, como no caso da prisão preventiva que é decretada por conveniência da instrução criminal, mas resta cessado o motivo autorizador da custódia cautelar em razão do encerramento da instrução. Nessa hipótese, desaparecendo os motivos que autorizavam a prisão preventiva, a manutenção do acusado no cárcere configura constrangimento ilegal, sanável pela via do “habeas corpus” com base no art. 648, inc. IV, do CPP.

5. Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza. O art. 5º, inc. LXVI, da CF diz que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Atualmente, a autoridade policial tem atribuição para arbitrar fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Se houver demora ou recusa da autoridade policial para a concessão da fiança, “o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas” (art. 335 do CPP). Havendo inércia do magistrado de primeiro grau em decidir sobre a fiança, caberá a impetração de “habeas corpus” para fazer cessar o constrangimento ilegal.

6. Quando o processo for manifestamente nulo. É cabível também a utilização de “habeas corpus” para atacar nulidades relativas ou absolutas (STJ: HC 541.328). O dispositivo (inc. VI do art. 648) não veda a utilização do remédio constitucional para combater nulidades relativas. No entanto, é necessário lembrar que o rito célebre do “writ” não permite dilação probatória, não havendo, então, espaço para produção de provas. Se o reconhecimento da nulidade alegada depender do reexame do conjunto probatório-fático da ação penal, o “habeas corpus” poderá não ser conhecido ou

mesmo indeferido. Não obstante a redação do art. 572 do CPP, a doutrina e a jurisprudência oscilam muito em relação à classificação das nulidades, pois aquilo que o CPP diz ser nulidade absoluta, não raramente, é considerado pela jurisprudência como nulidade relativa. Não há exatamente uma fórmula segura para dizer o que é nulidade relativa ou o que é nulidade absoluta. Contudo, o melhor caminho é classificar como absoluta a nulidade que decorre de violação a princípio constitucional ou que decorre de ofensa a texto da Constituição Federal, sendo relativa a nulidade proveniente de violação a uma regra legal (violação ao ordenamento infraconstitucional). Na verdade, distinguir uma nulidade absoluta de uma relativa perdeu, de certa forma, a importância, posto que o Supremo Tribunal Federal passou a exigir a comprovação ou demonstração de prejuízo (art. 563 do CPP) também para as nulidades absolutas (Nesse sentido: HC 173.789-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, acórdão publicado em 02/04/2020). Não se pode esquecer, porém, que as nulidades absolutas podem ser alegadas a qualquer momento, mesmo depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que possibilitaria, em tese, o ajuizamento do “habeas corpus” como sucedâneo de revisão criminal.

7. Quando extinta a punibilidade. Na lição de Capez (2019, p. 823), “as causas extintivas da punibilidade estão enumeradas exemplificativamente no art. 107 do Código Penal”.

Art. 649. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.

1. Habeas corpus preventivo ou liberatório. Conforme ensina Mirabete (2003), concedida a ordem, ainda que de ofício, deve ser expedido salvo-conduto, tratando-se de “habeas corpus” preventivo. No caso de “habeas corpus” liberatório e, estando o acusado recolhido no cárcere, é expedido alvará de soltura.

2. Liminar em habeas corpus. Embora muito se diga que a liminar em “habeas corpus” decorre de construção jurisprudencial, a verdade é que atualmente a Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019) prevê expressamente a possibilidade de concessão de liminar em “habeas corpus” (art. 9º, parágrafo único, inc. III).

Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de habeas corpus:
I - ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no Art. 101, I, g, da Constituição;
II - aos Tribunais de Apelação, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos aos governadores ou interventores dos Estados ou Territórios e ao prefeito do Distrito Federal, ou a seus secretários, ou aos chefes de Polícia.
§1º A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.
§2º Não cabe o habeas corpus contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.

1. Competência para julgamento de “habeas corpus” impetrado contra acórdão de Turma Recursal. Na linha de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, compete aos Tribunais de Justiça ou aos Tribunais Regionais Federais o julgamento dos pedidos de *habeas corpus* quando a autoridade coatora for Turma Recursal dos Colégios Recursais (HC 223550/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 27/03/2012, DJE 10/05/2012). Houve, portanto, superação da Súmula 690 do STF, a qual não mais prevalece a partir do julgamento pelo Pleno do HC 86834/SP, relatado pelo Rel. Ministro Marco Aurélio (DJ em 9.3.2007), no qual foi firmado o entendimento de que a compete ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, a depender do caso concreto, julgar *habeas corpus* impetrado contra ato praticado por magistrados de Turma Recursal. Se o ato coator partir de um juiz do Juizado Especial Criminal (primeira instância), cabível a impetração de “habeas corpus” na Turma Recursal dos Juizado Especial Criminal e, se denegada a ordem, poderá o impetrante manejar novo “habeas corpus” no Tribunal de Justiça, onde eventual acórdão denegatório da ordem poderá ser atacado no Superior Tribunal de Justiça mediante novo “habeas corpus”. Denegada a ordem novamente no Superior Tribunal de Justiça, caberá, por derradeiro, a impetração de “habeas corpus” no Supremo Tribunal Federal. Ainda que eventualmente os “habeas corpus” impetrados no STJ e no STF não sejam conhecidos por serem substitutos de recurso ordinário, sempre haverá a possibilidade de concessão de “habeas corpus” de ofício.

2. Súmula 691 do STF e sua superação. Segundo a redação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de

habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” Pelo teor do verbete sumular, é inadmissível a impetração de *habeas corpus*, nas causas de sua competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza articulada perante tribunal superior. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal (HC 85.185/SP, Min. Cezar Peluso, Pleno, por maioria, DJ 1º.9.2006 e HC 88.229/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, maioria, julgado em 10.10.2006) tem admitido, em situações excepcionais, o abrandamento ou superação de tal súmula quando: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar ou fazer cessar flagrante constrangimento ilegal ou abuso de poder; b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar por tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência da Suprema Corte. Havendo flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, admissível a superação da Súmula 691 do STF no caso concreto.

3. Promotor de Justiça como autoridade coatora e competência. Segundo Nucci (2020), a posição predominante atualmente tem apontado que a competência para apreciação do “*habeas corpus*” impetrado contra ato de promotor de justiça é originária do Tribunal de Justiça. Mas se percebe que o tema já suscitou bastante divergência na doutrina e na jurisprudência. Damásio de Jesus (1999) aponta julgados segundo os quais o “*habeas corpus*” impetrado contra a requisição do MP para instauração de inquérito policial deve ser apreciado e julgado pelo juiz de primeira instância. Na verdade, o melhor caminho é concluir que, tratando-se de autoridade coatora que possui foro por prerrogativa de função, a competência do julgamento do “*habeas corpus*” será, originariamente, do Tribunal ao qual compete julgar as infrações penais por ela praticadas. Como o Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar os crimes perpetrados por promotor de justiça, consequentemente ao Tribunal de Justiça também competirá o julgamento do “*habeas corpus*” em que figura promotor de justiça como autoridade coatora. A requisição expedida pelo promotor de justiça para instauração de inquérito policial não é simplesmente uma solicitação, que a autoridade policial pode deferir ou indeferir; trata-se de uma ordem legal (requisição) proveniente do Ministério Público, devendo a autoridade policial, sob pena de crime de prevaricação ou de desobediência, instaurar o inquérito ao receber o ofício requisitório do “Parquet”, razão pela qual a autoridade coatora, para fins de impetração do “*habeas corpus*”, será sempre o promotor de justiça que requisita a instauração do

inquérito e não a autoridade policial que apenas se limita a cumprir a ordem legal. Não obstante, recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o fato de o promotor de justiça ter requisitado a instauração de inquérito policial não o torna autoridade coatora, devendo a autoridade policial figurar no polo passivo do “habeas corpus” impetrado para trancamento do inquérito policial (RHC 101.190, acórdão publicado em 01/10/2019).

4. Súmula 606 do STF. Conforme a redação da Súmula 606 do Supremo Tribunal Federal, “Não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso.” Recentemente, o Plenário do STF (HC 130620/RR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/04/2020) sinalizou a ideia de que caberia *habeas corpus* contra ato individual formalizado por integrante da Suprema Corte, de tal modo que seria aplicável a Súmula 606 apenas para atos de colegiado (Turma ou Plenário). No entanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal voltou a reafirmar a sua jurisprudência para não admitir *habeas corpus* contra ato de ministro no exercício da atividade judicante (HC 170.263).

5. Prisão Administrativa do art. 650, §2º, do CPP. Na lição de Rangel, a prisão administrativa:

Não mais subsiste na ordem jurídica, pois toda e qualquer prisão somente poderá ser decretada pela autoridade judiciária e devidamente fundamentada (cf. art. 5º, LXI, da CRFB), salvo os casos de prisão administrativa militar. (RANGEL, 2003, p. 835).

Art. 651. A concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquela.

Uma vez concedida a ordem de “habeas corpus” para relaxar a prisão cautelar ou para revogar a prisão preventiva, isso não significa que ação penal não possa prosseguir em seus ulteriores atos. Do mesmo modo, se concedida a ordem para impedir a condução coercitiva do investigado para interrogatório policial, nada impede que o inquérito policial continue tramitando até seu relatório final. No entanto, haverá situações em que a concessão da ordem põe termo ao processo como na hipótese em que é impetrado, por exemplo, o “habeas corpus” para trancamento da ação penal por tratar-se de fato atípico.

Art. 652. Se o habeas corpus for concedido em virtude de nulidade do processo, este será renovado.

Se deferido o “habeas corpus” para anular, por exemplo, uma audiência de instrução em razão da ausência do réu preso, o processo será renovado a partir desse ato. Em interessante acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (HC Nº 2065921-81.2014.8.26.0000), a Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deparou-se com um caso em que o réu deixou de comparecer a uma audiência realizada no juízo deprecado e destinada à oitiva de vítimas de homicídio tentado, tendo o advogado de defesa impetrado “habeas corpus” para anular a aludida audiência, já que o acusado (paciente) não esteve presente no ato processual. No primeiro julgamento do “writ”, a Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal não conheceu do pedido por entender que a via era inadequada, argumentando que não se prestava o “habeas corpus” para discutir nulidade. Impetrado, então, novo “habeas corpus” no STJ, esta Corte Superior determinou que a Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal julgasse o mérito do “writ” que não havia sido conhecido. No segundo julgamento do “habeas corpus” (HC Nº 2065921-81.2014.8.26.0000), a ordem foi concedida por maioria de votos e o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a renovação do ato (audiência do juízo deprecado) sem anular a anterior audiência, isto é, renovação sem anulação. Na sustentação oral realizada no segundo julgamento do TJ/SP, o advogado de defesa argumentou que a presença do acusado na audiência deprecada era importantíssima para realização do reconhecimento pessoal, já que as vítimas, por não residirem na comarca onde tramitava a ação penal, não seriam obrigadas a comparecer ao plenário do Tribunal do Júri para o reconhecimento pessoal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal (Pacote Anticrime). Diário Oficial da União, Brasília 24 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 298.290/SP. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, 02 de outubro de 2014. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 292.119/AM. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, 05 de maio de 2015. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 06 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 310.776/RS. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, 24 de março de 2015. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 223.550/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 23 de março de 2012. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 299.282/SP. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 16 de setembro de 2014. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 110.740/RJ. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 07 de maio de 2015. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 294.717/MS. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 04 de setembro de 2014. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 541.328/SP. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 30 de outubro de 2019. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 05 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 315.048/RS. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 20 de outubro de 2015. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 299.320/CE. Relator Ministro Rogério Schietti Crus. Brasília, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 05 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 482.549/MS. Relator Ministro Rogério Schietti Crus. Brasília, 11 de março de 2020. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 49.656/SP. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 13 de outubro de 2014. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 105.198/MG. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília, 19 de março de 2019. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 05 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 74.291/RJ. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 28 de setembro de 2016. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 95.204/MS. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 30 de abril de 2018. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 101.190/TO. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 17 de setembro de 2019. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 128.684/SP. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 05 de outubro de 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 173.789/PB. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 06 de março de 2020. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 115.116/RJ. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 16 de setembro de 2014. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 07 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 85.185/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 10 de agosto de 2005. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 95.067/RS. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 02 de setembro de 2008. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 07 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 170.263/DF. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 22 de junho de 2020. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.701/RS. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de setembro de 2011. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 106.243/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 de abril de 2011. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 07 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 88.229/SE. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de outubro de 2006. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 88.834/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de agosto de 2006. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 100.664/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 02 de dezembro de 2010. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 130.620/RR. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04 de maio de 2020. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 07 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 155.182/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de abril de 2019. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 102.907/SC. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 29 de junho de 2010. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 972.598/RS. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 11 de maio de 2020. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Carta Testemunhável nº 0001520-28.2015.8.26.0597. 2ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, 29 de junho de 2015. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=780000> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Carta Testemunhável nº 0000755-36.2020.8.26.0515. 1ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, 27 de outubro de 2020. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=780000> > Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Carta Testemunhável nº 2065921-81.2014.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, 03 de setembro de 2015. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=780000> > Acesso em: 07 dez. 2020.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 16ªed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1999.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13ª ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16ª ed. rev. e atual. – São Paulo; Saraiva, 2013.

CAPÍTULO X – DO HABEAS CORPUS E SEU PROCESSO **(continuação)**

Rodrigo José Fuziger¹
(arts. 653 ao 667)

Art. 653. Ordenada a soltura do paciente em virtude de habeas corpus, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação.

Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade.

O *caput* do Art. 653 do Código de Processo penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a condenação em custas não se adequa à gratuidade conferida ao *habeas corpus* como remédio constitucional (previsto no Art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal) e cujo caráter gratuito está expressamente insculpido no Art. 5º, LXXVII da Constituição Federal: “São gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.”

Por seu turno, o parágrafo único do Art. 653 do Código de Processo Penal possui vigência, em que pese sua notável carência de aplicação prática pelos Tribunais. O desuso – que não revoga o dispositivo – na prática de remessa ao Ministério Público de situações em que há má-fé ou evidente abuso de poder da autoridade coatora causa espécie, haja vista que a prática é pródiga em demonstrar que prisões ilegais relaxadas pela via do *habeas corpus* são, não raro, decretadas em situações que poderiam – ao menos, de vislumbre – ser consideradas características de ato de má-fé ou evidente abuso de poder, o que perfaria a hipótese do parágrafo único em comento

Nesse sentido, alvissareiro seria o panorama em que o Art. 653, § único do Código de Processo Penal fosse minimamente aplicado, eis que um instrumento com interessante potencial de contenção do arbítrio de autoridades. Para que tal cenário se concretizasse, duas premissas parecem fundamentais:

¹ Pós-doutorando, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito (USP); Doutor em Estado de Direito e Governança Global (USAL/Espanha). Bacharel em Filosofia (USP); Coordenador da Pós-graduação em Performance Advocatícia da Escola Superior de Direito (ESD). Professor das Pós-graduações da Escola Superior de Direito (ESD); Escola Paulista de Direito (EPD), Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Advogado.

A primeira premissa diz respeito a uma melhor definição quanto às noções de “má-fé” e “evidente abuso de poder”. Para tanto, situações tipificadas na Lei de Abuso de Autoridade (13.869/2019) ocorridas na coação ilegal em concreto podem servir de parâmetro ou, ainda, uma aplicação analógica (em consonância à admissão de tal hipótese pelo Art. 3 do Código de Processo Penal, o qual admite a analogia) do Art. 143 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias”.

2 – Que os impetrantes criem a cultura de expressamente fazer o pedido de aplicação do Parágrafo único do 653 do Código de Processo Penal no bojo dos *habeas corpus*, sempre que vislumbrarem má-fé ou evidente de abuso de poder por parte da autoridade coatora, de modo a provocar a manifestação do julgador do *writ*. Nesse sentido, um excerto jurisprudencial em que houve o pedido, muito embora tenha sido ele julgado prejudicado pela não concessão da ordem de *habeas corpus*.

“Por fim, no que tange ao pleito de condenação da autoridade apontada como coatora, ao pagamento de custas, por agir supostamente com abuso de poder, nos termos do artigo 653 do Código de Processo Penal, ressalto que resta prejudicada a referida análise, uma vez que não foi verificado, no caso destes autos, o aventado constrangimento ilegal.”

(TJ-PR - HC: 00019336020188160000 PR 0001933-60.2018.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Juiz Ruy Alves Henriques Filho, Data de Julgamento: 08/02/2018, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 09/02/2018)

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de *habeas corpus* conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Desde uma perspectiva teleológica do *habeas corpus*, pode-se compreender a prescindibilidade de capacidade postulatória para a impetração do writ. Quanto à legitimidade para a impetração de tal remédio constitucional, um brevíssimo excuro com um belíssimo e histórico excerto, da lavra de Ruy Barbosa, merece transcrição:

“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 sequestrada, não há instrumento de poderes que exigir: o mandato é universal...” (BARBOSA, 1949, p. 76).

Nesse sentido, é desnecessária a capacidade postulatória para impetração do *habeas corpus* (com previsão expressa de não ser ele atividade privativa da advocacia, conforme preceitua o Art. 1º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – Lei 8.908/94: “1, §1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal”). Qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira e mesmo incapazes (por critérios de ordem mental e etário) podem impetrar o *habeas corpus*. Em termos práticos, em uma era de processos digitais, dada a ausência de capacidade postulatória e, por conseguinte, de certificado para o protocolo, os tribunais admitem a impetração por meio físico.

Além disso, não há impedimento para que a autoridade policial (e há exemplos de Delegados que impetraram *habeas corpus*) ou ainda pelo Ministério Público. Para mais além, conforme será visto mais adiante, a ordem pode ser concedida de ofício pelo próprio magistrado.

Cabe anotar que não há previsão, tampouco sentido lógico ou legitimador para a assistência de acusação em sede de *habeas corpus*. Nesse sentido: “o assistente de acusação não toma parte no *habeas corpus*, pois nenhum interesse pode ter a vítima nessa ação constitucional, voltada a fustigar ato construtivo à liberdade de outrem.” (NUCCI, 2020, p. 660)

Há discussão a respeito do cabimento do *habeas corpus* para a pessoa jurídica como paciente. Em que pese, jurisprudência maciça e doutrina majoritária entendendo ser incabível (em virtude da ausência do direito à liberdade ambulatorial da pessoa jurídica), entende-se aqui ser possível tal impetração. Duas são as razões: a possibilidade, desde 1998, da Pessoa jurídica figurar como autora de delitos (com o advento da Lei dos Crimes ambientais, 9.605/1998); a compreensão do *habeas corpus* não apenas como um remédio de garantia do direito de ir e vir, mas sim como um instrumento de asseguramento do devido processo legal. Diante de tal perspectiva, seria plenamente possível a admissão do *habeas corpus* para Pessoa Jurídica na hipótese de suposto crime ambiental praticado, sem que haja fundamentos mínimos de materialidade ou autoria que alicercem uma ação penal. Em tal hipótese, seria cabível a impetração do *habeas corpus*, por ausência de justa causa (Art. 648, I do Código de Processo Penal), visando ao trancamento do processo penal (terminologia tecnicamente mais adequada do que “trancamento da ação penal”, embora seja esta expressão amplamente utilizada). No STF, HC 92.921/BA a questão foi discutida e o Min. Ricardo Lewandowski, relator e voto vencido, decidiu na linha aqui decidida, qual seja, de cabimento do *habeas corpus* para pessoa jurídica como paciente.

Por outro lado, há discussão também quanto ao cabimento do *habeas corpus* em virtude de restrição ambulatorial decorrente de coação por particular (por exemplo, clínicas, hospitais, instituições religiosas). Em síntese, entende-se aqui cabível a impetração em tais situações. Fundamenta-se a posição com paradigmático acórdão do STJ:

“CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. ATO DE PARTICULAR. HABEAS-CORPUS. ADMISSIBILIDADE. - O HABEAS-CORPUS É AÇÃO CONSTITUCIONAL DESTINADA A GARANTIR O DIREITO DE LOCOMOÇÃO, EM FACE DE AMEAÇA OU DE EFETIVA VIOLAÇÃO POR ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. - DO TEOR DA CLAUSULA CONSTITUCIONAL PERTINENTE (ART. 5. LXVIII) EXSURGE O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE ADMITIR-SE O USO DA GARANTIA INCLUSIVE NA HIPOTESE EM QUE A ILEGALIDADE PROVENHA DE ATO DE PARTICULAR, NÃO SE EXIGINDO QUE O CONSTRANGIMENTO SEJA EXERCIDO POR AGENTE DO PODER PÚBLICO. - RECURSO ORDINARIO PROVIDO.”

(STJ - RHC: 4120 RJ 1994/0035062-7, Relator: Ministro ANSELMO SANTIAGO, Data de Julgamento: 29/04/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.06.1996)

Diante do binômio urgência + flagrante ilegalidade, são prescindíveis maiores formalidades na impetração do *habeas corpus*. Nesse sentido, é despicienda a juntada de procuração do paciente para a atuação do impetrante. No entanto, cabe esclarecer que em tal hipótese, surgem situações que caracterizar a falta de interesse de agir como condição da ação. Por exemplo, quando também foi impetrado *habeas corpus* por defensor constituído.

Na situação acima aventada de impetração sem procuração, avaliado o pedido liminar (acaso existente), parece-nos medida certa intimar o paciente para que ele se manifesta a respeito da impetração e, em caso de negativa quanto ao interesse no *writ*, está constituída a falta de interesse de ação e, portanto, urge o não conhecimento do remédio constitucional em questão. Tal entendimento está expressamente previsto nos Regimentos Internos do STJ (Art. 202, §1º “Opondo-se o paciente, não se conhecerá do pedido”) e STF (Art. 192, §3º, “Não se conhecerá de pedido desautorizado pelo paciente”).

Cabe esclarecer que quanto ao recurso em *habeas corpus*, há divergência jurisprudencial quanto à necessidade de procuração. A 5ª turma do STJ (e.g. RHC 63.411/SP) já decidiu no sentido da necessidade da procuração, ao passo que a 6ª Turma do STJ (e.g. RHC 48.662/RS), em algumas decisões e – de maneira acertada ao nosso juízo – declarou prescindível a procuração.

Todavia, ainda que informal e passível de impetração por qualquer pessoa, há que se apontar que a peça possui alguns elementos essenciais, por exemplo, não podendo ser impetrada de maneira apócrifa. Nesse sentido, a ausência de assinatura do impetrante ou de alguém a seu rogo na inicial de *habeas corpus* inviabiliza o seu conhecimento, nos termos do artigo 654, § 1º, c, do CPP, bem como conforme a jurisprudência a seguir:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO PROFERIDO EM PROCESSO CRIMINAL. PETIÇÃO INICIAL PROTOCOLIZADA NA ORIGEM APÓCRIFA. INDEFERIMENTO DE PLANO. ILEGAL CERCEAMENTO DO DIREITO DO IMPETRANTE DE EMENDAR A INICIAL. ART. 284 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO.” (STJ, RMS 032918/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 27/04/2012).

Além da assinatura do impetrante ou alguém a seu rogo, a petição conterá o nome do paciente e o de “quem exercer a violência, coação ou ameaça”. Cabe esclarecer que quanto à autoridade coatora, não é necessário mencioná-la nominalmente, mas, ao menos, determinar a função por ele exercida, por exemplo “Delegado de Polícia do 1º Distrito Policial x” ou “Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca y”.

Fundamental ainda descrever a espécie de constrangimento ou ameaça de coação ocorrida. Ainda que prescindível a menção exata à hipótese do inciso do Art. 648 do Código de Processo Penal que foi aviltado, do ponto de vista técnico, é interessante à defesa sempre fundamentar o pedido a partir do supedâneo legal.

Importante destacar que além da descrição da coação ilegal, o *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída, até em virtude de ser uma ação de procedimento sumário, com cognição limitada. Nesse sentido, a tese sedimentada pela jurisprudência do STJ, segundo a qual “O conhecimento do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar de maneira inequívoca a pretensão deduzida e a existência do evidente constrangimento ilegal.” A seguir, um julgado nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO

DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. QUESTÃO NÃO ANALISADA NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO. MANDAMUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não obstante a Corte originária tenha denegado a ordem, na realidade deixou de conhecer da prévia impetração, haja vista a ausência de documento considerado imprescindível ao deslinde da controvérsia.

2. Correta a Corte originária quando considerou que o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão deduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado. (STJ, AgRg no HC 317874/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 21/05/2015)

Por fim, em análise ao parágrafo 2º do Art. 654, nota-se a expressa previsão de possibilidade de concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício por parte dos juízes e tribunais, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Não raro, decisões em sede de *habeas corpus* contém a seguinte fórmula: “não conheço do presente writ, mas concedo a ordem de ofício”. Trata-se de um perfil decisório que lança mão da possibilidade da ordem de ofício, nos termos do Art. 654, §2º do Código de Processo Penal, mas, concomitantemente, resguarda jurisprudência defensiva solidificada pelos tribunais brasileiros, no sentido de vedar a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo ao recurso cabível (por exemplo o Recurso Ordinário, Recurso Especial, Agravo em Execução, dentre outras hipóteses). Assim, em situações de absoluta teratologia, dá-se a concessão da ordem de ofício, sem o conhecimento do *habeas corpus* impetrado. Cabe transcrever a ementa de paradigmático acórdão que traça um panorama do debate sobre a admissão do *habeas corpus* como sucedâneo do recurso cabível.

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A eg. Terceira Seção desta col. Corte, ao julgar em recurso representativo da controvérsia o Recurso Especial n. 1.378.557/RS, revendo anterior posicionamento, passou a entender que "para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado" (REsp 1.378.557/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21/3/2014, grifei). Habeas

Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e reconhecer a nulidade da decisão que imputou a falta grave sem prévio (STJ, HC 311257/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 15/04/2015)

Art. 655. O carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embaraçar ou procrastinar a expedição de ordem de habeas corpus, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, será multado na quantia de duzentos mil-réis a um conto de réis, sem prejuízo das penas em que incorrer. As multas serão impostas pelo juiz do tribunal que julgar o habeas corpus, salvo quando se tratar de autoridade judiciária, caso em que caberá ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Apelação impor as multas.

Trata-se de previsão sem aplicabilidade quanto à multa, eis que não atualizada por lei (TOURINHO FILHO, 2012, p. 574). Cabível, no entanto, a possibilidade de aplicação das sanções penais (“sem prejuízo das penas em que incorrer”, conforme dispõe o artigo). Nesse sentido, tipos penais como a prevaricação, a desobediência ou tipos penais previstos na Lei de abuso de autoridade (13.869/2019).

Art. 656. Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.

Trata-se de previsão em absoluto desuso, embora vigente. Na prática, vislumbrada a coação ilegal, tem sido concedida medida liminar, sem a necessidade de apresentação do paciente. De tal sorte, a própria previsão do parágrafo único, a reboque do conteúdo do *caput*, encontra-se em desuso.

Art. 657. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:

I - grave enfermidade do paciente;

II - não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;

III - se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.

Parágrafo único. O juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.

Novamente, na esteira do comentário ao Art. 656, há previsão em notável desuso, eis que a apresentação do preso não é determinada dentro da rotina forense e, por conseguinte, as exceções à apresentação (previstas nos incisos do Art. 657) não possuem relevância prática.

Tampouco possui relevância a previsão do parágrafo único, eis que, conforme já apontado, não se tem notícia de visita do juiz ao preso impossibilitado por doença, conforme preceitua o Art. 657, parágrafo único, este que é verdadeira letra morta dentro de nosso diploma processual penal, haja vista que em hipóteses de vislumbre da coação ilegal, é determinada a liminar objetivando a cessação da ilegalidade combatida pela via do *habeas corpus*.

Art. 658. O detentor declarará à ordem de quem o paciente estiver preso.

Este também é um artigo em desuso, até porque dialoga com a inteligência do Art. 656 do Código de Processo Penal, já comentado. No entanto, a título de conhecimento hermenêutico, cumpre esclarecer que a sucinta redação do Art. 658 dispõe que o detentor (pessoa que restringe ambulatorialmente) o preso deve informar quem é autoridade coatora que determinou a prisão. Importa anotar que a determinação de apresentação do preso obriga não só a autoridade coatora, mas também o detentor.

Art. 659. Se o juiz ou o tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido.

Trata-se de previsão com caráter autoexplicativo em sua literalidade, eis que se a finalidade do *habeas corpus* é a cessação da violência ou coação ilegal e qualquer uma delas não mais subsiste, está caracterizada a ausência de uma das condições da ação, em virtude da perda do objeto e, portanto, estará prejudicado o pedido elaborado no bojo da petição.

Quanto ao tema, três observações de ordem prática parecem pertinentes.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que o deferimento da liminar com a expedição não caracteriza a perda do objeto quanto ao mérito, em situações em que há

mais de um fundamento para a coação. Nesse sentido e como exemplo, independentemente de liminar deferindo o pedido de liberdade do paciente, caso haja na mesma ação pedido relacionado ao trancamento do processo em virtude da ausência de justa causa (Art. 648, I do Código de Processo Penal), não há que se julgar prejudicado o pedido, o que permite, outrossim, a sustentação oral em sessão de julgamento quanto à questão ainda controvertida.

Em segundo lugar, a eventual superveniência da condenação e determinação da manutenção da prisão preventiva no bojo da sentença não tem o condão de tornar improcedente o *habeas corpus*, eis que não há perda do objeto e a ratificação de uma prisão eivada de nulidade não retira a ilegalidade de tal coação.

Em terceiro lugar, cabe um breve comentário à cristalina redação do Art. 316, parágrafo único do Código de Processo Penal: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

Embora objetiva e clara, a disposição acima tem sido relativizada pelos tribunais e farta jurisprudência não tem admitido a liberdade decorrente da prisão ilegal, por ausência de revisão fundamentada e de ofício em até 90 dias da prisão preventiva.

A questão que salta aos olhos cotejando o Art. 316, § único com o Art. 559 pode ser exemplificada no seguinte panorama: é ultrapassado o prazo de 90 dias de uma prisão preventiva sem sua revisão fundamentada de ofício. Diante disso, um *habeas corpus* é impetrado e antes de sua decisão de mérito, o magistrado acaba por publicar decisão fundamentada pela manutenção da prisão preventiva, de forma extemporânea, mas em observância ao Art. 316, § único. Em tal hipótese, não há que se falar em perda de objeto e, por conseguinte, em ser julgado prejudicado o pedido. Se assim o fosse, ocorreria uma ratificação de uma nulidade que, sem maiores dificuldades hermenêuticas demandaria o reconhecimento da prisão ilegal e consequente soltura do paciente, independentemente de revisões ou decisões posteriores ao decorrer do prazo nonagesimal.

Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Se a decisão for favorável ao paciente, será logo posto em liberdade, salvo se por outro motivo dever ser mantido na prisão.

§ 2º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.

§ 3º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitraré o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.

§ 4º Se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.

§ 5º Será incontinenti enviada cópia da decisão à autoridade que tiver ordenado a prisão ou tiver o paciente à sua disposição, a fim de juntar-se aos autos do processo.

§ 6º Quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido pelo telégrafo, se houver, observadas as formalidades estabelecidas no art. 289, parágrafo único, in fine, ou por via postal.

Conforme os comentários aos Arts. 656, 657, 658 do Código de Processo Penal, cabe reiterar que a ideia presente no *caput* do Art. 650 de interrogatório do paciente está em absoluto desuso.

Dessa forma, ainda quanto ao *caput*, o prazo de 24 horas para apreciação do *habeas corpus* demonstra a urgência de apreciação como fundamento de tal ação, haja vista que lida imediatamente ou mediatemente com a liberdade ambulatorial dos indivíduos.

Sob o prisma do *habeas corpus* impetrado em 1º grau (por exemplo, contra coação ilegal do Delegado de Polícia), não há previsão normativa para manifestação do Ministério Público em 1º grau, muito embora o órgão deva ser cientificado da decisão. Cabe anotar que, em que pese a ausência de previsão legal para a manifestação ministerial, há autores que classicamente sustentam posição contrária aquela aqui defendida e apontam ser tal medida necessária, haja vista ser o Ministério Público fiscal da lei, ou, em terminologia vigente, fiscal do ordenamento, conforme preceitua o Código de Processo Civil. Sustenta, em tal posição, Hugo Nigro Mazzilli:

“Se o Ministério Público não for impetrante nem coator, deve, como fiscal da lei, sempre ser ouvido no habeas corpus, antes de qualquer decisão ou sentença, e em qualquer grau de jurisdição, ante a essencialidade de sua função para a prestação jurisdicional em matéria de interesses indisponíveis da coletividade.” (MAZZILLI, 1987, p. 415)

Uma vez instruído o processo e não observado o brevíssimo prazo de 24 horas sem a decisão, surge hipótese de excesso de prazo, algo absolutamente incompatível

com a especial celeridade do rito do *habeas corpus*. Em tal hipótese, surge a possibilidade de impetração de novo *habeas corpus* para a instância imediatamente superior com pedido para a apreciação do pedido (o que tende a não ser concedido em razão da alegação de supressão de instância, salvo nas hipóteses de “absoluta teratologia”, conceito demasiadamente vago) ou para a determinação de que o julgador competente na instância superior decida imediatamente.

O parágrafo 1º do Art. 660 do Código de Processo Penal expõe que em caso de decisão favorável, será determinada a imediata soltura do paciente (em situação do chamado *habeas corpus liberatório* ou *repressivo*), exceto se houver outras razões (para além da coação ilegal atacada) que fundamentem a prisão. Em virtude disso, a liberação por via de *habeas corpus* é denominada de “alvará de soltura clausulado”, pois há uma ideia de cláusula a liberdade que decorre desta na ausência de qualquer outra hipótese de fundamento legal para a manutenção da prisão.

O parágrafo 4º expõe a consequência da concessão da liminar e/ou ordem em um *habeas corpus* preventivo, ou seja, em que há vislumbre iminente de restrição ambulatorial do paciente. Em tais casos, há a expedição de um “salvo-conduto” de modo a resguardar a liberdade do paciente diante do risco de concretização futura de coação ilegal.

O parágrafo 6º possui uma redação anacrônica em virtude da evolução tecnológica dos meios de comunicação. Assim, muito embora o texto fale em telégrafo ou via postal, hoje são admitidas quais formas seguras de comunicação do alvará de soltura, por exemplo, via e-mail.

Art. 661. Em caso de competência originária do Tribunal de Apelação, a petição de *habeas corpus* será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se.

O artigo em comento corresponde a uma norma procedimental, sendo que, na prática a distribuição (caso não haja prevenção) é feita para uma turma do tribunal, com a designação de um relator (lembrando que não há revisor no *habeas corpus*), ou ainda, em um primeiro momento, ao Presidente da seção criminal. Para melhor

compreensão do procedimento pertinente, cabe avaliar as normas dispostas no Regimento Interno de interesse.

Art. 662. Se a petição contiver os requisitos do art. 654, § 1º, o presidente, se necessário, requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o presidente mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.

Trata-se de mais uma norma procedimental, sendo certo que a determinação de informações pela autoridade coatora não é incumbência do presidente (tal qual a literalidade do artigo em comento), mas sim do relator. Nesse sentido, disposição do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Art. 248. O relator poderá determinar a emenda da petição, remeter o feito ao juízo competente ou propor à Câmara o seu indeferimento; apreciará o pedido liminar e requisitará informações da autoridade impetrada, se for o caso. Ouvido o Ministério Público, se não for o impetrante, os autos serão remetidos a julgamento, independentemente de pauta.

Importa ainda anotar que a ausência dos requisitos do Art. 654, §1º na petição não gera, na prática, a intimação do impetrante para preenchê-lo (conforme sugere o artigo 662), mas sim, em geral, o não conhecimento da ação, o que implica na necessidade de nova impetração.

Art. 663. As diligências do artigo anterior não serão ordenadas, se o presidente entender que o habeas corpus deva ser indeferido in limine. Nesse caso, levará a petição ao tribunal, câmara ou turma, para que delibere a respeito.

Embora a previsão do artigo mencione que o presidente (leia-se, a depender do tribunal, relator) deva levar a “petição ao tribunal, câmara ou turma, para que delibere a respeito”, é costumeiro o indeferimento liminar do *habeas corpus* pela presidência dos tribunais. Nesse sentido, há previsão (em nossa visão, conflitante com o disposto no presente artigo) no Art. 192 do Regimento Interno do STF: “Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar

ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.”

A prática de indeferimento liminar pela Presidência é também corriqueira no STJ, a partir da combinação de dois artigos de seu Regimento Interno: 21-E, IV “São atribuições do Presidente antes da distribuição: apreciar os habeas corpus e as revisões criminais inadmissíveis por incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente”; 210 “Quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o relator o indeferirá liminarmente.”

A situação do parágrafo acima pode ser exemplificada por exemplo em situações em que *habeas corpus* é impetrado em virtude de indeferimento de pedido liminar pelo Tribunal de Justiça. Para tanto, o STJ lança mão das disposições da súmula 691 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

Art. 664. Recebidas as informações, ou dispensadas, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte. Parágrafo único. A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

Há que se esclarecer que dada a celeridade do *habeas corpus*, não é causa de nulidade a ausência de intimação quanto à sessão de julgamento. Nesse sentido, a Súmula 431 do STF: “É nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em *habeas corpus*.”

Contudo, de modo a assegurar a intimação quanto à data de sessão de julgamento (e não simplesmente da inclusão em pauta), é fundamental que a defesa faça pedido expressamente nesse sentido, manifestando-se pela intimação em nome do advogado que patrocina os interesses do paciente, com fundamento no interesse de realizar sustentação oral. Quando há pedido expresso e não é feita a intimação, está caracterizada a nulidade. Nesse sentido:

Verifico, contudo, que efetivamente constou da petição de interposição do recurso ordinário constitucional pedido de intimação prévia do patrono dos recorrentes para a sessão de julgamento daquele recurso (fl. 96 do anexo 4), o que, pela segunda vez, não foi observado. Portanto, proponho, nesse aspecto, nova concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, para a anulação do julgamento ocorrido na sessão de 23/10/12 e seu rejuízo nesta própria sessão, sendo dada oportunidade à defesa para a realização de sua sustentação.(...) Em virtude disso, esta Primeira Turma reformulou o entendimento que anteriormente predominava e que fora reproduzido no enunciado da Súmula 431/STF, segundo a qual, "(...)". A ausência de intimação para a sessão de julgamento quando houver pedido para tal é considerada causa de nulidade do julgamento, por se frustrar eventual possibilidade de sustentação oral. Com esse entendimento, em questão de ordem, já foi anulado julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal.(STF, RHC 110.622, ED-segundos, rel. min. **Dias Toffoli**, 1ª T, j. 6-11-2012, DJE de 23-11-2012.)

Todavia, conforme a jurisprudência abaixo colacionada, não demonstrada a prévia manifestação do interessado, não há que se falar em nulidade.

Habeas corpus com sustentação oral e intimação da data do julgamento. Necessidade de prévia manifestação do interessado: De fato, esta Corte tem manifestado o entendimento de que, sendo revelada, pela defesa, a intenção de sustentar oralmente as teses da impetração, deve ser assegurada a ela tal possibilidade. Precedentes. Por essa razão este Tribunal, por meio da Emenda Regimental 30/2009, incluiu o § 2º no art. 192 do Regimento Interno, de maneira a prever a cientificação da defesa, por qualquer meio, da data do julgamento dos habeas corpus, se assim ela o requerer. A impetrante não logrou demonstrar, nestes autos, a existência de manifestação prévia na qual estivesse evidenciado o interesse em realizar sustentação oral no STJ, tornando-se impossível aferir eventual violação ao princípio da ampla defesa (HC 109098, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012).

Ainda quanto ao pedido para intimação pessoal do defensor em virtude da pretensão de sustentação oral, é pertinente mencionar expressamente o prazo de 5 dias entre publicação da pauta e sessão de julgamento, exposto no Art. 935 do Código de Processo Civil (que fez superada a previsão de 48 horas da Súmula 117 do STJ) que assim dispõe:

CPC, Art. 395Entre a data de publicação da pauta e a da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de 5 (cinco) dias, incluindo-se em nova pauta os processos que não tenham sido

julgados, salvo aqueles cujo julgamento tiver sido expressamente adiado para a primeira sessão seguinte.

Importante anotar que embora não haja menção expressa quanto ao parecer ministerial no Código de Processo Penal, tal previsão está incorporada *a posteriori* no ordenamento (vide Art. 1 do Decreto Lei 552/69.

Visando a celeridade na apreciação do feito, cabe fazer pedido liminar na petição no sentido de dispensa das informações da autoridade coatora, quando já devidamente instruída a peça, haja vista que tais informações correspondem a um relato objetivo do *status* processual e não uma defesa do magistrado, que não é parte e, por conseguinte, não está albergado no bojo do princípio do contraditório no processo penal.

Ainda quanto às informações, assevera Gustavo Badaró:

É de se afastar a equivocada conclusão de que, quanto aos aspectos fáticos, as informações da autoridade coatora gozam de presunção *juris tantum*, de sua veracidade e exatidão. As informações têm natureza narrativa, consistindo na exposição declarativa feita pela autoridade coatora ao juiz ou tribunais que busca informações sobre a prisão objeto do habeas corpus. Assim, poderão ou não tornar controverso um ponto afirmado na impetração. E, no caso de contradição entre o que afirma o impetrante e o que narra a autoridade coatora nas informações, as provas, em especiais as documentais, é que indicarão ao julgador como decidir. Na dúvida, decide-se pela liberdade ou pela prisão? Afirmar que as informações da autoridade coatora gozam de presunção *juris tantum* significaria concluir que, no habeas corpus, haveria uma regra de julgamento, de caráter doutrinário, que implica uma especial distribuição do ônus da prova, no caso, privilegiando a posição da autoridade em detrimento da liberdade. (BADARÓ, 2009, p. 246).

Quanto ao parágrafo único do artigo em comento, cabe apontar que o Art. 41-A, parágrafo único, da Lei 8.038/1990 expõe, sem menção ao voto de desempate do presidente, que no STJ, “em Habeas Corpus originário ou recursal, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.”

Art. 665. O secretário do tribunal lavrará a ordem que, assinada pelo presidente do tribunal, câmara ou turma, será dirigida, por ofício ou telegrama, ao detentor, ao carcereiro ou autoridade que exercer ou ameaçar exercer o constrangimento.

Parágrafo único. A ordem transmitida por telegrama obedecerá ao disposto no art. 289, parágrafo único, *in fine*.

Mais uma vez, há um descompasso da redação do artigo com a evolução tecnológica dos meios de comunicação. Dessa forma, qualquer meio idôneo é apto à comunicação, observado, analogamente, o que dispõe o Art. 289 do Código de Processo Penal, parágrafo único: “Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.”

Art. 666. Os regimentos dos Tribunais de Apelação estabelecerão as normas complementares para o processo e julgamento do pedido de habeas corpus de sua competência originária.

O artigo usa uma terminologia anacrônica, sendo certo que para as normas complementares devem ser analisados os regimentos internos dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao Supremo Tribunal Federal, vide o comentário ao artigo subsequente.

Art. 667. No processo e julgamento do habeas corpus de competência originária do Supremo Tribunal Federal, bem como nos de recurso das decisões de última ou única instância, denegatórias de habeas corpus, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto nos artigos anteriores, devendo o regimento interno do tribunal estabelecer as regras complementares.

Por fim, o artigo em comento aborda o regramento a respeito do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, apontando que seu regimento interno estabelecerá regras complementares atinentes ao STF.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no habeas corpus: in dubio pro libertate**. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coords). *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Ruy. *Lições de Ruy*, páginas coligidas por Heitor Dias, Bahia: Imprensa Oficial, 1949.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público e o habeas corpus**. In: *Revista dos Tribunais*, 618/412, RT, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina *et al.* *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus: Controle do devido processo legal*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIVRO IV DA EXECUÇÃO

TÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Patrícia de Paula Queiroz Bonato¹
(arts. 668 ao 685)

A título de introdução aos comentários dos artigos seguintes, cumpre ressaltar que a Lei n. 7210/84, Lei de Execução Penal, operou a revogação tácita do Livro IV do Código de Processo Penal. No entanto, como a redação dos dispositivos permanece intacta no Código, assim também ocorrerá na presente obra. Por essa razão, os próximos dispositivos serão apresentados de modo sequencial, a fim de que o (a) leitor (a) possa fazer o cotejo com o novo diploma das execuções, seguindo-se os respectivos comentários ao final.

Art. 668. A execução, onde não houver juiz especial, incumbirá ao juiz da sentença, ou, se a decisão for do Tribunal do Júri, ao seu presidente.
Parágrafo único. Se a decisão for de tribunal superior, nos casos de sua competência originária, caberá ao respectivo presidente prover-lhe a execução.

Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo:
I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;
II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

Art. 670. No caso de decisão absolutória confirmada ou proferida em grau de apelação, incumbirá ao relator fazer expedir o alvará de soltura, de que dará imediatamente conhecimento ao juiz de primeira instância.

Art. 671. Os incidentes da execução serão resolvidos pelo respectivo juiz.

¹ Advogada. Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-FDRP/USP (2017). Professora do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal-FESL e Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisa em Enfermagem, Saúde Global, Direito e Desenvolvimento (GEPESADES), da Escola de Enfermagem da USP de Ribeirão Preto.

Art. 672. Computar-se-á na pena privativa da liberdade o tempo:

I - de prisão preventiva no Brasil ou no estrangeiro;

II - de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro;

III - de internação em hospital ou manicômio.

Art. 673. Verificado que o réu, pendente a apelação por ele interposta, já sofreu prisão por tempo igual ao da pena a que foi condenado, o relator do feito mandará pô-lo imediatamente em liberdade, sem prejuízo do julgamento do recurso, salvo se, no caso de crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a 8 anos, o querelante ou o Ministério Público também houver apelado da sentença condenatória.

TÍTULO II – DA EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE

CAPÍTULO I – DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Patrícia de Paula Queiroz Bonato²

Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 82, última parte, a expedição da carta de guia será ordenada pelo juiz competente para a soma ou unificação das penas.

Art. 675. No caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, o juiz, ou o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória.

§ 1º No caso de reformada pela superior instância, em grau de recurso, a sentença absolutória, estando o réu solto, o presidente da câmara ou do tribunal fará, logo após a sessão de julgamento, remeter ao chefe de Polícia o mandado de prisão do condenado.

§ 2º Se o réu estiver em prisão especial, deverá, ressalvado o disposto na legislação relativa aos militares, ser expedida ordem para sua imediata remoção para prisão comum, até que se verifique a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.

² Advogada. Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-FDRP/USP (2017). Professora do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís de Jaboatão - FESL e Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisa em Enfermagem, Saúde Global, Direito e Desenvolvimento (GEPESADES), da Escola de Enfermagem da USP de Ribeirão Preto.

Art. 676. A carta de guia, extraída pelo escrivão e assinada pelo juiz, que a rubricará em todas as folhas, será remetida ao diretor do estabelecimento em que tenha de ser cumprida a sentença condenatória, e conterá:

I - o nome do réu e a alcunha por que for conhecido;

II - a sua qualificação civil (naturalidade, filiação, idade, estado, profissão), instrução e, se constar, número do registro geral do Instituto de Identificação e Estatística ou de repartição congênere;

III - o teor integral da sentença condenatória e a data da terminação da pena.

Parágrafo único. Expedida carta de guia para cumprimento de uma pena, se o réu estiver cumprindo outra, só depois de terminada a execução desta será aquela executada. Retificar-se-á a carta de guia sempre que sobrevenha modificação quanto ao início da execução ou ao tempo de duração da pena.

Art. 677. Da carta de guia e seus aditamentos se remeterá cópia ao Conselho Penitenciário.

Art. 678. O diretor do estabelecimento, em que o réu tiver de cumprir a pena, passará recibo da carta de guia para juntar-se aos autos do processo.

Art. 679. As cartas de guia serão registradas em livro especial, segundo a ordem cronológica do recebimento, fazendo-se no curso da execução as anotações necessárias.

Art. 680. Computar-se-á no tempo da pena o período em que o condenado, por sentença irrecorrível, permanecer preso em estabelecimento diverso do destinado ao cumprimento dela.

Art. 681. Se impostas cumulativamente penas privativas da liberdade, será executada primeiro a de reclusão, depois a de detenção e por último a de prisão simples.

Art. 682. O sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será internado em manicômio judiciário, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.

§ 1º Em caso de urgência, o diretor do estabelecimento penal poderá determinar a remoção do sentenciado, comunicando imediatamente a providência ao juiz, que, em face da perícia médica, ratificará ou revogará a medida.

§ 2º Se a internação se prolongar até o término do prazo restante da pena e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes.

Art. 683. O diretor da prisão a que o réu tiver sido recolhido provisoriamente ou em cumprimento de pena comunicará imediatamente ao juiz o óbito, a fuga ou a soltura do detido ou sentenciado para que fique constando dos autos.

Parágrafo único. A certidão de óbito acompanhará a comunicação.

Art. 684. A recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa.

Art. 685. Cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto, imediatamente, em liberdade, mediante alvará do juiz, no qual se ressalvará a hipótese de dever o condenado continuar na prisão por outro motivo legal.

Parágrafo único. Se tiver sido imposta medida de segurança detentiva, o condenado será removido para estabelecimento adequado (art. 762).

O **art. 668 do Código de Processo Penal- CPP** trata da competência para a execução da pena. No mesmo sentido, o art. 105 da Lei de Execução Penal estabelece: “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. No caso concreto, significa determinar a prisão, a expedição e o encaminhamento de guia de recolhimento ao Juízo da Execução Penal para efetivo início da execução provisória (Medida Cautelar no HC 133.387/DF, Rel. Edson Fachin, julgado em 16/03/2016, DJe 21/03/2016).

Nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, caberá ao juiz presidente proferir a sentença nos limites do que foi decidido pelo conselho de sentença, recomendando o recolhimento do condenado à prisão se presentes os requisitos da prisão preventiva ou, na hipótese de condenação à pena superior a 15 anos, determinará a execução provisória da pena, nos exatos termos do art. 492, I, “d” e “e”, do Código de Processo Penal. No entanto, o presidente, excepcionalmente, poderá deixar de autorizar a execução provisória “se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação” (art. 492, §3º, do CPP).

A redação do art. 669, especialmente o conteúdo do inciso I, embora não sido expressamente revogada, apresenta incompatibilidade com o estabelecido no art. 283, também do Código de Processo Penal, que elenca as hipóteses de prisão (“flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”). Nota-se que a imposição de sanção decorrente de sentença penal

condenatória sem trânsito em julgado não figura entre as opções em razão do postulado da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”).

Até 2009 o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento sobre a possibilidade de execução provisória da decisão condenatória penal de 2º grau. Contudo, em 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292 (Rel. Ministro Teori Zavascki) retomou esse mesmo entendimento, assentando que a execução provisória automática da decisão em grau de apelação não comprometeria o princípio da presunção de inocência. Em novembro de 2019, contudo, o STF julgou procedentes três Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) de nºs. 43, 44 e 54, declarando a constitucionalidade do art. 283 do CPP, não mais autorizando a execução provisória.

Em relação à execução provisória das decisões condenatórias proferidas em sede do Tribunal do Júri, o STF reconheceu a repercussão geral no tema 1.068 (RE 1.235.340, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 25.10.2019).

A leitura **do art. 670, do CPP**, permite a compreensão de que a sentença absolutória produz efeitos imediatos, razão pela qual eventual prisão cautelar imposta no curso do processo penal será cassada incontinenti, expedindo-se o alvará de soltura, por força do princípio da presunção de inocência, e comunicando-se o juiz de primeira instância.

Nos mesmos termos do quanto dispõe **o art. 671 do CPP sob análise**, o art. 66, III, “f”, da Lei de Execução Penal- LEP dispõe que competirá ao juiz da execução decidir sobre os incidentes interpostos durante o cumprimento da pena. Trata-se de decorrência lógica do caráter jurisdicional da execução penal, que reserva as decisões relativas à administração das penas ao juízo das execuções.

No curso da execução penal, existem modificações já esperadas na forma de se cumprir a sanção e que reclamam a atuação jurisdicional, posto serem direito subjetivo dos sentenciados, como ocorre na progressão de regime, livramento condicional, autorizações de saída.

Nesse sentido, os incidentes da execução têm por objetivo manter a pena dentro

dos limites balizados na sentença e na lei (MIRABETE, 2007, com vistas à obediência rigorosa dos postulados da proporcionalidade, legalidade, individualização e humanidade das penas, posto ser a regularidade procedimental um dos pressupostos processuais da execução penal (AMARAL, 2013).

De acordo com a Lei de Execução Penal, Título VII, são incidentes as conversões (favoráveis ou desfavoráveis ao acusado), a anistia, o indulto e os incidentes de excesso e desvio de execução.

Por outro lado, a LEP também prevê alguns mecanismos de controle do cumprimento da pena em situações inesperadas, intercorrências graves que necessitam da intervenção jurisdicional com vistas à redução, substituição ou mesmo extinção da sanção penal (MIRABETE, 2007). Por essa razão, a doutrina costuma classificar os incidentes da execução penal em nominados (conversões, excesso ou desvio, anistia e indulto) e inominados, tal como o incidente de unificação das penas (NUCCI, 2020; BENETI, 1996).

A matéria relativa aos incidentes está regulamentada no Título VII da Lei de Execução Penal; especificamente aqueles relacionados às conversões estão previstos nos arts. 180 a 184; os de excesso e desvio de execução no art. 185 e 186 e, por fim, a anistia e o indulto têm regulamentação expressa nos arts. 187 a 193 da mesma lei.

Especificamente sobre aos incidentes de excesso e desvio de execução, a doutrina muito pouco tem se pronunciado com a profundidade necessária no tema, quase não discutindo as hipóteses de cabimento desses incidentes e tampouco descrevendo sua operacionalização.

Em linhas gerais, a doutrina se subdivide em três posicionamentos distintos para diferenciá-los (NUCCI, 2012): no primeiro entendimento, a diferenciação ocorreria pela própria natureza das modificações na pena: se estas são positivas (tratamento mais brando do que o previsto em lei) ou negativas (desvio qualitativo) para o preso. O segundo entendimento diz respeito ao caráter da adversidade, portanto, se a ilegalidade for qualitativa ocorrerá desvio de execução, enquanto que o excesso se configuraria pelo aspecto quantitativo ligado ao tempo excedente de prisão (CUNHA, 1985. Por fim, o terceiro entendimento é o que não aponta diferenças entre os incidentes de excesso e desvio.

Por fim, cumpre registrar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apenas uma decisão destaca uma hipótese de aplicação, qual seja a eventual inobservância das normas do artigo 41 da lei 7.210/84 (RHC 65393/SP, Rel. Ministro Carlos Madeira, Segunda Turma, julgado em 21/08/1987, Publicado em 04/09/1987).

O **art. 672 do CPP** diz respeito ao instituto da detração, cuja previsão também se encontra no art. 42 do Código Penal brasileiro e no art. 387, §2º do Código de Processo Penal, que significa o abatimento, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória ou de internação cumpridos por quem é condenado ou absolvido de modo impróprio. Com o advento da Lei 12.736/2012, a aplicação da detração passou a ser competência do juízo de primeira instância.

Isso ocorre porque, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, impõe-se a transferência imediata da pessoa condenada ao estabelecimento penal indicado na sentença, em um dos três regimes de cumprimento de pena (fechado, semi-aberto ou aberto). Se no decurso do processo penal foi imposta ao indivíduo acusado uma das espécies de prisão processual, este lapso de tempo será considerado para fins de progressão de regime

No tema, o Supremo Tribunal Federal- STF editou a Súmula 716, cuja redação dispõe que a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo é admitida antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória. Esse direito decorre de previsão expressa do art. 2º, parágrafo único, da Lei das Execuções Penais (Lei 7210/84), que estende sua aplicação para os presos provisórios.

Nesse sentido, quaisquer prisões cautelares (preventiva, temporária, em flagrante, domiciliar) cumpridas no Brasil ou no estrangeiro deverão ser detraídas da pena final fixada, não importando o local de seu cumprimento (AgRg no AgRg nos EDcl no HC 442.538/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 05/03/2020, DJe 09/03/2020).

Nas hipóteses de cumprimento de medida de segurança provisória, o tempo cumprido provisoriamente pelo indivíduo absolvido de modo impróprio será descontado do prazo mínimo de um a três anos (cf. art. 97, §1º, Código Penal).

Muito se discute ainda se o tempo de prisão cumprida cautelarmente poderia ser considerado para efeitos de prescrição. O Supremo Tribunal Federal posiciona-se contrariamente, com fundamento no princípio da legalidade, por ser tal medida restrita à execução e ao cumprimento de pena (RHC 164273 AgR /GO, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, Julgado em 28/06/2019, DJe 31-07-2019).

Salienta-se, por fim, o caráter taxativo do rol do presente dispositivo para fins de detração, sendo inviável o desconto na pena privativa de liberdade do tempo em que o condenado tiver cumprido qualquer medida cautelar diversa da custódia (Medida Cautelar no HC 144429/ SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 29/06/2020, DJe 01/07/2020).

A redação do **art. 673, do CPP**, dispõe que se o réu, condenado, permaneceu preso durante o processo, é possível que seja mantido preso enquanto exerce o direito de recorrer, caso persistente a situação de *periculum libertatis* que ensejou o decreto inicial de prisão preventiva. Aliás, nesse assunto cabível a referência à Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Contudo, deverá o juiz, na sentença condenatória, fundamentar a necessidade de manutenção da prisão preventiva, justificando-a pelo risco de fuga (art. 312), independentemente da primariedade ou reincidência (LOPES JÚNIOR, 2020).

Porém, após a condenação, o réu que figurava preso poderá ser solto, ou submetido à medida cautelar diversa da prisão em situações nas quais desapareçam ou sejam minorados os riscos, ou naquelas em que o condenado já tiver cumprido, provisoriamente, o tempo de pena fixado na sentença e pendente apelação apenas por ele interposta. Nesses casos, o relator do feito mandará pô-lo imediatamente em liberdade, com fundamento no corolário lógico da proibição da *reformatio in pejus* (art. 617 do Código de Processo Penal).

Porém, nas situações em que houver recurso de apelação da sentença condenatória pelo querelante ou pelo Ministério Público, e se tratar de crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a 8 anos, eventual soltura não será imediata e dependerá da reanálise dos pressupostos da cautelaridade no processo penal. Isso porque, na sistemática original do CPP, a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível era um efeito automático.

O **art. 674 do Código de Processo Penal**, transcrito acima, estabelece que, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena privativa de liberdade a partir do trânsito em julgado da sentença que impõe uma pena privativa de liberdade. Contudo, anote-se que a partir da entrada em vigor da Lei de Execução Penal (LEP) - Lei nº 7.210/84 o instrumento denominado carta de guia hoje se reconhece pela expressão guia de recolhimento.

Sua expedição, realizada pelo juiz da sentença, demarca o início formal da execução penal, sendo dois os requisitos para tanto: o trânsito em julgado da sentença condenatória e o recolhimento à prisão ou sua manutenção, no caso de já se encontrar o réu preso antes da prolação da sentença (AVENA, 2019). A finalidade da guia de recolhimento é reunir as informações imprescindíveis ao tratamento penitenciário que será conferido no caso concreto, reproduzindo-se os limites fixados na sentença penal condenatória. Trata-se de documento indispensável à execução da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 107 da LEP.

Na hipótese de execução provisória da pena, também será devida a expedição de guia de recolhimento, nesse caso provisória, realizada pelo juiz do processo criminal, conforme dispõe o art. 8º da Resolução 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente da execução para anotação do cancelamento da guia, nos termos do art. 10 da referida Resolução. Importante registrar que a manutenção da prisão sem justa causa pode configurar crime de abuso de autoridade, nos termos da Lei nº 13.869/19.

O **art. 675 do CPP** evidencia a cautela necessária para recolhimento de uma pessoa à prisão, precaução esta também disposta no art. 107 da Lei de Execução Penal - LEP, Lei n. 7210/84, que exige a guia de recolhimento expedida pela autoridade judiciária para as situações nas quais o condenado já esteja preso no momento da condenação. Nas hipóteses em que o condenado estiver em liberdade no momento da prolação da sentença condenatória, afiançado ou não, a expedição do mandado de prisão será imprescindível para o seu recolhimento ao cárcere.

Nos casos em que o réu já esteja preso cautelarmente, porém na modalidade de prisão especial (espécie de segregação para determinadas pessoas em razão de cargo ou função exercidos, inclusive pelo exercício da função de jurado ou de ser um cidadão

inscrito no “Livro de Mérito”, nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal), a guia de recolhimento será expedida após a ordem para sua imediata remoção para a prisão comum. Ademais, cumpre registrar o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

O **art. 676, do CPP**, guarda relação com o art. 106 da Lei de Execução Penal, que estabelece que a guia de recolhimento necessariamente conterá as seguintes peças e informações: I – o nome do condenado; II – a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; III – o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; IV – a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; V – a data da terminação da pena; e VI – outras peças do processo reputadas indispensáveis ao tratamento penitenciário.

Ademais, a LEP também estipula a obrigatoriedade de constar, na guia de recolhimento, a circunstância de ter sido o condenado, ao tempo dos fatos, funcionário da administração da justiça criminal (art. 106, § 3º, da LEP), a fim de preservar a integridade física na eventualidade de represálias por parte de outros presos da mesma unidade prisional.

A Resolução 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça prevê, em complemento, que sejam incluídos na guia de recolhimento o interrogatório do executado na polícia e em juízo; cópia do mandado de prisão temporária e/ou preventiva, com a respectiva certidão da data do cumprimento, bem como com a cópia de eventual alvará de soltura, também com a certidão da data do cumprimento da ordem de soltura, para cômputo da detração; nome e endereço do curador, se houver; certidões de trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa; informações acerca do estabelecimento prisional em que o condenado encontra-se recolhido; cópias da decisão de pronúncia, da certidão de preclusão em se tratando de condenação em crime doloso contra a vida, bem como cópias de outras peças do processo reputadas indispensáveis à adequada execução da pena.

O Conselho Penitenciário é órgão consultivo e fiscalizador da execução penal, competindo-lhe zelar pela observância dos direitos e interesses dos sentenciados (art. 69 da Lei de Execução Penal), conforme indicado pelo **art. 677, do CPP**. Nesse

sentido, além de representar pela revogação do livramento condicional (art. 143); manifestar-se acerca da suspensão do curso do livramento condicional (art. 145); suscitar o incidente de excesso ou desvio da execução (art. 186, II), dentre outras funções, caberá também ao Conselho Penitenciário a remessa da guia de recolhimento e aditamentos para a devida fiscalização.

No âmbito da execução penal, além de integrar a Comissão Técnica de Classificação, ao diretor do presídio incumbe emitir pareceres sobre a forma de cumprimento da pena e a respeito do merecimento do condenado (NUCCI, 2020), conceder a permissão de saída, atestar bom comportamento carcerário, além do quanto estipulado neste artigo (passar recibo da guia de recolhimento). Nesse sentido dispõe o **art. 678, do CPP**.

Redação similar à do presente dispositivo encontra-se no art. 288 deste Código de Processo Penal, segundo o qual “ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora”.

O **art. 679, do CPP**, à semelhança do art. 107, §2º, da Lei de Execução Penal, enuncia apenas que o registro da guia de recolhimento observará a ordem cronológica de seu recebimento, uma vez que a ordem de execução em espécie das penas, caso diversas, será sempre observada pela precedência das penas mais graves sobre as demais, mais brandas.

No **art. 680, do CPP**, faz-se remissão às situações em que o condenado já estiver preso e não houver vagas no regime determinado na sentença. Nesse debate, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 641320/RS, determinou alguns parâmetros a serem seguidos nessas hipóteses, dentre eles: permitir a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; conceder a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar ou até mesmo estabelecer o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo para o sentenciado que progredir ao regime aberto.

Tal entendimento foi firmado na redação da Súmula Vinculante 56, pela qual: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado

em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Nas situações em que forem impostas cumulativamente, penas privativas da liberdade, **o art. 681, do CPP**, dispõe que será executada primeiramente a de reclusão, depois a de detenção e, por último, a de prisão simples. Trata-se de regra acerca da precedência da execução das penas mais graves sobre as mais brandas no concurso material de crimes, lógica esta que decorre de disposições expressas do Código Penal brasileiro que, acerca do concurso de crimes, dispõe que a execução das penas será iniciada pela do delito mais grave (art. 76), executando-se primeiro a pena de reclusão e, posteriormente, a de detenção (art. 69, §2º).

A autoridade que aplicará a regra disposta nesse artigo será o magistrado que prolate a sentença condenatória, caso haja unidade processual a partir da conexão entre as infrações penais, ou o juízo da execução penal, caso se trate de ações penais diversas (MASSON, 2017). Na hipótese da imposição de várias penas de mesma natureza, a prioridade recairá sobre aquela cuja data do trânsito em julgado for mais antiga.

Se sobrevier doença mental que acometa o sentenciado de modo total ou parcial na fase da execução penal, atualmente **o art. 682, do CPP**, faculta ao juízo da execução penal a transferência a algum hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado. Se o condenado se recuperar, ele voltará a cumprir o restante da pena no sistema prisional, computando-se como tempo de cumprimento o período de internação (art. 42 do CP)

Caso se constate, por perícia médica, a impossibilidade da recuperação do sentenciado, haverá a conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, nos termos do disposto no art. 183 da Lei de Execução Penal (AVENA, 2019). A conversão tem caráter definitivo, “cessando sua periculosidade, extingue-se a medida de segurança, devendo ocorrer a desinternação, independentemente de quanto tempo de pena faltaria para cumprir caso estivesse preso” (AVENA, 2019, p.120).

O art. 683, do CPP, enuncia o dever do diretor da unidade prisional onde o réu estiver recolhido, provisoriamente ou em cumprimento de pena, comunicar imediatamente ao juiz o óbito, a fuga ou a soltura do detido ou sentenciado para que fique constando dos autos.

A Exposição de Motivos de número 213, datada de 9 de maio de 1983, ao justificar a promulgação da Lei de Execução Penal- LEP reconheceu a autonomia científica à execução penal no Brasil, especificamente nos itens 8 a 12, institucionalizando o caráter jurisdicional desse ramo jurídico no país (ALMEIDA, 2014). Assim, a execução da pena se desenvolve, necessariamente, nos planos administrativo e jurisdicional (GRINOVER, 1987).

Nesse sentido, cabe ao diretor do estabelecimento prisional comunicar ao juízo as informações relevantes ao deslinde do processo, tais como fuga, soltura e morte do réu ou condenado. Esta última comunicação obrigatoriamente será acompanhada da certidão de óbito, salientando-se ser esta uma das causas de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, I, do Código Penal Brasileiro.

É importante ressaltar que, se a morte ocorrer antes do trânsito em julgado, o seu reconhecimento competirá ao juiz do processo e, caso se verifique após a irrecorribilidade da sentença, forçoso será seu reconhecimento pelo juiz das execuções, conforme dispõe o art. 66, II, da LEP.

O **art. 684** é similar à lógica disposta no art. 301 do Código de Processo Penal, apenas na medida em que autoriza qualquer do povo dar voz de prisão a quem seja encontrado em flagrante delito. No entanto, cumpre ressaltar que a similaridade dos dispositivos reside apenas na faculdade de qualquer cidadão efetuar a recaptura, uma vez que o réu evadido não comete crime algum previsto em lei (e, portanto, não estaria em flagrante delito).

A fuga constitui infração disciplinar de natureza grave (art. 50, II, da Lei de Execuções Penais- LEP), também aplicável aos presos provisórios (por expressa disposição do art. 50, parágrafo único, da LEP), e permanente, razão pela qual o termo inicial do prazo prescricional para a sua apuração é a data da recaptura do evadido, ou seja, quando cessar o estado de permanência, conforme tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 527.625/SP, julgado em 12/11/2019).

O disposto no **art. 685 do CPP** repete a dicção do art. 109 da Lei de Execuções Penais- LEP, Lei n. 7.210/84, indicando o dever lógico de o Estado garantir a liberdade daquele cuja pena está extinta ou cumprida. Nesse sentido, importante salientar inclusive que a manutenção da prisão sem justa causa pode configurar, em tese, o crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 12, IV, da Lei nº 13.869/19.

Para a colocação em liberdade, será necessária a expedição do alvará de soltura, documento no qual sempre se fará a ressalva de inexistência de outro motivo legal que justifique a continuidade da prisão (NUCCI, 2020), por exemplo, a decretação preventiva em outro processo ou mesmo a imposição de medida de segurança detentiva. Nesse último caso, a internação ocorrerá em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, nos termos do parágrafo único do art. 685.

Por fim, cumpre registrar que parcela da doutrina compreende que, a despeito de não existir previsão expressa na lei, é obrigatória a oitiva do Ministério Público previamente à decisão de declaração da extinção ou cumprimento da pena, devido ao fato de ser o fiscal da execução penal, conforme dispõe o art. 67 da LEP (AVENA, 2019).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. **Revista Liberdades**, n. 17, setembro/dezembro de 2014. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/210-Artigos. Acesso em 03 maio 2017.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Teoria da devida execução da pena privativa de liberdade**. 2013. 363f. Tese (Livre- Docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante. **Execução penal**. Mesas de processo penal. São Paulo: Max Limonad, 1987.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à lei n. 7.210, de 11-07-84**. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme; ZIMMARO, Rafael. **Excesso e desvio na execução penal**. São Paulo, [2012?].

UNHA, Renan Severo Teixeira da. **O Ministério Público na execução penal**. Curso sobre a reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

LIVRO IV
DA EXECUÇÃO
(continuação)

TÍTULO II – DA EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE
(continuação)

CAPÍTULO II – DAS PENAS PECUNIÁRIAS

CAPÍTULO III – DAS PENAS ACESSÓRIAS

Fernanda Paula Souza Cruz¹
(arts. 686 ao 695)

Antes de tecer os comentários a respeito desse capítulo, convém lembrar que a Lei n. 7210/84, Lei de Execução Penal, operou a revogação tácita do Livro IV do Código de Processo Penal. Apesar disso, como a redação dos dispositivos permanece intacta no Código, assim também ocorrerá na presente obra. Por essa razão, os próximos dispositivos serão apresentados de modo sequencial, a fim de que o (a) leitor (a) possa fazer o cotejo com o novo diploma das execuções, seguindo-se os respectivos comentários ao final.

CAPÍTULO II – DAS PENAS PECUNIÁRIAS

Art. 686. A pena de multa será paga dentro em 10 dias após haver transitado em julgado a sentença que a impuser.

Parágrafo único. Se interposto recurso da sentença, esse prazo será contado do dia em que o juiz ordenar o cumprimento da decisão da superior instância.

Art. 687. O juiz poderá, desde que o condenado o requeira:

¹ Advogada. Professora de Execução Penal. Pós Graduada em Direito Processual pela PUC-Minas.

I - prorrogar o prazo do pagamento da multa até três meses, se as circunstâncias justificarem essa prorrogação;

II - permitir, nas mesmas circunstâncias, que o pagamento se faça em parcelas mensais, no prazo que fixar, mediante caução real ou fidejussória, quando necessário.

§ 1º O requerimento, tanto no caso do no I, como no do no II, será feito dentro do decêndio concedido para o pagamento da multa.

§ 2º A permissão para o pagamento em parcelas será revogada, se o juiz verificar que o condenado dela se vale para fraudar a execução da pena. Nesse caso, a caução resolver-se-á em valor monetário, devolvendo-se ao condenado o que exceder à satisfação da multa e das custas processuais.

Art. 688. Findo o decêndio ou a prorrogação sem que o condenado efetue o pagamento, ou ocorrendo a hipótese prevista no § 2o do artigo anterior, observar-se-á o seguinte:

I - possuindo o condenado bens sobre os quais possa recair a execução, será extraída certidão da sentença condenatória, a fim de que o Ministério Público proceda à cobrança judicial;

II - sendo o condenado insolvente, far-se-á a cobrança:

a) mediante desconto de quarta parte de sua remuneração (arts. 29, § 1o, e 37 do Código Penal), quando cumprir pena privativa da liberdade, cumulativamente imposta com a de multa;

b) mediante desconto em seu vencimento ou salário, se, cumprida a pena privativa da liberdade, ou concedido o livramento condicional, a multa não houver sido resgatada;

c) mediante esse desconto, se a multa for a única pena imposta ou no caso de suspensão condicional da pena.

§ 1º O desconto, nos casos das letras b e c, será feito mediante ordem ao empregador, à repartição competente ou à administração da entidade paraestatal, e, antes de fixá-lo, o juiz requisitará informações e ordenará diligências, inclusive arbitramento, quando necessário, para observância do art. 37, § 3o, do Código Penal.

§ 2º Sob pena de desobediência e sem prejuízo da execução a que ficará sujeito, o empregador será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo juiz, a importância correspondente ao desconto, em selo penitenciário, que será inutilizado nos autos pelo juiz.

§ 3º Se o condenado for funcionário estadual ou municipal ou empregado de entidade paraestatal, a importância do desconto será, semestralmente, recolhida ao Tesouro Nacional, delegacia fiscal ou coletoria federal, como receita do selo penitenciário.

§ 4º As quantias descontadas em folha de pagamento de funcionário federal constituirão renda do selo penitenciário.

Art. 689. A multa será convertida, à razão de dez mil-réis por dia, em detenção ou prisão simples, no caso de crime ou de contravenção:

I - se o condenado solvente frustrar o pagamento da multa;

II - se não forem pagas pelo condenado solvente as parcelas mensais autorizadas sem garantia.

§ 1º Se o juiz reconhecer desde logo a existência de causa para a conversão, a ela procederá de ofício ou a requerimento do Ministério Público, independentemente de audiência do condenado; caso contrário, depois de ouvir o condenado, se encontrado no lugar da sede do juízo, poderá admitir a apresentação de prova pelas partes, inclusive testemunhal, no prazo de três dias.

§ 2º O juiz, desde que transite em julgado a decisão, ordenará a expedição de mandado de prisão ou aditamento à carta de guia, conforme esteja o condenado solto ou em cumprimento de pena privativa da liberdade.

§ 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, a conversão será feita pelo valor das parcelas não pagas.

Art. 690. O juiz tornará sem efeito a conversão, expedindo alvará de soltura ou cassando a ordem de prisão, se o condenado, em qualquer tempo:

I - pagar a multa;

II - prestar caução real ou fidejussória que lhe assegure o pagamento.

Parágrafo único. No caso do no II, antes de homologada a caução, será ouvido o Ministério Público dentro do prazo de dois dias.

CAPÍTULO III – DAS PENAS ACESSÓRIAS

Art. 691. O juiz dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença transitada em julgado, que impuser ou de que resultar a perda da função pública ou a incapacidade temporária para investidura em função pública ou para exercício de profissão ou atividade.

Art. 692. No caso de incapacidade temporária ou permanente para o exercício do pátrio poder, da tutela ou da curatela, o juiz providenciará para que sejam acautelados, no juízo competente, a pessoa e os bens do menor ou do interdito.

Art. 693. A incapacidade permanente ou temporária para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder será averbada no registro civil.

Art. 694. As penas acessórias consistentes em interdições de direitos serão comunicadas ao Instituto de Identificação e Estatística ou estabelecimento congênere, figurarão na folha de antecedentes do condenado e serão mencionadas no rol de culpados.

Art. 695. Iniciada a execução das interdições temporárias (art. 72, a e b, do Código Penal), o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do condenado, fixará o seu termo final, completando as providências determinadas nos artigos anteriores.

O art. 686 do Código de Processo Penal – CPP trata da pena de multa. A pena de multa está prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVI, letra “c”,

(XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: c) multa) e no Código Penal e encontra-se regulada no art. 49, consistindo no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sistema este introduzido pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.

Pois bem, explicado isso, conclui-se, então, que a pena de multa, também conhecida como “pena pecuniária”, é uma sanção imposta ao condenado, a qual destinará essa multa ao fundo penitenciária.

Segundo Cleber Masson (2015), “pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais”.

Assim, da leitura do dispositivo acima, tem-se que será paga dentro em até 10 dias após haver transitado em julgado a sentença que a impuser, ou então, se interposto recurso da sentença, esse prazo será contado do dia em que o juiz ordenar o cumprimento da decisão da superior instância.

A leitura do **art. 687, do CPP**, trata da questão do parcelamento dessa pena de multa. Assim, durante o processo de execução penal a multa será atualizada pela contadoria judicial, sendo que as partes terão a oportunidade de impugnar os cálculos. Feito isso, o Juiz decidirá por homologar ou determinar a retificação dos cálculos. A partir do momento que a pena de multa é homologada, o sentenciado é intimado pessoalmente para pagar no prazo assinalado acima (Miranda, Rafael. 2020).

Quando isso acontece, o condenado tem três possibilidades: pagar o valor integral da multa à vista (para isso, basta retirar a guia em cartório, recolher o valor na instituição bancária conveniada do Tribunal e apresentar o recibo em cartório); pedir o parcelamento (o que deverá ser feito no prazo de 10 dias. Todavia, vale lembrar que, na prática, alguns Juízes relativizam esse período); ou então, como última opção, não pagar.

Com relação ao parcelamento, é importante mencionar que o Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do

sentenciado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações. E, se por acaso, optado pelo parcelamento, deixar de pagar as prestações, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, procederá com a execução – o qual será explanado mais adiante.

Outro ponto que muito se discute, é se é possível o juiz da execução penal isentar o condenado do pagamento da pena de multa que lhe foi imposta diante da precariedade de sua condição financeira.

Contudo, o entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência é o de que não é possível a isenção fundada na situação econômica precária do réu por ausência de previsão legal, consoando decidiu o Superior Tribunal de Justiça no RESP 722561/RS.

Seguindo essa linha, caso o condenado não efetue o pagamento dessa multa, o **art. 688, do CPP**, disciplina sobre a execução dessa pena. Nesse ponto, é preciso trazer o artigo 51 do Código Penal, o qual foi alterado recentemente pela Lei nº13.964/2019, denominado de “Pacote Anticrime” (Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição).

Havia grande discussão no tocante a execução da pena de multa. Entendia-se que a legitimidade para cobrar a pena de multa era da Fazenda Pública, pelo procedimento da Execução Fiscal.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3150, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o pedido formulado naquela ação, para dispor que, aplicar-se-á as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, não excluindo a legitimidade do Ministério Público para cobrança.

Segundo esse entendimento, a competência continuaria sendo do Ministério Público oficiante no Juízo da Execução Penal, pelo rito da Lei de Execução Penal. Todavia, se não efetuasse o pagamento por mais de 90 dias, a Fazenda Pública poderia executar pelo Rito da Execução Fiscal.

Contudo, veio o “Pacote Anticrime”, como dito acima, colocou fim a toda essa discussão e deixou claro a legitimidade do Ministério Público para cobrar essa pena de multa.

Assim, decorrido o prazo sem o pagamento da multa, proceder-se-á penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução. E tal nomeação de bens à penhora e execução seguirão conforme a Lei Processual Civil.

Por fim, o supramencionado artigo nos ensina sobre a possibilidade de a multa ser cobrada mediante desconto na remuneração do condenado. Para isso, deve-se remeter ao artigo 170, da Lei de Execução Penal (Art. 170. Quando a pena de multa for aplicada cumulativamente com pena privativa da liberdade, enquanto esta estiver sendo executada, poderá aquela ser cobrada mediante desconto na remuneração do condenado (artigo 168).

Em relação a possibilidade de suspensão da cobrança da pena de multa, tem-se a possibilidade quando sobrevier ao condenado doença mental (LEP, art. 167 e CP, art. 52).

Já o **artigo 689, do CPP**, disciplina que, a multa será convertida em detenção ou prisão simples, se o condenado solvente frustrar o pagamento da multa; ou não forem pagas as parcelas mensais autorizadas sem garantia.

Dando continuidade, o **art. 690, do CPP**, disciplina que a conversão se tornará sem efeito, caso o condenado pague a pena de multa ou prestar caução real ou fidejussória.

Assim, é preciso lembrar que, quando da redação do artigo supramencionado, em 1977, era, de fato, possível a conversão da pena de multa em prisão.

Contudo, a Lei 9.268/96 conferiu nova redação ao art. 51 do Código Penal, nos seguintes termos: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

Portanto, desde 1996, a pena de multa passou a ser dívida de valor, sendo vedada a conversão em prisão.

Deve-se lembrar que o mesmo artigo passou por alteração, recentemente, para tratar da competência da execução da pena de multa, como bem explanado acima, mantendo-se nos próprios termos que não há conversão em prisão e, sim, transformação em dívida de valor.

Ainda, como consequência do inadimplemento, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reafirmou jurisprudência segundo a qual não se pode declarar a extinção da punibilidade, mesmo que cumprida a pena privativa de liberdade, se não foi paga a pena de multa (REsp 1.850.903).

O relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, lembrou que o STJ possuía entendimento de que, "extinta pelo seu cumprimento a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a substituir, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação dada ao artigo 51 do Código Penal pela Lei 9.268/1996, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor e, portanto, possui caráter extrapenal". Assim, caberia apenas à Fazenda Pública executar a multa.

Contudo, o ministro afirmou que o entendimento foi alterado após o Supremo Tribunal Federal julgar a ADI 3.150 e declarar que, conforme estabelecido pelo artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições — perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos —, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo sua natureza de sanção penal.

Importante frisar que, isso é algo que deve ser questionado, isso porque com a Lei nº 9.268/1996, a multa passou a ser considerada dívida de valor, ficando impossibilitada a sua conversão em pena privativa de liberdade ou a sua execução no âmbito penal e a não extinção da punibilidade traz severas consequências ao condenado que, por sua vez, não pode votar, obter certidão negativa de antecedentes criminais, tudo isso, prejudica sua inserção no mercado de trabalho.

Prosseguindo, lá no capítulo III, do CPP, disciplina a questão das penas acessórias.

Com a promulgação da Lei nº 9.714/98, passou a existir no Código Penal as seguintes penas alternativas: Pena substitutiva de multa; Prestação pecuniária;

Prestação pecuniária inominada; Perda de bens e valores; Prestação de serviços à comunidade; Limitação de fim de semana; Interdição temporária de direito consistente em proibição do exercício do cargo, função pública ou mandato eletivo; Interdição temporária de direito consistente em proibição do exercício de profissão ou atividade; Interdição temporária de direito consistente em suspensão da habilitação para dirigir veículo, que foi quase completamente revogada pelo Código de Trânsito Brasileiro; Interdição temporária de direito consistente, em proibição de frequentar determinados lugares; Interdição temporária de direito consistente em proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos.

Entende a doutrina que o rol legal é taxativo, não havendo possibilidade de criação de novas modalidades de pena alternativa pelo magistrado (CAPEZ, 2008).

Assim, **o art. 691, do CPP**, prevê a possibilidade de aplicação da perda ou função pública ou a incapacidade temporária para investidura em função pública ou para exercício de profissão ou atividade.

Aqui, o que se quer dizer, é de uma das espécies de penas restritivas de direitos, qual seja, interdição temporária de direitos. A interdição temporária de direitos possui caráter essencialmente restritivo de direitos, pois possui em sua natureza o objetivo de proibir, suspender ou restringir direitos, funções e atividades.

A primeira espécie de interdição temporária de direitos trata dos crimes cometidos no regular exercício do cargo, função ou atividade pública ou no mandato eletivo. Logo, é uma pena que exige a ocorrência de crime contra a administração pública, bastando que o agente viole algum dos deveres que são próprio da sua função, como por exemplo, o dever de obediência, lealdade, conduta ética.

A segunda circunstância, interdição temporária do direito de exercer profissão ou atividade, tem-se que é bem específica e só pode ser aplicada quando o crime for cometido no exercício dessa profissão ou atividade ((TJRS – 8ª Câ. Crim. – Ap. Crim. 70.008.104.085 – Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira – j. em 09.06.2004)

Já o **artigo 692, do CPP**, trata da incapacidade temporária ou permanente para o exercício do pátrio poder, da tutela ou curatela. Em continuidade, o **art. 693 do CPP**, reza que tal incapacidade será averbada no registro civil.

Aqui, é importante fazer a leitura do art. 92, inciso II, do Código Penal, que trata de um dos efeitos da condenação para evitar que condenados pela prática de delitos

que contrariam a natureza do poder familiar mantenham seu exercício em detrimento dos interesses de quem está submetido a esse poder.

Segundo a redação dada ao art. 92 na reforma da Parte Geral em 1984, este efeito podia incidir apenas nos crimes cometidos contra filho, tutelado ou curatelado. Com a entrada em vigor da Lei nº 13.715/2018 ampliaram-se as possibilidades de perda, pois inserem-se entre as vítimas que atraem o mesmo efeito a pessoa igualmente titular do poder familiar e outros descendentes além do filho.

Na primeira situação se incluem os casos de violência doméstica, não importa se do homem contra a mulher ou da mulher contra o homem. O indivíduo que agride a esposa grávida e lhe provoca, por exemplo, aceleração do parto, comete crime de lesão corporal de natureza grave, apenada com reclusão de um a cinco anos, e pode ser privado do exercício do poder familiar sobre o filho nascido prematuramente em decorrência da agressão.

Da mesma forma, ex-cônjuges, ex-companheiros ou mesmo ex-namorados que exerçam o poder familiar sobre menores de idade, e que cometam crimes apenados com reclusão contra a outra pessoa que partilhe do mesmo poder, podem sofrer este efeito da condenação.

A segunda situação abrange os crimes cometidos contra descendente que não o próprio filho, o que nos remete à situação em que a vítima é filha de alguém também menor de idade. Imaginemos, por exemplo, um caso de abuso sexual cometido pelo avô contra o neto de tenra idade, sendo este último filho de um adolescente de dezesseis anos, submetido ao poder familiar do agressor. Neste caso, a nova lei permite que o autor do crime perca o poder familiar em relação a seu filho.

Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, entende que a consequência da condenação incide somente sobre a relação entre o condenado e a vítima, não alcançando outros filhos: "O pai agride um de seus seis filhos; condenado por lesão corporal grave a uma pena de um ano de reclusão, pode o juiz determinar a incapacidade para o exercício do poder familiar em relação àquela vítima. Os outros cinco filhos podem perfeitamente continuar sob sua tutela." (Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 554).

Já Cleber Masson sustenta o contrário: "Essa incapacidade pode ser estendida para alcançar outros filhos, pupilos ou curatelados, além da vítima do crime. Não seria

razoável, exemplificativamente, decretar a perda do poder familiar somente em relação à filha de dez anos de idade estuprada pelo pai, aguardando fosse igual delito praticado contra as outras filhas mais jovens, para que só então se privasse o genitor desse direito." (Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 798)

Por outro lado, o **art. 694 do CPP**, trata das interdições de direitos. E, se assim for determinado, segundo o **art. 695 do CPP**, o Juiz fixará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do condenado, o termo final da interdição.

Para finalizar, o que está sendo dito é sobre as demais espécies de interdição de direitos, além das mencionadas acima, como suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de se inscrever em concurso, avaliação ou exame público.

A proibição de dirigir veículo temporariamente é uma pena específica porque é aplicável aos crimes culposos de trânsito, não devendo ser aplicável ao condenado que não tinha habilitação ou autorização à época dos fatos, nem tão pouco nos casos em que a habilitação foi utilizada para a prática de crimes dolosos. (STJ – 5ª T. – Resp. 628.730/SP – Rel. Min. Gilson Dipp – j. em 24.05.2005 – DJ 13.06.2005, p.333).

Com relação a proibição de frequentar determinado lugares, também está prevista como condição do sursis especial estabelecido no art. 78 § 2 do CP.

Entretanto, a aplicação desse tipo de pena gera grandes dificuldade de fiscalização, ainda mais nas grandes cidades, não colaborando com a finalidade da pena e provocando uma sensação desprestígio do Judiciário.

Sobre o tema, o doutrinador Aury Lopes(2020) ressalta: medidas como a proibição de frequentar determinados lugares, de permanecer, e similares, implicam em verdadeira pena de “banimento”, na medida em que se impõe ao imputado severas restrições ao seu direito de circulação e até mesmo de relacionamento social. Portanto, não são medidas de pouca gravidade.

Por fim, a proibição de se inscrever em concurso, avaliação ou exame público. Se preenchidos os requisitos legais para sua substituição, poderá ser aplicada a qualquer espécie de crime, diferentemente das espécies previstas nos incisos I e II do art. 47, que são penas restritivas específicas.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

BITENCOURT, Cézar. **Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999. P.2

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à lei n. 7.210, de 11-07-84**. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme; ZIMMARO, Rafael. **Excesso e desvio na execução penal**. São Paulo, [2012?].

TÍTULO II – DOS INCIDENTES DA EXECUÇÃO

CAPÍTULO I – DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Messênia Cristina Munhato¹
(arts. 696 ao 709)

O Livro da Execução do Código de Processo Penal foi tacitamente revogado pelo advento da Lei de Execução Penal, uma vez que esta (norma posterior) trata do mesmo assunto daquele (norma anterior).

Assim, o capítulo do Código de Processo Penal que trata “Da Suspensão Condicional da Pena” será analisado com base nos artigos 156 a 163 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Art. 696. O juiz poderá suspender, por tempo não inferior a 2 (dois) nem superior a 6 (seis) anos, a execução das penas de reclusão e de detenção que não excedam a 2 (dois) anos, ou, por tempo não inferior a 1 (um) nem superior a 3 (três) anos, a execução da pena de prisão simples, desde que o sentenciado:

I - não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;

II - os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. Processado o beneficiário por outro crime ou contravenção, considerar-se-á prorrogado o prazo da suspensão da pena até o julgamento definitivo.

Art. 697. O juiz ou tribunal, na decisão que aplicar pena privativa da liberdade não superior a 2 (dois) anos, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda quer a denegue.

Art. 698. Concedida a suspensão, o juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo previsto, começando este a correr da audiência em que se der conhecimento da sentença ao beneficiário e lhe for entregue documento similar ao descrito no art. 724.

§1º As condições serão adequadas ao delito e à personalidade do condenado.

¹ Advogada, escritora, palestrante, coordenadora da Comissão de Estudos e Prevenção ao Uso de Drogas e Afins da OAB de São José do Rio Preto. Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público Material pela Faculdades Damásio de Jesus. Graduação em Direito pela Universidade Paulista – UNIP. Graduação em Letras (Português, Inglês e Demais Licenciaturas) pela Universidade de Franca – UNIFRAN.

§2º Poderão ser impostas, além das estabelecidas no art. 767, como normas de conduta e obrigações, as seguintes condições:

I - frequentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar;

II - prestar serviços em favor da comunidade;

III - atender aos encargos de família;

IV - submeter-se a tratamento de desintoxicação.

§3º O juiz poderá fixar, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, outras condições além das especificadas na sentença e das referidas no parágrafo anterior, desde que as circunstâncias o aconselhem.

§4º A fiscalização do cumprimento das condições deverá ser regulada, nos Estados, Territórios e Distrito Federal, por normas supletivas e atribuída a serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares, inspecionadas pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público ou ambos, devendo o juiz da execução na comarca suprir, por ato, a falta das normas supletivas.

§5º O beneficiário deverá comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicando, também, a sua ocupação, os salários ou proventos de que vive, as economias que conseguiu realizar e as dificuldades materiais ou sociais que enfrenta.

§6º A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais (arts. 730 e 731), qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições.

§7º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais deverá apresentar-se imediatamente.

Art. 699. No caso de condenação pelo Tribunal do Júri, a suspensão condicional da pena competirá ao seu presidente.

Art. 700. A suspensão não compreende a multa, as penas acessórias, os efeitos da condenação nem as custas.

Art. 701. O juiz, ao conceder a suspensão, fixará, tendo em conta as condições econômicas ou profissionais do réu, o prazo para o pagamento, integral ou em prestações, das custas do processo e taxa penitenciária.

Art. 702. Em caso de coautoria, a suspensão poderá ser concedida a uns e negada a outros réus.

Art. 703. O juiz que conceder a suspensão lerá ao réu, em audiência, a sentença respectiva, e o advertirá das consequências de nova infração penal e da transgressão das obrigações impostas.

Art. 704. Quando for concedida a suspensão pela superior instância, a esta caberá estabelecer-lhe as condições, podendo a audiência ser presidida por qualquer membro

do tribunal ou câmara, pelo juiz do processo ou por outro designado pelo presidente do tribunal ou câmara.

Art. 705. Se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 dias, o réu não comparecer à audiência a que se refere o art. 703, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena, salvo prova de justo impedimento, caso em que será marcada nova audiência.

Art. 706. A suspensão também ficará sem efeito se, em virtude de recurso, for aumentada a pena de modo que exclua a concessão do benefício.

Art. 707. A suspensão será revogada se o beneficiário:

I - é condenado, por sentença irrecorrível, a pena privativa da liberdade;

II - frustra, embora solvente, o pagamento da multa, ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a suspensão, se o beneficiário deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições inerentes à pena acessória, ou é irrecorrivelmente condenado a pena que não seja privativa da liberdade; se não a revogar, deverá advertir o beneficiário, ou exacerbar as condições ou, ainda, prorrogar o período da suspensão até o máximo, se esse limite não foi o fixado.

Art. 708. Expirado o prazo de suspensão ou a prorrogação, sem que tenha ocorrido motivo de revogação, a pena privativa de liberdade será declarada extinta.

Parágrafo único. O juiz, quando julgar necessário, requisitará, antes do julgamento, nova folha de antecedentes do beneficiário.

Art. 709. A condenação será inscrita, com a nota de suspensão, em livros especiais do Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, averbando-se, mediante comunicação do juiz ou do tribunal, a revogação da suspensão ou a extinção da pena. Em caso de revogação, será feita a averbação definitiva no registro geral.

§1º Nos lugares onde não houver Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere, o registro e a averbação serão feitos em livro próprio no juízo ou no tribunal.

§2º O registro será secreto, salvo para efeito de informações requisitadas por autoridade judiciária, no caso de novo processo.

§3º Não se aplicará o disposto no § 2o, quando houver sido imposta ou resultar de condenação pena acessória consistente em interdição de direitos.

Política Criminal

A suspensão condicional da pena é uma medida de redução da população carcerária e de reabilitação do indivíduo envolvido em prática criminosa.

Importantíssimo a justificativa da redução da população carcerária, uma vez as péssimas condições das prisões no Brasil, que se assemelham aos campos de concentração nazistas e não propiciam o caráter educativo da pena, ao contrário; tampouco obedecem ao princípio da dignidade da pessoa humana em desrespeito à vedação constitucional à penas cruéis (CF artigo 5º inciso XLVII alínea e).

Qualquer pessoa possui mais condições de se ressocializar fora do ambiente penitenciário do que dentro, que muitas vezes contribui para que o indivíduo continue no mundo do crime.

"É de salutar política criminal, quando o condenado é primário, trabalhador e de excelente vida pregressa, sob o entendimento do que não voltará a delinquir, a concessão da suspensão condicional da execução da pena" (TJRJ - AC - Rel. Francisco Abreu - RT 406/268).

Direito Subjetivo do Réu

LEP Art.156. O juiz poderá suspender, pelo período de dois a quatro anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal.

Súmula 499 STF. Não obsta a concessão do "sursis" condenação anterior à pena de multa.

Tendo-se aplicado a pena-base no mínimo legal previsto para o tipo, não se pode, na análise da suspensão condicional da pena, desprezar o enfoque, apontando-se circunstâncias judiciais negativas. HC 92.322, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, j. 18-12-2007, 1ª T, DJE de 13-6-2008.

Possível é a suspensão condicional da pena mesmo em se tratando de crime hediondo (...). HC 86.698, rel. min. Marco Aurélio, j. 19-6-2007, 1ª T, DJE de 31-8-2007.

STJ. HC 332.303 - SP (2015/0191996-6) Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. D.j. 05/11/2015. Ementa Penal. HC. artigo 180, caput, do Código Penal. (...) 4. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REINCIDÊNCIA. PENA DE MULTA. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. PREENCHIMENTO. DIREITO SUBJETIVO. 5. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO. (...) 4. Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 77 do Código Penal, é direito do réu obter a suspensão condicional da pena. In casu, a reincidência, embasada em condenação que impingiu à paciente sanção exclusivamente pecuniária, não pode ser utilizada para negar o benefício. Inteligência da Súmula 499 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 77, §1º, do Código Penal. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda imposta à paciente para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão; fixar o regime inicial semiaberto; e determinar a suspensão condicional da pena, estabelecendo o período de prova em 2 (dois) anos, devendo o Juízo da Execução competente dispor sobre as condições para o

cumprimento do benefício, observando o teor do artigo 78, §1º, do Código Penal, no que concerne ao primeiro ano do prazo.

LEP Art.157. O juiz ou Tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada no artigo anterior, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue.

Trata-se de um direito subjetivo do sentenciado, por isso a utilização do verbo “deverá”.

Direito do réu, desde que satisfeito os requisitos legais - Preenchimento, na espécie, pelo sentenciado, duas exigências de lei - Pedido de "habeas corpus" deferido, concedendo-se o "sursis" (STF - HC - Rel. Leitão de Abreu - RT 552/445 e RTJ 98/138).

HC. Suspensão Condicional da Pena. Satisfeitos os requisitos legais – como estimou o juiz singular na condenação-, o sursis, enquanto direito subjetivo, não pode ser cassado na segunda instância com base em conjecturas que não infirmam a análise feita em primeira instância. Habeas Corpus concedido. (HC 69596, Rel. Francisco REZEK, 2ª T., j.06/10/1992, DJ 06-11-1992).

Sempre que a pena não ultrapassar dois anos, deve o magistrado fazer expressa referência ao sursis, seja para concedê-lo, seja para denegá-lo. E, como todas as decisões do Judiciário, motivadamente. Se a pena não for superior a quatro anos, tratando-se de condenado maior de 70 anos ou enfermo, dá-se o mesmo. Atualmente, em virtude da reforma provocada pela Lei 9.714/98, as penas privativas de liberdade de até quatro anos podem ser substituídas por restritivas de direitos. (Nucci, 2018)

Condições

LEP Art.158. Concedida a suspensão, o juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo fixado, começando este a correr da audiência prevista no artigo 160 desta Lei.

LEP Art.158 §1º As condições serão adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, devendo ser incluída entre as mesmas a de prestar serviços à comunidade, ou limitação de fim de semana, salvo hipótese do artigo 78, §2º, do Código Penal.

Trata-se de uma forma mais didática de reeducação, uma vez que o condenado habituar-se-á a uma nova vida, mais disciplinada e de acordo com a lei, pelo menos em tese. Por isto, as condições deverão ser adequadas ao fato e à situação pessoal do sentenciado.

LEP Art.158 §2º O Juiz poderá, a qualquer tempo, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do

Conselho Penitenciário, modificar as condições e regras estabelecidas na sentença, ouvido o condenado.

STJ. HC 209.266 - SP (2011/0131929-2) Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. 17/03/2016. Ementa. HC. Tentativa de roubo. Apelação criminal. Recurso da acusação. Limites. *Tantum devolutum quantum appellatum*. **IMPOSIÇÃO DE OUTRAS CONDIÇÕES À SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.** Ausência de requerimento do MP. **CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.** Ordem concedida de ofício. 1. (...) 2. Respeitados os limites objetivos da apelação, era inviável a imposição, e em desfavor do réu, de outras condições à suspensão condicional da pena, diante da ausência de requerimento do Ministério Público estadual no recurso interposto. 3. Hc não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar, das condições da suspensão condicional da pena concedida ao paciente, aquelas previstas nas alíneas "a" e "b" do § 2º do artigo 78 do Código Penal.

Fiscalização

LEP Art.158 §3º A fiscalização do cumprimento das condições, reguladas nos Estados, Territórios e Distrito Federal por normas supletivas, será atribuída a serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público, ou ambos, devendo o Juiz da execução suprir, por ato, a falta das normas supletivas.

Importante lembrar que neste dispositivo não estão incluídas as polícias (nem a Polícia Militar) como entidade fiscalizadora do cumprimento das condições da suspensão da pena; salvo se houver convênio no Estado em questão.

LEP Art.158 §4º O beneficiário, ao comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicará, também, a sua ocupação e os salários ou proventos de que vive.

LEP Art.158 §5º A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições.

Não é caso de condução da pessoa em período de prova a uma delegacia policial pelo descumprimento de alguma condição estabelecida.

O descumprimento de qualquer condição não implica em crime. Não se trata de flagrante delito. Não existe razão para “condução”.

Caso alguma autoridade assim proceda, poder-se-ia caracterizar em tese o delito de abuso de autoridade.

A análise da possibilidade ou não de revogação será da autoridade competente: juiz da execução criminal.

LEP Art.158 §6º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao Juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais o primeiro deverá apresentar-se imediatamente.

Concessão por Tribunal

LEP Art.159. Quando a suspensão condicional da pena for concedida por Tribunal, a este caberá estabelecer as condições do benefício.

LEP Art.159 §1º De igual modo proceder-se-á quando o Tribunal modificar as condições estabelecidas na sentença recorrida.

LEP Art.159 §2º O Tribunal, ao conceder a suspensão condicional da pena, poderá, todavia, conferir ao Juízo da execução a incumbência de estabelecer as condições do benefício, e, em qualquer caso, a de realizar a audiência admonitória.

Audiência admonitória

LEP Art.160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas.

LEP Art.161. Se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 (vinte) dias, o réu não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena.

Não se trata de revogação, uma vez que não houve a aceitação do condenado em primeiro lugar. Como a própria lei diz, “ficará sem efeito”.

Revogação

LEP Art.162. A revogação da suspensão condicional da pena e a prorrogação do período de prova dar-se-ão na forma do artigo 81 e respectivos parágrafos do Código Penal.

LEP Art.163. A sentença condenatória será registrada, com a nota de suspensão em livro especial do Juízo a que couber a execução da pena.

LEP Art.163 §1º Revogada a suspensão ou extinta a pena, será o fato averbado à margem do registro.

LEP Art.163 §2º O registro e a averbação serão sigilosos, salvo para efeito de informações requisitadas por órgão judiciário ou pelo Ministério Público, para instruir processo penal.

CAPÍTULO II – DO LIVRAMENTO

Ana Cláudia Ribeiro Tavares²
(arts. 710 ao 733)

Cumprе esclarecer, inicialmente, que após a reforma da parte geral do Código Penal pela Lei 7.209/84 e com a edição da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) toda a disciplina legal acerca do livramento condicional deixou de ser tratada pelo Código de Processo Penal. Sendo assim, os comentários a este capítulo terão como referência o disposto nos artigos 131 a 146 da LEP e artigos 83 a 90 do Código Penal.

Desta forma, serão transcritos abaixo os artigos 710 a 733 do Código de Processo Penal e, na sequência, serão feitos comentários ao livramento condicional, levando-se em consideração a disciplina legal vigente.

Art. 710. O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que se verifiquem as condições seguintes:

- I – cumprimento de mais da metade da pena, ou mais de três quartos, se reincidente o sentenciado;
- II – ausência ou cessação de periculosidade;
- III - bom comportamento durante a vida carcerária;
- IV – aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;
- V – reparação do dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Art. 711. As penas que correspondem a infrações diversas podem somar-se, para efeito do livramento.

Art. 712. O livramento condicional poderá ser concedido mediante requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente em linha reta, ou por proposta do diretor do estabelecimento penal, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário

² Mestre em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1996). Especialista pela Universidade do Oeste Paulista em Constituição, Processo e Sociedade (2001). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" (2013). Professora na Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE) de fevereiro de 2001 até julho de 2015. Professora de Direito Penal e Processo Penal no Curso de Direito da UNIAN ABC (Anhanguera) de outubro de 2017 a junho de 2019. Professora de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo de fevereiro de 2019 a agosto de 2020. Advogada da Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel (FUNAP) desde 1997.

Parágrafo único. No caso do artigo anterior, a concessão do livramento competirá ao juiz da execução da pena que o condenado estiver cumprindo.

Art. 713. As condições de admissibilidade, conveniência e oportunidade da concessão do livramento serão verificadas pelo Conselho Penitenciário, a cujo parecer não ficará, entretanto, adstrito o juiz.

Art. 714. O diretor do estabelecimento penal remeterá ao Conselho Penitenciário minucioso relatório sobre:

- I - o caráter do sentenciado, revelado pelos seus antecedentes e conduta na prisão;
- II - o procedimento do liberando na prisão, sua aplicação ao trabalho e seu trato com os companheiros e funcionários do estabelecimento;
- III - suas relações, quer com a família, quer com estranhos;
- IV - seu grau de instrução e aptidão profissional, com a indicação dos serviços em que haja sido empregado e da especialização anterior ou adquirida na prisão;
- V - sua situação financeira, e seus propósitos quanto ao seu futuro meio de vida, juntando o diretor, quando dada por pessoa idônea, promessa escrita de colocação do liberando, com indicação do serviço e do salário.

Parágrafo único. O relatório será, dentro do prazo de quinze dias, remetido ao Conselho, com o prontuário do sentenciado, e, na falta, o Conselho opinará livremente, comunicando à autoridade competente a omissão do diretor da prisão.

Art. 715. Se tiver sido imposta medida de segurança detentiva, o livramento não poderá ser concedido sem que se verifique, mediante exame das condições do sentenciado, a cessação da periculosidade.

Parágrafo único. Consistindo a medida de segurança em internação em casa de custódia e tratamento, proceder-se-á a exame mental do sentenciado.

Art. 716. A petição ou a proposta de livramento será remetida ao juiz ou ao tribunal por ofício do presidente do Conselho Penitenciário, com a cópia do respectivo parecer e do relatório do diretor da prisão.

§ 1º Para emitir parecer, o Conselho poderá determinar diligências e requisitar os autos do processo.

§ 2º O juiz ou o tribunal mandará juntar a petição ou a proposta, com o ofício ou documento que a acompanhar, aos autos do processo, e proferirá sua decisão, previamente ouvido o Ministério Público.

Art. 717. Na ausência da condição prevista no art. 710, I, o requerimento será liminarmente indeferido.

Art. 718. Deferido o pedido, o juiz, ao especificar as condições a que ficará subordinado o livramento, atenderá ao disposto no art. 698, §§ 1º, 2º e 5º.

§ 1º Se for permitido ao liberado residir fora da jurisdição do juiz da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento à autoridade judiciária do lugar para onde ele se houver transferido, e à entidade de observação cautelar e proteção.

§ 2º O liberado será advertido da obrigação de apresentar-se imediatamente à autoridade judiciária e à entidade de observação cautelar e proteção.

Art. 719. O livramento ficará também subordinado à obrigação de pagamento das custas do processo e da taxa penitenciária, salvo caso de insolvência comprovada.

Parágrafo único. O juiz poderá fixar o prazo para o pagamento integral ou em prestações, tendo em consideração as condições econômicas ou profissionais do liberado.

Art. 720. A forma de pagamento da multa, ainda não paga pelo liberando, será determinada de acordo com o disposto no art. 688.

Art. 721. Reformada a sentença denegatória do livramento, os autos baixarão ao juiz da primeira instância, a fim de que determine as condições que devam ser impostas ao liberando.

Art. 722. Concedido o livramento, será expedida carta de guia, com a cópia integral da sentença em duas vias, remetendo-se uma ao diretor do estabelecimento penal e outra ao presidente do Conselho Penitenciário.

Art. 723. A cerimônia do livramento condicional será realizada solenemente, em dia marcado pela autoridade que deva presidi-la, observando-se o seguinte:

I - a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais presos, salvo motivo relevante, pelo presidente do Conselho Penitenciário, ou pelo seu representante junto ao estabelecimento penal, ou, na falta, pela autoridade judiciária local;

II - o diretor do estabelecimento penal chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento;

III - o preso declarará se aceita as condições.

§ 1º De tudo, em livro próprio, se lavrará termo, subscrito por quem presidir a cerimônia, e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não souber ou não puder escrever.

§ 2º Desse termo, se remeterá cópia ao juiz do processo.

Art. 724. Ao sair da prisão o liberado, ser-lhe-á entregue, além do saldo do seu pecúlio e do que lhe pertencer, uma caderneta que exhibirá à autoridade judiciária ou administrativa sempre que lhe for exigido. Essa caderneta conterá:

I - a reprodução da ficha de identidade, ou o retrato do liberado, sua qualificação e sinais característicos;

II - o texto impresso dos artigos do presente capítulo;

III - as condições impostas ao liberado;

IV - a pena acessória a que esteja sujeito.

§ 1º Na falta de caderneta, será entregue ao liberado um salvo-conduto, em que constem as condições do livramento e a pena acessória, podendo substituir-se a ficha de identidade ou o retrato do liberado pela descrição dos sinais que possam identificá-lo.

§ 2º Na caderneta e no salvo-conduto deve haver espaço para consignar o cumprimento das condições referidas no art. 718.

Art. 725. A observação cautelar e proteção realizadas por serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares, terá a finalidade de:

I - fazer observar o cumprimento da pena acessória, bem como das condições especificadas na sentença concessiva do benefício;

II - proteger o beneficiário, orientando-o na execução de suas obrigações e auxiliando-o na obtenção de atividade laborativa.

Parágrafo único. As entidades encarregadas de observação cautelar e proteção do liberado apresentarão relatório ao Conselho Penitenciário, para efeito da representação prevista nos arts. 730 e 731.

Art. 726. Revogar-se-á o livramento condicional, se o liberado vier, por crime ou contravenção, a ser condenado por sentença irrecorrível a pena privativa de liberdade.

Art. 727. O juiz pode, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições inerentes à pena acessória ou for irrecorrivelmente condenado, por crime, à pena que não seja privativa da liberdade.

Parágrafo único. Se o juiz não revogar o livramento, deverá advertir o liberado ou exacerbar as condições.

Art. 728. Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á no tempo da pena o período em que esteve solto o liberado, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas.

Art. 729. No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento.

Art. 730. A revogação do livramento será decretada mediante representação do Conselho Penitenciário, ou a requerimento do Ministério Público, ou de ofício, pelo juiz, que, antes, ouvirá o liberado, podendo ordenar diligências e permitir a produção de prova, no prazo de cinco dias.

Art. 731. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação do Conselho Penitenciário, poderá modificar as condições ou normas de

conduta especificadas na sentença, devendo a respectiva decisão ser lida ao liberado por uma das autoridades ou por um dos funcionários indicados no inciso I do art. 723, observado o disposto nos incisos II e III, e §§ 1o e 2o do mesmo artigo

Art. 732. Praticada pelo liberado nova infração, o juiz ou o tribunal poderá ordenar a sua prisão, ouvido o Conselho Penitenciário, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação ficará, entretanto, dependendo da decisão final no novo processo.

Art. 733. O juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação, ou na hipótese do artigo anterior, for o liberado absolvido por sentença irrecorrível.

A Lei de Execução Penal substituiu o Livro IV do Código de Processo Penal, que tratava da execução das penas. O Título IV da LEP trata da execução das penas em espécie e, em seu capítulo I, regulamenta as penas privativas de liberdade. O livramento condicional está disciplinado na seção V, nos artigos 131 a 146, que passaremos a analisar.

O livramento condicional é um benefício concedido ao condenado em sede de execução penal, após o cumprimento de parte da pena privativa de liberdade, antecipando-lhe a liberdade, mediante condições.

Para Nucci (2020, p. 259) o livramento condicional “É medida penal restritiva da liberdade de locomoção, que se constitui num benefício ao condenado e, portanto, consiste em um direito subjetivo de sua titularidade, integrando um estágio do cumprimento da pena.”

Muitos autores entendem que o livramento condicional é verdadeiro “direito público subjetivo” do condenado, o que significaria que, presentes os requisitos legais, deveria o livramento condicional ser concedido ao condenado pelo juiz da execução penal. Ocorre que a simples análise dos requisitos de ordem subjetiva exigidos para a concessão do livramento condicional, feita pelo juiz ao apreciar o pedido do condenado, já retira deste a certeza de que terá seu direito reconhecido, uma vez que haverá uma livre “valoração” pelo juiz.

Como ressalta ROIG (2018, p. 208) “a classificação direitos públicos subjetivos de certa forma ignora o fosso existente entre o caráter vinculante desejado e a forma

pela qual a execução penal, realisticamente, se ampara em critérios subjetivos e de conteúdo amplamente discricionário.”

JESUS (2020, p. 783), por outro lado, entende que o livramento condicional “não constitui mais um direito público subjetivo de liberdade do condenado nem incidente da execução. É medida penal de natureza restritiva da liberdade, de cunho repressivo e preventivo. Não é um benefício.”

É comum encontrarmos menção ao livramento condicional como sendo a “última etapa do cumprimento da pena o sistema progressivo” (BITENCOURT, 2020, p. 1993). No entanto, é preciso fazer uma ressalva, pois quando se diz que o livramento condicional é a última etapa, poder-se-ia entender como um quarto regime prisional, além dos regimes fechado, semiaberto e aberto. É certo que o livramento condicional pode ser concedido aos condenados que cumprem pena em regime fechado, sem que exista a necessidade de serem previamente progredidos aos regimes semiaberto e aberto, uma vez que não há qualquer exigência legal nesse sentido. (STJ, HC 341779/SP, 5ª T., j. 28-6-2016). Até porque, como se verá, embora na prática fiquem os condenados sujeitos às mesmas condições, o livramento condicional difere do regime aberto porque a pena não está sendo cumprida, mas sim fica “suspensa” mediante condições. Em caso de revogação por culpa do condenado, todo o período em liberdade será tido como pena não cumprida e será acrescentado no cálculo das penas.

Estabelece o artigo 131 da LEP que: “Art. 131. O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.”

REQUISITOS DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.

Os requisitos para o livramento condicional estão elencados no artigo 83 do Código Penal, que sofreu alteração pela Lei 13.964/2019 e encontra-se com a seguinte redação:

“Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;
II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;
III - comprovado:
a) bom comportamento durante a execução da pena;
b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;
c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e
d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;
IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;
V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.
Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.”

Os requisitos para a concessão do benefício podem ser divididos em objetivos e subjetivos.

Sobre os requisitos objetivos, ISHIDA (2013, p. 118) esclarece que “são fatores externos ao sentenciado e não se confundem com o mérito”, uma vez que dizem respeito à quantidade da pena, qualidade do crime e o fato de ter havido indenização à vítima em determinados crimes. Já os requisitos subjetivos, segundo ISHIDA (2013, p. 119), “são atinentes à pessoa do sentenciado. Buscam avaliar o mérito para o deferimento do benefício”.

São **requisitos objetivos**:

a) a quantidade de pena imposta na condenação, que deve ser igual ou superior a dois anos. Entende-se que, caso a pena imposta seja inferior a dois anos, poderá o condenado beneficiar-se com a suspensão condicional (*sursis*), prevista no artigo 77 e seguintes do Código Penal. Deste modo, por um critério extremamente legalista, os condenados a pena inferior a dois anos, não podem ser beneficiados com o Livramento Condicional.

São inúmeros os casos em que os condenados a pena menor de 2 anos cumprem pena em regime inicial fechado e que poderiam, após o cumprimento de 1/3 ou 1/2 da pena, ser beneficiados com o livramento condicional, sem que precisassem primeiramente progredir ao regime semiaberto ou aberto. É o caso, muito comum, dos

sentenciados reincidentes que foram condenados por furto ou receptação ou dos condenados por tráfico privilegiado (primários) a penas menores que 2 anos.

Há julgados que admitem a concessão de livramento condicional nestes casos (STJ - REsp: 1199303 MG 2010/0113423-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 16/08/2012).

ROIG (2018, p. 212) entende que “a vedação ao livramento condicional nessa hipótese fere frontalmente os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, tendo em vista que impõe tratamento severo àqueles sancionados com penas inferiores, ao mesmo tempo que dispensa tratamento mais benéfico a condenados a penas maiores”.

No entanto, apesar da desproporcionalidade evidente, já que, se tivessem sido condenados a 2 anos de pena teriam direito e, em sendo condenados a uma pena de 1 ano e 8 meses, por exemplo, não poderão ser beneficiados, o entendimento que prevalece atualmente na jurisprudência é o da impossibilidade do livramento condicional caso a pena seja inferior a 2 anos.

Nesse sentido, recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PENA INFERIOR A DOIS ANOS (ART. 83, CP). INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DEFENSIVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Conforme determina o caput do artigo 83, do Código Penal, o livramento condicional é admitido para condenados a pena superior a dois anos de reclusão (HC 120.733/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 02/03/2009). 2. Restando, apenas, 9 meses e 1 dia de pena a cumprir, mostra-se inviável a pretensão defensiva de concessão da liberdade condicional, nos estritos termos do art. 83 do Código Penal. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 515987 RS 2019/0173330-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 04/02/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/02/2020)

Deste modo, prevalece o entendimento de que a pena imposta deve ser igual ou superior a dois anos. No entanto, de acordo com o artigo 84 do Código Penal, a soma de penas é permitida para atingir esse limite mínimo, mesmo que tenham sido aplicadas em processos distintos.

b) cumprimento de parte da pena imposta na condenação: exigem os incisos I, II e V do artigo 83 o cumprimento de 1/3, 1/2 ou 2/3 da pena, a depender do tipo de crime cometido e se o sentenciado é primário ou reincidente.

Assim, tratando-se de condenado por crime comum, em sendo primário, ainda que ostente maus antecedentes, deverá cumprir 1/3 da pena. Se for reincidente, deverá cumprir ao menos 1/2 da pena imposta.

Caso a condenação seja por crimes hediondos ou equiparados, é exigido o cumprimento de mais de 2/3 da pena imposta. O inciso V do artigo 83 teve sua redação recentemente alterada pela Lei 13.344/2016 e passou a exigir o cumprimento de mais de dois terços da pena também para os crimes de tráfico de pessoas.

Em obediência ao princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal, devem ser observadas as mudanças na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), como ocorreu com a Lei 13.964/2019, que aumentou significativamente o rol dos crimes hediondos. Desta forma, somente poderá ser exigido o lapso temporal diferenciado para os delitos cometidos após a vigência de lei que considerou o delito hediondo.

Ressalte-se que se o apenado for reincidente específico em crimes dessa natureza não poderá ser beneficiado com o livramento condicional. Ocorrerá a reincidência específica quando, após a condenação com trânsito em julgado por qualquer dos delitos previstos no inciso V, o sentenciado vier a cometer qualquer outro delito ali previsto, observando-se o período depurador da reincidência previsto no artigo 64, inciso I do Código Penal. Também aqui deve ser observada a irretroatividade da lei que considera um delito como hediondo. Ou seja, os dois delitos devem ter sido cometidos quando ostentarem essa condição.

Com relação ao crime de tráfico, por haver disposição expressa no artigo 44 da Lei 11.343/2006, há entendimento de que a reincidência específica a vedar o livramento condicional deve ser pela prática de outro delito de tráfico. (JESUS, 2020)

ROIG (2018) entende que, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o regime integralmente fechado era inconstitucional por violar o princípio da individualização da pena, também a vedação de concessão do livramento condicional é inconstitucional.

No entanto, o que se verifica é que o legislador insiste na vedação ao livramento condicional em caso de reincidência específica, como vê na redação do inciso VIII do artigo 112 da LEP, alterado pela Lei nº 13.964, de 2019, que reiterou a vedação ao livramento condicional para o condenado reincidente pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte.

Ainda quando ao requisito objetivo, deve ser ressaltado que o tempo de detração penal (prisão provisória) ou remição de penas deve ser computado como pena efetivamente cumprida para fins de livramento condicional.

Caso as penas ultrapassem o limite de 30 anos previsto no artigo 75 do Código Penal, entende-se que o lapso deve ser calculado pelo total da pena imposta. Nesse sentido, a Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”

c) A reparação do dano é também um requisito objetivo exigido pelo artigo 83, inciso IV, do Código Penal, salvo quando o condenado demonstrar a efetiva impossibilidade de fazê-lo. Na grande maioria dos casos esse é um requisito que sequer é mencionado no processo de execução, pois o que se verifica no sistema prisional são presos sem condições financeiras para reparar o dano e, como corretamente mencionado por ROIG (2020, p. 214), “Mesmo aqueles que possuíam condições financeiras ao tempo do crime em regra veem seu patrimônio comprometido com o passar do tempo de encarceramento.”

São **requisitos subjetivos** para a concessão do livramento condicional:

a) O bom comportamento durante a execução da pena. Significa a ausência de falta disciplinar. O bom comportamento carcerário é atestado pelo diretor do estabelecimento prisional, nos termos do que determina o §1º do artigo 112 da LEP. No Estado de São Paulo, o atestado de conduta carcerária é emitido nos termos da Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) nº 144, de 2010, que estabelece o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais. Para emitir o atestado de conduta carcerária, deverá o diretor do estabelecimento prisional verificar se o condenado cometeu falta disciplinar. A LEP somente especifica as faltas disciplinares

de natureza grave, previstas em seu artigo 50, deixando para o legislador local a disciplina das faltas de natureza média e leve.

No Estado de São Paulo ainda não há legislação sobre execução penal (deveríamos ter um Código Penitenciário, como há, por exemplo, no Estado do Pernambuco), sendo que toda a regulamentação é feita por Resolução da SAP. Em inúmeras situações, pode ser discutida a legalidade da Resolução, pois há necessidade de lei em sentido estrito.

Nos termos da citada Resolução 144/2010, a prática de falta média e leve, lá disciplinadas, implicará na ausência de bom comportamento carcerário por 6 e 3 meses, respectivamente. Em caso de falta grave, esse período aumenta para 12 meses. Sendo assim, praticada uma falta disciplinar, o sentenciado, para ostentar bom comportamento carcerário, deverá reabilitar sua conduta, observando o período de 3, 6 ou 12 meses, a depender da gravidade da falta (leve, média ou grave).

b) A Lei nº 13.964, de 2019 incluiu entre os requisitos subjetivos a necessidade de **não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses** (artigo 83, inciso III, “b”). Essa alteração na LEP somente terá relevância para os Estados da Federação em que o prazo para reabilitação de conduta em caso de falta disciplinar de natureza grave seja menor que 12 meses. Seja no Estado de São Paulo ou em outros Estado que já exigiam o prazo de 12 meses, não há alteração na prática. É certo que, em alguns Estados, esse prazo é de 6 meses. Assim, praticada uma falta de natureza grave, poderá o condenado ostentar bom comportamento carcerário após 6 meses, mas, ainda assim, não poderá ser beneficiado com o livramento condicional, pois deverá aguardar ao menos um ano.

A Súmula 441 do STJ estabelece que “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.” Isto porque, a jurisprudente entendia que a prática de falta de natureza grave interrompia o lapso para progressão de regime. Esse entendimento culminou com a edição da Súmula 534 do STJ e, posteriormente, com a alteração legislativa determinando a interrupção do lapso temporal para progressão (artigo 112, no §6º, que foi incluído pela Lei 13.964/2019).

O fato é que, em se tratando de livramento condicional, a prática de falta disciplinar de natureza grave não irá alterar o requisito objetivo (lapso temporal) para

o benefício, mas tão somente afetará o requisito subjetivo, pela exigência de bom comportamento e ausência de falta por um ano.

Ressalte-se que exige a LEP que as condenações administrativas por faltas disciplinares de natureza grave sejam homologadas pelo juiz da execução penal. Assim, concluído o Procedimento Administrativo Disciplinar, deve este ser encaminhado ao juiz da execução para que, analisada a legalidade do procedimento, seja validada a condenação administrativa.

Estabelece a Súmula 533-STJ que: “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.”

Esse entendimento do STJ está parcialmente superado pela tese fixada pelo STF no julgamento do RE 972598, em 04/05/2020, onde restou fixado, com Repercussão Geral, o tema 941: “A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”

Deste modo, caso haja audiência de justificação, prevista no artigo 118, §2º da LEP, não haverá necessidade de instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar.

c) O bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído. O trabalho prisional é direito e dever do preso. Infelizmente, a maioria dos presos não trabalha pois o Estado não fornece trabalho aos condenados. A recusa ao trabalho implica em falta disciplinar de natureza grave.

Assim, caso haja trabalho, o condenado deverá apresentar bom desempenho no trabalho que lhe for atribuído.

No Estado de São Paulo os juízes não exigem comprovação de que o sentenciado apresenta bom desempenho no trabalho.

d) Aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Esse requisito, na prática, não tem como ser aferido. Num país com alto índice de desemprego, exigir que uma pessoa que se encontra privada da liberdade comprove emprego caso consiga a liberdade é exigência que não se coaduna com a realidade. O fato é que, na prática, não se pode exigir que os sentenciados comprovem a presença desse requisito.

e) Por fim, **para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir**, requisito exigido pelo parágrafo único do artigo 83 do Código Penal. Ocorre que a Lei 10.792/2003 alterou a LEP para deixar de ser obrigatória a realização de exame criminológico para aferir o mérito dos condenados para progressão de regime e livramento condicional.

Inúmeras foram as razões para essa alteração, em especial o fato de que os estabelecimentos prisionais, em sua grande maioria, não possuem equipe técnica para a elaboração de exame criminológico. No entanto, a Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça admite a realização de exame criminológico, desde que determinada em decisão motivada do juiz da execução.

Infelizmente, verifica-se que os juízes requisitam os exames criminológicos e tal expediente serve apenas para postergar a concessão dos benefícios, tanto livramento condicional como progressão de regime. Presumir que o liberado não voltará a delinquir nada mais é que exercício de futurologia. Diante do caos do sistema prisional, constatado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 347, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, deveriam ser revistas as exigências para realização de exame criminológico.

Para a concessão do livramento condicional, nos termos do artigo 131 da LEP, serão ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário. O Ministério Público é intimado de todos os atos da execução penal. No entanto, a Lei 10.792/2003 alterou o artigo 70 da LEP e excluiu a emissão de parecer do Conselho Penitenciário sobre livramento condicional das incumbências desse órgão da execução penal.

Sendo assim, entende-se que não há mais necessidade da atuação do Conselho Penitenciário para a concessão do livramento condicional.

Ademais, sobre o procedimento a ser observado, a Lei 13.964/2019 alterou o artigo 112 da LEP, que passou a prever em seu §2º que: “A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.”

Por esta disposição, que regulamento o procedimento para a concessão do Livramento Condicional, verifica-se que a lei não exige a realização de exame criminológico nem o parecer do Conselho Penitenciário.

No Estado de São Paulo, para a concessão dos benefícios em sede de execução penal é juntado aos autos o Boletim Informativo, emitido pelos diretores dos estabelecimentos prisionais através de um sistema denominado GEPEN (Gestão Penitenciária). Neste Boletim são informados todos os dados do sentenciado, como qualificação, situação processual, cálculo de penas, movimentação carcerária, informação de processos criminais extintos e em andamento, faltas disciplinares, trabalho penitenciário, eventuais saídas temporárias e, principalmente, o atestado comprobatório de comportamento carcerário.

O livramento condicional pode ser pleiteado pelo próprio sentenciado, por seu defensor, pelo representante do Ministério Público e até mesmo ser “iniciado ou impulsionado” de ofício pelo juiz, mas ouvidos previamente o promotor de justiça e a defesa. Não se exige capacidade postulatória, razão pela qual o sentenciado possui legitimidade para pleitear o livramento, o que era mais comum antes do processo digital, em que os sentenciados remetiam cartas escritas, que originavam procedimentos judiciais.

CONDIÇÕES DO LIVRAMENTO CONDICIONAL:

Estabelece o artigo 132 da LEP que, “Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.”

O apenado poderá cumprir o restante da pena em liberdade, desde que cumpra as condições legais (obrigatórias) e as condições facultativas (judiciais). Esclarece AVENA (2017, p. 306) que “esse tempo remanescente de pena corresponde ao

chamado *período de prova* ou *período de experiência*, lapso no qual deverá o liberado observar determinadas condições fixadas pelo juiz ao conceder o benefício, sob pena de sua revogação”

O § 1º do artigo 132 estabelece as **condições obrigatórias** do liberado, que sempre serão impostas: a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação; c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

O § 2º do artigo 132 estabelece as **condições facultativas** que poderão ser impostas ao liberado: a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; b) recolher-se à habitação em hora fixada; c) não frequentar determinados lugares.

O artigo 85 do Código Penal estabelece que a sentença concessiva do livramento condicional especificará as condições a que fica subordinado o liberado. Isto porque, em caso de descumprimento das condições, poderá haver a revogação obrigatória ou facultativa do livramento. O juiz deverá, portanto, fixar os termos que deverão ser observados pelo liberado, estabelecendo, por exemplo, o horário em que deverá permanecer em sua residência e a frequência em que deverá comparecer ao cartório da Execução Criminal para justificar suas atividades.

São chamadas de condições legais indiretas as hipóteses de revogação previstas nos artigos 86 e 87 do Código Penal, adiante tratadas.

Os artigos 136 e 137 da LEP tratam da expedição da carta de livramento e da cerimônia solene em que o liberando aceita as condições impostas e assina o termo. Como já mencionado, após a alteração do artigo 70 da LEP não mais se exige parecer do Conselho Penitenciário. No Estado de São Paulo, não há participação do Conselho na cerimônia de liberação, que acontece no interior dos estabelecimentos prisionais, sem a presença do juiz. Em outros Estados isso é possível, como ocorre, por exemplo, no Rio Grande do Norte, que somente suspendeu as cerimônias semanais em razão da pandemia do Covid 19.

Essa cerimônia de livramento, também chamada de audiência de livramento ou admonitória deve ser realizada com a maior brevidade possível. Colocado o sentenciado em liberdade, a partir desta data é que se computa o período depurador da

reincidência, nos termos do artigo 64, inciso I, do Código Penal. Assim, independentemente do período de prova, contados 5 anos da cerimônia do livramento, sem que o sentenciado cometa novo delito, será considerado primário, fato que deve ser observado pelas partes no processo penal, uma vez que as certidões de objeto e pé utilizadas pelo juiz ao condenar – e aplicar ou não a agravante da reincidência – nem sempre fazem menção à data em que o sentenciado foi beneficiado com o livramento condicional e, por isso, podem ocorrer equívocos pois não se pode contar o período depurador da reincidência após a extinção da pena imposta na condenação anterior.

Não há regulamentação legal adequada para a fiscalização quanto ao cumprimento das condições impostas ao sentenciado.

O artigo 139 da LEP prevê “a observação cautelar e a proteção realizadas por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade terão a finalidade de: I - fazer observar o cumprimento das condições especificadas na sentença concessiva do benefício;”

O Projeto de Lei nº 1.596, de 2019 está em tramitação na Câmara dos Deputados para ser criado o cargo de oficial de liberdade condicional acompanhar o cumprimento das condições impostas ao beneficiário do instituto do livramento condicional.

A Lei 12.258/2010, em sua redação original, previu o monitoramento eletrônico para o liberado condicional, mas houve veto presidencial.

Na prática, o descumprimento das condições se verifica comumente nas seguintes hipóteses: pelo não comparecimento do liberado em cartório no prazo fixado pelo juiz; pela mudança de endereço sem prévia comunicação e, principalmente, pela prática de nova infração penal.

SUSPENSÃO, PRORROGAÇÃO E REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.

A LEP regulamenta, nos artigos 140 a 145 as hipóteses de revogação e suspensão do livramento condicional, nos termos abaixo transcritos:

Art. 140. A revogação do livramento condicional dar-se-á nas hipóteses previstas nos artigos 86 e 87 do Código Penal.
Parágrafo único. Mantido o livramento condicional, na hipótese da revogação facultativa, o Juiz deverá advertir o liberado ou agravar as condições.

Art. 141. Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das 2 (duas) penas.

Art. 142. No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento.

Art. 143. A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou, de ofício, pelo Juiz, ouvido o liberado.

Art. 144. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inciso I do caput do art. 137 desta Lei, observado o disposto nos incisos II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Esses dispositivos devem ser analisados em conjunto com o disposto nos artigos 86 a 88 do Código Penal, que tratam das hipóteses de revogação obrigatória, revogação facultativa e dos efeitos da revogação.

Deverá ser revogado o livramento condicional, **obrigatoriamente**, se o liberado for condenado irrecorrivelmente a uma pena privativa de liberdade por crime cometido durante o período de liberdade. Ressalte-se que, até que haja o trânsito em julgado da condenação por delito cometido durante o livramento condicional, não poderá haver revogação, mas tão somente a suspensão do livramento condicional, nos termos do artigo 145 da LEP.

Em sendo revogado o benefício, o tempo que o sentenciado permaneceu em liberdade não será computado como pena cumprida (artigo 88 do Código Penal), e será acrescentado ao cálculo de penas, como interrupção no cumprimento da pena. Além disso, não poderá ser beneficiado novamente com o livramento condicional para esta pena (artigo 142 da LEP). Assim, para novo livramento condicional, deverá cumprir integralmente a pena do delito anterior mais o lapso temporal da nova condenação.

Outra hipótese de revogação obrigatória ocorrerá quando, estando em livramento condicional, sobrevém o trânsito em julgado de condenação à pena privativa de liberdade por crime cometido **anteriormente** ao benefício. Nesta hipótese, deverá ser feita a unificação das penas impostas e, caso o sentenciado já tenha cumprido o requisito objetivo para a concessão do livramento condicional (1/3, 1/2 ou 2/3 - a depender dos delitos cometidos e se o sentenciado é primário ou reincidente), não ocorrerá a revogação, apenas a retificação do cálculo de liquidação das penas.

Se, somadas as penas, não tiver sido atingido o lapso temporal para o livramento, deverá ocorrer a revogação, fixando o juiz o regime para o cumprimento das penas impostas, a depender da quantidade de pena.

Nessa hipótese, o sentenciado não violou uma regra do livramento imposto e, como a revogação se deu por fato pretérito, o tempo em liberdade será considerado pena cumprida e, tão logo seja cumprido o requisito objetivo, poderá ser novamente concedido o livramento condicional.

A revogação será **facultativa** se “o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade” (Artigo 87 do Código Penal). Poderá o juiz suspender cautelarmente o livramento condicional, e conceder prazo para que o liberado justifique o descumprimento das condições.

Nesse caso, o juiz, se entender que não é caso de revogação, deverá advertir o liberado ou agravar as condições (Artigo 140, parágrafo único, da LEP). Se revogar, deverá determinar a prisão do liberado, fixando o regime fechado ou semiaberto para cumprimento do restante da pena, a depender do caso em concreto.

Caso o liberado pratique nova infração penal, o juiz poderá, suspender o livramento condicional ocorrerá, nos termos do artigo 145 da LEP, acima transcrito. A revogação somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da condenação.

Pode ocorrer de ser o liberado preso em flagrante por nova infração penal. Neste caso, o juízo da execução penal será comunicado e, diante da nova prisão, deverá suspender o livramento condicional concedido e determinar a expedição de mandado de prisão. Se, ao final, for o sentenciado absolvido, deverá ser restabelecido o livramento condicional. Se for condenado, revoga-se o livramento condicional,

observando-se os efeitos da revogação já mencionados (acréscimo do período em liberdade no cálculo das penas e impossibilidade de novo livramento condicional pelo crime anterior).

No entanto, pode ocorrer que, por alguma razão, o juiz da execução não tenha conhecimento da nova infração e não suspenda nem prorogue o livramento condicional. Devem ser analisados os artigos 145 e 146 da LEP bem como os artigos 89 e 90 do Código Penal, que tratam da extinção da pena.

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente vinha entendendo no sentido de que, em não havendo suspensão, prorrogação ou revogação antes do término do período de prova, ainda que houvesse novo delito, estaria extinta a pena do liberado. Nesse sentido:

“[...] LIVRAMENTO CONDICIONAL. CRIME COMETIDO DURANTE O PERÍODO DE PROVA. [...] POSTERIOR SUSPENSÃO, REVOGAÇÃO OU PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PENA. ART. 90 DO CÓDIGO PENAL. [...] Compete ao Juízo das Execuções Criminais determinar a suspensão do livramento condicional, cautelarmente, quando cometido novo delito durante a sua vigência para depois, se for o caso, revogá-lo (art. 145 da Lei de Execução Penal). 2. Consoante entendimento consolidado nesta Corte Superior, não ocorrendo o sobrestamento durante o período de prova, descabida é a sua revogação posterior, devendo ser declarada a extinção da pena, nos termos do art. 90 do Código Penal. [...]” (AgRg no HC 394664 MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 30/10/2017)

O Código Penal, em seu artigo 89 determina que o juiz não poderá declarar extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado por crime cometido na vigência do livramento. Trata-se da prorrogação do benefício, que parte da doutrina e da jurisprudência entendem ser automática.

No entanto, apesar desta disposição, em 2018 o Superior Tribunal de Justiça editou súmula nos seguintes termos:

Súmula 617 – A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena. (Súmula 617, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2018, DJe 01/10/2018)

Deste modo, caso o liberado cometa novo delito no chamado *período de prova*, deverá haver decisão judicial, a ser proferida pelo juiz da execução penal, prorrogando ou suspendendo o benefício, caso em que será determinada a expedição de mandado de prisão. Caso isso não ocorra até o término do período de prova, que é a data do término do cumprimento da pena, deverá ser declarada a extinção da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 146 da LEP.

Ocorrendo a suspensão, em caso de condenação pelo novo delito com prisão preventiva e guia de recolhimento cadastrada, é feito um cálculo provisório, considerando o tempo de liberdade como interrupção na pena privativa de liberdade. Se confirmada a nova condenação, será revogado o livramento condicional. Se absolvido, deverá ser restabelecido o benefício.

Se o livramento não for prorrogado, suspenso ou revogado até a data em que previsto o cumprimento da pena, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (artigo 90 do Código Penal e artigo 146 da LEP).

A decisão judicial apenas **declara** a extinção da punibilidade, devendo ser considerada a data prevista para o término da pena. Apesar dessa extinção da pena, como já mencionado, deve ser observado o disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, ao determinar que, para efeitos de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Ou seja, o prazo de 5 (cinco) anos se inicia com a cerimônia do livramento, independentemente da data do término do período de prova.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – **Tratado de direito penal**. Volume 1 - 26. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

ISHIDA, Válter Kenji. **Prática Jurídica de Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

JESUS, Damásio de. Parte geral / Damásio de Jesus ; atualização André Estefam. – **Direito penal vol. 1**- 37. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal** : teoria crítica / Rodrigo Duque Estrada Roig. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

TÍTULO IV – DA GRAÇA, DO INDULTO, DA ANAISTIA E DA REHABILITAÇÃO

CAPÍTULO I – DA GRAÇA, DO INDULTO E DA ANISTIA

Robson Ferreira de Carvalho¹
(arts. 734 ao 750)

Todos os dispositivos do Capítulo I do Título IV do Código de Processo penal foram tacitamente revogados pela Lei 7.210 de 11 de julho de 1984.

Art. 734. A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.

Art. 735. A petição de graça, acompanhada dos documentos com que o impetrante a instruir, será remetida ao ministro da Justiça por intermédio do Conselho Penitenciário.

Art. 736. O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo, e depois de ouvir o diretor do estabelecimento penal a que estiver recolhido o condenado, fará, em relatório, a narração do fato criminoso, examinará as provas, mencionará qualquer formalidade ou circunstância omitida na petição e exporá os antecedentes do condenado e seu procedimento depois de preso, opinando sobre o mérito do pedido.

Art. 737. Processada no Ministério da Justiça, com os documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição subirá a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar.

Art. 738. Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena.

Art. 739. O condenado poderá recusar a comutação da pena.

¹ Advogado. Graduado em Direito pela UNIP – Universidade Paulista. Pós-graduado em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal pela UNIRP – Centro Universitário de Rio Preto. Especialista em direito penal, execução penal e processo penal.

Art. 740. Os autos da petição de graça serão arquivados no Ministério da Justiça.

Art. 741. Se o réu for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no art. 738.

Art. 742. Concedida a anistia após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, declarará extinta a pena.

Ponderações são necessárias quanto aos institutos retrocitados, quanto a GRAÇA, muito embora a Constituição Federal, mencione no inciso XLIII, do art. 5º, esse instituto está esquecido no tempo, isso porque a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, em seus artigos 187 a 193, somente se refere a ANISTIA, INDULTO COLETIVO e INDULTO INDIVIDUAL, não mais fazendo menção a GRAÇA.

A Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, primeiramente se refere a ANISTIA, medida fundamentada no interesse coletivo (AVENA, 2020, p.638), comumente utilizada em crimes políticos, militares ou eleitorais, muito embora, possa se referir noutra infração. Tal benesse é concedida pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (art. 48, VIII, CF/88) por meio do qual se “perdoa” a “prática de determinado fato criminoso”. É concedida por intermédio de uma lei federal, entretanto, normalmente, quem define seu alcance é o Poder Judiciário, e a partir dessa interpretação, concede o benefício aquele que pleitear, entretanto, pode ser concedida “de ofício” pelo juiz. Pode ser concedida antes da condenação, e neste caso será, quanto sua classificação, própria, ou, após a condenação, quando será imprópria. Irrestrita quando atinge todos os autores da infração, ou restrita, quando exige uma condição pessoal do autor da infração, pode ainda, a ANISTIA, condicionar sua concessão. Quanto aos reflexos, a ANISTIA extingue o efeito principal (pena) decorrente da sentença e extingue os efeitos secundários (multa) de natureza penal, PORÉM, não produz qualquer repercussão sobre os efeitos extrapenais. Assim, concedida após a condenação definitiva, não impede que seja a sentença criminal normalmente executada no juízo cível para efeitos de reparação dos danos provocados à vítima (AVENA, 2020, p.639).

Quanto ao INDULTO INDIVIDUAL (anteriormente chamado de graça) e INDULTO COLETIVO, constituem outras formas de perdão, entretanto estas apagam o efeito executório da pena, portanto, são concedidos na fase de execução da pena, a

meu ver, se houver somente recurso da defesa e não do Ministério Público, ainda que provisória. Ambos os institutos apenas podem ser concedidos pelo Presidente da República, embora possa ele delegar essa atribuição ao Ministro de Estado ou a outras autoridades, nos termos do art. 84, XII e parágrafo único, da Constituição Federal (AVENA, 2020, p.639). São concedidos por intermédio de um decreto, e pode ser parcial, quando diminui a pena (comutação) ou pelo, quando extingue totalmente a pena. Pode impor condições (condicionado ou incondicionado) e exigências (restrito ou irrestrito). Quanto aos reflexos, tanto o INDULTO INDIVIDUAL quanto o INDULTO COLETIVO somente extinguem o efeito principal do crime (pena), subsistindo tanto os efeitos penais secundários (multa) quanto os efeitos de natureza civil, (Súmula 631 do STJ). O INDULTO INDIVIDUAL, é um benefício com destinatário certo, e depende de um pedido do sentenciado, já o INDULTO COLETIVO, é um benefício sem destinatário certo e é concedido de ofício, ou seja, não depende de provocação.

Súmulas / Jurisprudências 535 e 631 STJ. STF - HC 115099, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 19/02/2013; STJ - HC 126.077-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/10/2010; HC 147.982-MS, DJe 21/6/2010; HC 137.223-RS, DJe 29/3/2010; HC 142.779-RS, DJe 01/2/2010, e HC 141.211-RS, DJe 23/11/2009; STF – HC 96431, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 14/04/2009; STF – RE 452991/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07/04/2009;.

CAPÍTULO II – DA REABILITAÇÃO

Robson Ferreira de Carvalho²

Parte dos dispositivos do Capítulo II do Título IV do Código de Processo penal foram revogados tacitamente, isso nos aspectos que lhe eram conflitantes, com a Lei 7.209 de 11 de julho de 1984.

² Advogado. Graduado em Direito pela UNIP – Universidade Paulista. Pós-graduado em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal pela UNIRP – Centro Universitário de Rio Preto. Especialista em direito penal, execução penal e processo penal.

Art. 743. A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo.

Art. 744. O requerimento será instruído com:

I - certidões comprobatórias de não ter o requerente respondido, nem estar respondendo a processo penal, em qualquer das comarcas em que houver residido durante o prazo a que se refere o artigo anterior;

II - atestados de autoridades policiais ou outros documentos que comprovem ter residido nas comarcas indicadas e mantido, efetivamente, bom comportamento;

III - atestados de bom comportamento fornecidos por pessoas a cujo serviço tenha estado;

IV - quaisquer outros documentos que sirvam como prova de sua regeneração;

V - prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou persistir a impossibilidade de fazê-lo.

Art. 745. O juiz poderá ordenar as diligências necessárias para apreciação do pedido, cercando-as do sigilo possível e, antes da decisão final, ouvirá o Ministério Público.

Art. 746. Da decisão que conceder a reabilitação haverá recurso de ofício.

Art. 747. A reabilitação, depois de sentença irrecorrível, será comunicada ao Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere.

Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

Art. 749. Indeferida a reabilitação, o condenado não poderá renovar o pedido senão após o decurso de dois anos, salvo se o indeferimento tiver resultado de falta ou insuficiência de documentos.

Art. 750. A revogação de reabilitação (Código Penal, art. 120) será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

A REABILITAÇÃO é a declaração judicial de reinserção do sentenciado ao gozo de determinados direitos, que foram atingidos pela condenação. Cuidava-se, antes da Reforma Penal de 1984, de causa extintiva da punibilidade. Hoje, é instituto autônomo, regulado nos arts. 93 a 95 do Código Penal (NUCCI, 2016, p.1.047).

Presentes os requisitos do art. 94 do Código Penal, deverá ser requerida ao juiz da sentença, já que não é contemplado este instituto pela Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) e tampouco inserido entre as competências do juiz da execução, as quais estão arroladas no art. 66 da LEP (AVENA, 2020, p.2240). Trata-se de instituto autônomo que visa suspender alguns efeitos penais da sentença condenatória. Logo, não se trata de causa extintiva da punibilidade, isso porque está sujeita a revogação (art. 95 do Código Penal). Reforma Penal de 1984, prevalecendo, agora, o estipulado no Código Penal. Assim, para qualquer caso, o prazo para ser requerida é de dois anos, contados do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou findar a sua execução, computando-se, nesse prazo, o período de prova do sursis e do livramento condicional, não revogados, acrescente-se, ainda, a extinção da pena por qualquer modo (art. 94, Código Penal) e não somente pela sua execução. Imagine-se a ocorrência da prescrição da pretensão executória: seria a extinção da punibilidade. embora sem o cumprimento da sanção penal fixada. Quanto aos requisitos, muito embora o art. 94 do Código Penal faça referências a outros requisitos (ter domicílio no País durante os dois anos após a extinção da pena; ter dado, nesse prazo, mostra de bom comportamento público e privado; ter ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstrado não ter condições de fazê-lo), aparentemente diferentes dos constantes neste artigo, continua em vigor o disciplinado no art. 744, pois, na essência, os documentos exigidos na lei processual penal apenas confirmam o disposto no Código Penal. Enfim, deve o condenado dar efetiva demonstração de bom comportamento público e privado, o que será comprovado pela juntada das certidões e atestados previstos no art. 744. (NUCCI, 2016, p.1.048). Pode ainda o magistrado ordenar diligências necessárias para apreciação do pedido, contudo devem ser sigilosas, isso porque, de nada adianta a reabilitação e houver publicidade do ato. Assim, proferida a decisão concessiva da reabilitação, deve o magistrado submetê-la ao duplo grau de jurisdição obrigatório (NUCCI, 2016, p.1.048). Observe-se que a decisão concessiva da reabilitação criminal exige reexame necessário (art. 746 do CPP). Destarte, ainda que não haja recurso voluntário interposto pelo Ministério Público contra tal deliberação, impõe-se ao magistrado encaminhar, ex officio ao Tribunal, sua decisão, para reexame (AVENA, 2020, p.2249). não tendo o Código Penal disciplinado prazo mínimo para reingressar com o pedido (art. 94, parágrafo único), estabelecendo somente que o prazo de dois anos deve ser respeitado para a apresentação do pedido de reabilitação, segundo nos

parece, está revogado este dispositivo. O condenado pode reapresentar o seu pedido assim que entender conveniente (NUCCI, 2016, p.1.048).

Além do recurso oficial, pode a parte interessada interpor apelação caso seja concedida a (o Ministério Público, se for concedida, por exemplo; negada, cabe a irresignação por parte do requerente). No mesmo sentido, está a lição de Carlos Frederico Coelho Nogueira (Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança, p. 139). Na jurisprudência: TJSP: Recurso de Ofício no 90000004-12.2005.8.26.0323, 15.^a C., rel. Guilherme de Souza Nucci, 07.08.2014, v.u.; Recurso de Ofício 990.10.183584-3, 16.^a Câ., 21.09.2010, v.u., rel. Almeida Toledo (NUCCI, 2016, p.1.048). está sujeita à revogação, que ocorrerá se presente a hipótese do art. 95 do Código Penal, qual seja, a condenação superveniente do reabilitado, como reincidente, à pena que não seja a de multa. A revogação poderá ser decretada pelo magistrado ex officio ou a requerimento do Ministério Público, nos termos do art. 750 do Código de Processo Penal. Revogada a reabilitação, os efeitos suspensos da condenação, em tese, deveriam ser revigorados. Independentemente deste raciocínio, a verdade é que apenas a inabilitação para dirigir veículos (art. 92, III, do CP) pode ser reativada com a revogação da reabilitação. Não se pode cogitar, por exemplo, que a superveniência da revogação permita a cassação do mandato do indivíduo que se elegeu a novo cargo depois de reabilitado, ou determinar a perda do cargo daquele que prestou concurso público. Também, paradoxal e até mesmo potencialmente prejudicial aos interesses dos incapazes, conceber-se a (re)suspensão do poder familiar, tutela e curatela. Por fim, não há de se cogitar em reaparecimento dos registros criminais para fins externos (folha corrida), pois estes registros, como já vimos, desaparecem com o cumprimento e extinção da pena (art. 202 da LEP), independentemente da reabilitação (AVENA, 2020, p.2249/2250).

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Método, 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

TÍTULO V – DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Mariana Pascon Scrivante Galli ¹
(arts. 751 ao 765)

Este capítulo foi tacitamente revogado pela Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, a qual passou a dispor sobre a Execução das Medidas de Segurança, no Título VI, arts.171 à 179 da referida Lei.

Assim, para a execução das Medidas de Segurança, deve-se adotar os parâmetros instituídos pela LEP.

Art. 751. Durante a execução da pena ou durante o tempo em que a ela se furtar o condenado, poderá ser imposta medida de segurança, se:

I - o juiz ou o tribunal, na sentença:

- a) omitir sua decretação, nos casos de periculosidade presumida;
- b) deixar de aplicá-la ou de excluí-la expressamente;
- c) declarar os elementos constantes do processo insuficientes para a imposição ou exclusão da medida e ordenar indagações para a verificação da periculosidade do condenado;

Art. 752. Poderá ser imposta medida de segurança, depois de transitar em julgado a sentença, ainda quando não iniciada a execução da pena, por motivo diverso de fuga ou ocultação do condenado:

I - no caso da letra a do nºI do artigo anterior, bem como no da letra b, se tiver sido alegada a periculosidade;

II - no caso da letra c do nºI do mesmo artigo.

Art. 753. Ainda depois de transitar em julgado a sentença absolutória, poderá ser imposta a medida de segurança, enquanto não decorrido tempo equivalente ao da sua duração mínima, a indivíduo que a lei presuma perigoso.

Art. 754. A aplicação da medida de segurança, nos casos previstos no arts. 751 e 752, competirá ao juiz da execução da pena, e, no caso do art. 753, ao juiz da sentença.

¹ formada desde o ano de 2010, com atuação profissional desde de 2011. Pós-Graduação em Direito Processual Penal.

Art. 755. A imposição da medida de segurança, nos casos dos arts. 751 a 753, poderá ser decretada de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Parágrafo único. O diretor do estabelecimento penal, que tiver conhecimento de fatos indicativos da periculosidade do condenado a quem não tenha sido imposta medida de segurança, deverá logo comunicá-los ao juiz.

Art. 756. Nos casos do no I, a e b, do art. 751, e no I do art. 752, poderá ser dispensada nova audiência do condenado.

Art. 757. Nos casos do no I, c, e no II do art. 751 e no II do art. 752, o juiz, depois de proceder às diligências que julgar convenientes, ouvirá o Ministério Público e concederá ao condenado o prazo de três dias para alegações, devendo a prova requerida ou reputada necessária pelo juiz ser produzida dentro em dez dias.

§ 1º O juiz nomeará defensor ao condenado que o requerer.

§ 2º Se o réu estiver foragido, o juiz procederá às diligências que julgar convenientes, concedendo o prazo de provas, quando requerido pelo Ministério Público.

§ 3º Findo o prazo de provas, o juiz proferirá a sentença dentro de três dias.

Art. 758. A execução da medida de segurança incumbirá ao juiz da execução da sentença.

Art. 759. No caso do art. 753, o juiz ouvirá o curador já nomeado ou que então nomear, podendo mandar submeter o condenado a exame mental, internando-o, desde logo, em estabelecimento adequado.

Art. 760. Para a verificação da periculosidade, no caso do § 3o do art. 78 do Código Penal, observar-se-á o disposto no art. 757, no que for aplicável.

Art. 761. Para a providência determinada no art. 84, § 2o, do Código Penal, se as sentenças forem proferidas por juízes diferentes, será competente o juiz que tiver sentenciado por último ou a autoridade de jurisdição prevalente no caso do art. 82.

Art. 762. A ordem de internação, expedida para executar-se medida de segurança detentiva, conterá:

I - a qualificação do internando;

II - o teor da decisão que tiver imposto a medida de segurança;

III - a data em que terminará o prazo mínimo da internação.

Art. 763. Se estiver solto o internando, expedir-se-á mandado de captura, que será cumprido por oficial de justiça ou por autoridade policial.

Art. 764. O trabalho nos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1º, III, do Código Penal, será educativo e remunerado, de modo que assegure ao internado meios de subsistência, quando cessar a internação.

§ 1º O trabalho poderá ser praticado ao ar livre.

§ 2º Nos outros estabelecimentos, o trabalho dependerá das condições pessoais do internado.

Art. 765. A quarta parte do salário caberá ao Estado ou, no Distrito Federal e nos Territórios, à União, e o restante será depositado em nome do internado ou, se este preferir, entregue à sua família.

O conceito de Medida de Segurança não está expresso no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se exclusivamente de conceitos doutrinários.

“Trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.” (NUCCI, 2013, pg.19).

“A medida de segurança, diferentemente de como muitos pensam, é especificamente a imposição ao doente mental, por sentença transitada em julgado, de um tratamento psiquiátrico, seja na forma ambulatorial, seja na de internamento. Assim, a medida de segurança não é uma sanção penal, que tem em seu conteúdo uma repressão, mas tão somente uma medida eficaz de tratar o doente que praticou um fato descrito como crime, mas que não gozava das faculdades mentais quando realizou a conduta.” (NUNES, 2009, pg.163).

A Medida de Segurança deve ser tratada como uma sanção penal de caráter não prisional e sim de caráter preventivo, imposta pelo Estado aos indivíduos considerados inimputáveis e semi-inimputáveis. Aqueles que ao tempo da ação ou omissão, não eram capaz de entender o caráter ilícito do fato, previsto nos artigos 26, 96 e 97 do Código Penal Brasileiro.

Informativo nº 662 do STJ - Na aplicação do art. 97 do Código Penal não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável.

“Art. 97 do Código Penal. Inimputabilidade do réu. Crime punido com pena de reclusão. Sentença absolutória imprópria. Medida de segurança. Internação em manicômio judiciário. Substituição por tratamento ambulatorial. Possibilidade.

A Quinta Turma do STJ, há muito, firmou entendimento no sentido de que, "conforme a dicção do art. 97 do Código Penal, tratando-se de crime punível com reclusão, descabe a substituição da internação em hospital de custódia por tratamento ambulatorial". Lado outro, a Sexta Turma, em sucessivos julgados, tem proclamado a tese de que, "na fixação da medida de segurança, por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente, é cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade". A doutrina brasileira majoritariamente tem se manifestado acerca da injustiça da referida norma, por padronizar a aplicação da sanção penal, impondo ao condenado, independentemente de sua periculosidade, medida de segurança de internação em hospital de custódia, em razão de o fato previsto como crime ser punível com reclusão. Nesse contexto deve prevalecer a jurisprudência da Sexta Turma. (EREsp 998.128-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 27/11/2019, DJe 18/12/2019)

A Medida de Segurança deverá ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença penal que absolveu o réu impropriamente, devendo o considerado inimputável ser internado e tratado em estabelecimento adequado, entretanto aos juristas o entendimento majoritário é que cabe ao julgador optar pelo tratamento mais adequado e que surtirá mais efeitos ao inimputável, indiferente se o fato criminoso seja com pena de detenção ou reclusão, porém a lei é clara que somente poderá o juiz modificar o tratamento ao doente se a pena do mesmo for de detenção, artigo 97 do Código Penal.

- Súmula 525 STF: "A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido."

O prazo mínimo de internação deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. De acordo com o artigo 97 do Código Penal, a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.

A perícia médica será realizada ao término do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. Portanto, o prazo para cumprimento da medida de segurança não se compara ao prazo de pena de um delito cometido por indivíduo que não sofre de patologia mental, pois há prazo pré estabelecido para o cumprimento da pena, não maior a 30 anos, enquanto

na medida de segurança há um prazo mínimo, porém nunca máximo.

Se o agente desinternado, antes do lapso de um ano, praticar fato que indique a persistência da periculosidade, será revogada a desinternação ou a liberação condicional e restabelecida a situação anterior, a periculosidade do indivíduo é presumida.

“A lei presume a periculosidade dos inimputáveis, determinando a aplicação da medida de segurança aquele que cometeu o ilícito e se apresenta nas condições do art. 26 (art. 97). Nesse caso, a aplicação da medida de segurança é obrigatória, não podendo ser dispensada apenas porque o agente já está sendo voluntária e particularmente submetido a tratamento. [...]” (MIRABETTI, 2010, pg. 377).

Após o prazo de um ano, se o agente não voltar a apresentar periculosidade, considera-se a medida de segurança extinta.

A internação será realizada em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou na falta deste, em outro estabelecimento adequado, podendo ser em estabelecimento comum ou particular, porém nunca em presídio público. Ao iniciar a internação, é obrigatório a realização de exame criminológico, recomenda-se juntamente o exame de personalidade para a classificação da doença, para que verifique a melhor maneira de desenvolver o tratamento.

Além disso, ao iniciar a internação, é obrigatória a realização do exame criminológico, e também recomendável o exame de personalidade para a classificação, com o escopo de possibilitar a individualização do tratamento. E, de acordo com o artigo 99 do Código Penal, o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a um tratamento adequado.

Quanto ao prazo de cumprimento das medidas de segurança, é indeterminado, enquanto não verificada a cessação da periculosidade do agente, mas a sentença que decide pela absolvição imprópria do doente mental, obrigatoriamente, deverá estabelecer um prazo mínimo de duração, que poderá ser de um a três anos.

No decorrer da execução da medida de segurança, o juiz poderá mediante requerimento do Ministério Público ou do advogado do interessado, solicitar exame para verificar a cessação da periculosidade, ainda que não tenha findado o prazo mínimo do cumprimento da medida. Encerrado este prazo, realizar-se-á o exame de cessação da periculosidade, iniciado de ofício pela autoridade administrativa. A

desinternação está condicionada à cessação da periculosidade.

Se houver a cessação da periculosidade, o juiz determinará por sentença, a desinternação do doente ou a sua liberação condicional, no caso de tratamento ambulatorial. A liberação somente se dará após o trânsito em julgado desta sentença, conforme o art. 179 da LEP.

A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade, mediante perícia médica. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. De acordo com o artigo 97 do Código Penal, a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.

A perícia médica será realizada ao término do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. Portanto, o prazo para cumprimento da medida de segurança não se compara ao prazo de pena de um delito cometido por indivíduo que não sofre de patologia mental, pois há prazo pré estabelecido para o cumprimento da pena, não maior a 30 anos, enquanto na medida de segurança há um prazo mínimo.

Súmula 527 do STJ - O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. (Súmula 527, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015)

O artigo 28 da LEP preleciona a possibilidade de trabalho do apenado de uma forma geral, merecendo destaque o fato de que para o inimputável ou semi-imputável exercê-lo depende de autorização médica, concedida após perícia técnica que ateste a possibilidade do internado em desempenhar funções laborativas dentro da sua capacidade.

O trabalho se apresenta como uma verdadeira ferramenta ressocializadora do preso à sociedade e tem sua previsão na LEP tanto como um direito (art. 41, II da LEP), bem como um dever (art. 39, V da LEP) do apenado, com a finalidade educativa e produtiva (art.28 da LEP).

Importante sopesar que, o dever ao trabalho que preconiza a LEP não se trata de trabalho forçado, vedado pelos ditames constitucionais (art. 5º, XLVII, c, da CRFB/88).

TÍTULO V – DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA (continuação)

*Andréia Cristina da Silva Moukakou*¹

*Bruno José Valentim da Silveira*²

*Ingryd Silvério dos Santos*³
(arts. 767 ao 779)

Art. 766. A internação das mulheres será feita em estabelecimento próprio ou em seção especial.

Art. 767. O juiz fixará as normas de conduta que serão observadas durante a liberdade vigiada.

§ 1º Serão normas obrigatórias, impostas ao indivíduo sujeito à liberdade vigiada:

- a) tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;
- b) não mudar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização deste.

§ 2º Poderão ser impostas ao indivíduo sujeito à liberdade vigiada, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de habitação sem aviso prévio ao juiz, ou à autoridade incumbida da vigilância;
- b) recolher-se cedo à habitação;
- c) não trazer consigo armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender;
- d) não frequentar casas de bebidas ou de tavolagem, nem certas reuniões, espetáculos ou diversões públicas.

§ 3º Será entregue ao indivíduo sujeito à liberdade vigiada uma caderneta, de que constarão as obrigações impostas.

Art. 768. As obrigações estabelecidas na sentença serão comunicadas à autoridade policial.

Art. 769. A vigilância será exercida discretamente, de modo que não prejudique o indivíduo a ela sujeito.

Art. 770. Mediante representação da autoridade incumbida da vigilância, a requerimento do Ministério Público ou de ofício, poderá o juiz modificar as normas fixadas ou estabelecer outras.

¹ Advogada. Graduada em Direito. Graduada em Engenharia Elétrica. Pós Graduada em direito penal e direito processual penal.

² Advogado. Graduado em Direito. Graduado em História.

³ Advogada. Pós graduanda em Direito.

Art. 771. Para execução do exílio local, o juiz comunicará sua decisão à autoridade policial do lugar ou dos lugares onde o exilado está proibido de permanecer ou de residir.

§ 1º O infrator da medida será conduzido à presença do juiz que poderá mantê-lo detido até proferir decisão.

§ 2º Se for reconhecida a transgressão e imposta, conseqüentemente, a liberdade vigiada, determinará o juiz que a autoridade policial providencie a fim de que o infrator siga imediatamente para o lugar de residência por ele escolhido, e oficiará à autoridade policial desse lugar, observando-se o disposto no art. 768.

Art. 772. A proibição de frequentar determinados lugares será comunicada pelo juiz à autoridade policial, que lhe dará conhecimento de qualquer transgressão.

Art. 773. A medida de fechamento de estabelecimento ou de interdição de associação será comunicada pelo juiz à autoridade policial, para que a execute.

Art. 774. Nos casos do parágrafo único do art. 83 do Código Penal, ou quando a transgressão de uma medida de segurança importar a imposição de outra, observar-se-á o disposto no art. 757, no que for aplicável.

Art. 775. A cessação ou não da periculosidade se verificará ao fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança pelo exame das condições da pessoa a que tiver sido imposta, observando-se o seguinte:

I - o diretor do estabelecimento de internação ou a autoridade policial incumbida da vigilância, até um mês antes de expirado o prazo de duração mínima da medida, se não for inferior a um ano, ou até quinze dias nos outros casos, remeterá ao juiz da execução minucioso relatório, que o habilite a resolver sobre a cessação ou permanência da medida;

II - se o indivíduo estiver internado em manicômio judiciário ou em casa de custódia e tratamento, o relatório será acompanhado do laudo de exame pericial feito por dois médicos designados pelo diretor do estabelecimento;

III - o diretor do estabelecimento de internação ou a autoridade policial deverá, no relatório, concluir pela conveniência da revogação, ou não, da medida de segurança;

IV - se a medida de segurança for o exílio local ou a proibição de frequentar determinados lugares, o juiz, até um mês ou quinze dias antes de expirado o prazo mínimo de duração, ordenará as diligências necessárias, para verificar se desapareceram as causas da aplicação da medida;

V - junto aos autos o relatório, ou realizadas as diligências, serão ouvidos sucessivamente o Ministério Público e o curador ou o defensor, no prazo de três dias para cada um;

VI - o juiz nomeará curador ou defensor ao interessado que o não tiver;

VII - o juiz, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que já expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;

VIII - ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o número anterior o juiz proferirá a sua decisão, no prazo de três dias.

Art. 776. Nos exames sucessivos a que se referem o § 1º, II, e § 2º do art. 81 do Código Penal, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto no artigo anterior.

Art. 777. Em qualquer tempo, ainda durante o prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o tribunal, câmara ou turma, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, seu defensor ou curador, ordenar o exame, para a verificação da cessação da periculosidade.

§ 1º Designado o relator e ouvido o procurador-geral, se a medida não tiver sido por ele requerida, o pedido será julgado na primeira sessão.

§ 2º Deferido o pedido, a decisão será imediatamente comunicada ao juiz, que requisitará, marcando prazo, o relatório e o exame a que se referem os ns. I e II do art. 775 ou ordenará as diligências mencionadas no no IV do mesmo artigo, prosseguindo de acordo com o disposto nos outros incisos do citado artigo.

Art. 778. Transitando em julgado a sentença de revogação, o juiz expedirá ordem para a desinternação, quando se tratar de medida detentiva, ou para que cesse a vigilância ou a proibição, nos outros casos.

Art. 779. O confisco dos instrumentos e produtos do crime, no caso previsto no art. 100 do Código Penal, será decretado no despacho de arquivamento do inquérito, na sentença de impronúncia ou na sentença absolutória.

Os artigos de nº 766 ao 779, transcritos acima, foram tacitamente revogados pela nova redação dada ao Código Penal pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 e também pela Lei de Execução Penal, a LEP, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.

Com relação a internação de mulheres, o cumprimento das medidas de segurança previstas no art. 96 do Código Penal, deverá ocorrer dentro de estabelecimento próprio ou em seção especial (também conhecido como “ala” especial).

Dispõe ainda, o § 2º do Art. 77 da LEP, que no estabelecimento destinado às mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, incluindo direção, administrativo, serviço especializado e vigilância, admitindo-se exceção quando se tratar de pessoal técnico especializado.

Ou seja, no mesmo sentido do que prevê o art. 766 do CPP, prevê o art. 82, §1º da LEP:

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

A mencionada distinção está amparada pela Constituição Federal em seu art. 5ª, XLVIII, que prevê: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Ademais, convém mencionar que o ordenamento penal em vigência preza com bravura pela “Dignidade da Pessoa Humana”, nos moldes do que preceitua o art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, razão pela qual, as mulheres deverão permanecer em estabelecimentos ou seções diversas aos homens.

Por óbvio, a providência estatal pautada no *jus puniendi*, impõe este tratamento diferenciado em razão de suas condições ligadas ao seu gênero, tendo em vista a possibilidade de abusos ou violências que estas mulheres poderiam sofrer em Hospitais de Custódia ou em Locais de Tratamento Ambulatorial aonde os dois sexos permaneçam misturados.

Neste mesmo sentido, por analogia e estendendo a interpretação às outras condições relativas ao gênero, bem como, às suas vulnerabilidades, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o HC: 497226 RS 2019/0065773-1, decidiu que manter um transexual em ala masculina é incompatível com a sua identidade de gênero e uma violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante de um contexto interpretativo extensivo, a separação das alas e estabelecimentos com relação ao gênero, é uma medida estabelecida pelo legislador, bem como, pelos tribunais superiores, que objetiva coibir qualquer tipo de violência dentro destes estabelecimentos.

A Desinternação descrita no art. 767 do CPP, também conhecida como Liberdade Viglada, é a uma medida de segurança não detentiva, que objetiva a reabilitação social, de forma progressiva, sob alguns requisitos e vigilância da autoridade responsável.

Nestes casos, é preciso seguir a inteligência do art. 178 da LEP, que prevê:

Art. 178. Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (artigo 97, § 3º, do Código Penal), aplicar-se-á o disposto nos artigos 132 e 133 desta Lei.

Ou seja, deverá seguir o procedimento do “Livramento Condicional” previsto no art. 132 e 133, ambos da LEP:

Art. 132. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não freqüentar determinados lugares.

Art. 133. Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do Juízo da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao Juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção.

Insta destacar que o cumprimento das obrigações impostas (Art. 132, §§1º e 2º, LEP) não poderá ser feito de forma vexatória, de modo a prejudicar a imagem e a honra do indivíduo sujeito às regras.

O art. 770 do CPP prevê que o Juiz, de ofício ou a requerimento do representante do órgão ministerial, poderá modificar as normas estabelecidas ou estabelecer outras. Tal procedimento se mantém, agora parametrizado pela LEP, especialmente no art. 66, V, “f”, art. 68, II, “f” e art. 81-B, I, “j”, todos da LEP.

A medida de segurança de Exílio Local, prevista no art. 771, foi revogada tacitamente pela lei nº 7.209/84, e atualmente vige no CPM (art. 116) e CPPM (art. 667), motivo pelo qual resolvemos descrever tal medida: Exílio local consiste na proibição de que o indivíduo sujeito à liberdade vigiada, resida ou permaneça, durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca em que o crime foi praticado, conforme definição do art. 116 do CPM.

O art. 772 do CPP, encontra correspondência no art. 178 da LEP, que dispõe que nas hipóteses de desinternação, aplica-se o disposto no art, 132 e 133 da LEP, que dispõe:

Art. 132. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não frequentar determinados lugares.
- d) (VETADO)

Art. 133. Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do Juízo da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao Juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção.

A proibição de frequentar determinados lugares, consiste em privar o indivíduo sujeito à liberdade vigiada, durante o período de prova de um ano, previsto no §3º do art. 97 do CP, e será comunicada pelo juiz à autoridade policial. Ficando, a autoridade policial, responsável por comunicar o Juiz do descumprimento da proibição.

A desinternação será sempre condicional, e caso o agente, antes do decurso de um ano, pratique fato que indique a persistência de sua periculosidade, deverá ser revogada a desinternação e restabelecida a situação anterior (§ 3º do art. 97 do CP).

A medida de segurança prevista no art. 773 do CPP, foi revogada tacitamente pela lei nº 7.209/84, e atualmente vige no CPM (art. 118) e CPPM (art. 669), dispondo que o fechamento de estabelecimento ou interdição de associação ocorrerá, se estes servirem como meio ou pretexto para a prática de ilícito penal. Já a interdição, consiste na proibição da associação exercer sua atividade no mesmo, ou em outro local. Ocorrendo o fechamento de estabelecimento ou interdição de associação, o juiz comunicará a autoridade policial para que este a execute a medida.

O art. 774 do CPP, aborda um tema bastante discutido na doutrina e na jurisprudência. Tratando da necessidade, ou não, do Exame Criminológico para o

Livramento Condicional, importante para o estudo Penal, tendo em vista que é o procedimento a ser seguido para o caso de mudanças nas aplicações das medidas de segurança.

A grande ressalva se dá em relação ao parágrafo único do art. 83, CP, que estabelece ao condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a subordinação do Exame Criminológico.

Ocorre que tal subordinação ainda é muito discutida entre os estudiosos do direito, principalmente com relação a sua admissibilidade. No entanto, o entendimento nas cortes superiores é unânime, uma vez que o art. 112 da LEP não vedou a realização do Exame Criminológico em casos excepcionais, devendo sempre haver fundamentação idônea.

Destaca-se, um recente entendimento do Ministro Sebastião Reis Junior: “A periculosidade de autores de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça é presumida pela lei, que exige sejam submetidos, para fins de livramento condicional, à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir” (Art. 83, parágrafo único, CP).” (STJ - HC: 579649 SP 2020/0107484-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 19/05/2020)

Os artigos 775, 776 e 777 do CPP foram revogados tacitamente pelos artigos 175 a 177 da LEP, que dispõem que a verificação de periculosidade poderá ser ordenada pelo juiz a qualquer tempo, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor. Sendo que a averiguação será realizada observando-se algumas novas condições: I – a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida; II – o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico; III – juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um; IV – o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver; V – o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança; VI – ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.

Nesse sentido, dispõe a súmula 520 do STF, que não há disposição legal exigindo que o sentenciado tenha cumprido mais da metade do prazo da medida de segurança imposta, para requerer exame para verificação da cessação da periculosidade. Assim, independente da instância onde esteja sendo julgado, a qualquer tempo da duração da medida de segurança, poderá ser requerido o exame. Tal entendimento é plenamente de acordo com o art. 176 e 177 da LEP, que prevê:

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

Art. 177. Nos exames sucessivos para verificar-se a cessação da periculosidade, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto no artigo anterior.

Assim, o procedimento que deverá ser observado é o que consta do art. 175 da LEP:

Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:

I – a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;

II – o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;

III – juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um;

IV – o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;

V – o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;

VI – ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.

Cessando os motivos ensejadores da medida de segurança, e atendido o procedimento descrito no art. 175 do CPP, o juiz da execução poderá, por meio da sentença de revogação, cessar os efeitos da medida de segurança anteriormente definidos.

Das decisões do Juiz da execução cabem agravo, sem efeito suspensivo (art. 197

da LEP), exceto nos casos de desinternação. Assim, no caso de medida de segurança, apenas após o trânsito em julgado da sentença que determinou a desinternação ou a liberação, nos termos do artigo 179 da LEP, é que o Juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação.

O art. 779 do CPP dispõe que o confisco dos instrumentos e produtos do crime, previsto no art. 100 do Código Penal, seria decretado no despacho de arquivamento do inquérito, na sentença de impronúncia ou na sentença absolutória, porém, foi revogado tacitamente pelo art. 91, II, “a” e “b” do CP, que faz parte da alteração trazida pela Lei 7.209/84:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

- a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
- b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 497226 RS 2019/0065773-1. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 13/03/2019. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887991314/habeas-corpus-hc-497226-rs-2019-0065773-1/decisao-monocratica-887991324?ref=serp>: Acesso em: 25/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 579649 SP 2020/0107484-1. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 15/05/2019. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860343655/habeas-corpus-hc-579649-sp-2020-0107484-1> Acesso em: 20/11/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal Penal**. 80ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 8º.ed. São Paulo: Método, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WEIGERT, Mariana & Guareschi, Neuza. (2015). **A execução das Medidas de Segurança e a lei da Reforma Psiquiátrica no Brasil Contemporâneo**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. 10. 10.5902/1981369419794.

LIVRO V

DAS RELAÇÕES JURISDICIONAIS COM AUTORIDADE ESTRANGEIRA

TÍTULO ÚNICO

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Bruno Henrique Castelo Branco Arena¹
(arts. 780 ao 790)

Quanto aos comentários deste Livro V, a globalização do mundo trouxe consigo facilidades, rapidez, comunicação instantânea, mas também mais riscos e a possibilidade de uma criminalidade transnacional, que atua sem se preocupar com as fronteiras entre os Estados, que foram politicamente estabelecidas ao longo da história. A lógica sem fronteiras da criminalidade se opõe à lógica com fronteiras de seu combate, fundado no *ius puniendi* estatal e territorial.

Assim, o poder punitivo ainda encontra seu fundamento e seus limites em um dos elementos do Estado, que é a sua soberania, não sendo possível que a jurisdição de um Estado se sobreponha à de outro, a não ser que anua com isso. Essa é a razão da existência das modalidades de cooperação jurídica internacional, que em matéria penal busca “contribuir para que autoridades de outro Estado exerçam seu papel de garantir o exercício do *jus puniendi* estatal” (PORTELA, 2018, p.589).

A cooperação jurídica é também chamada de cooperação formal e se contrapõe à cooperação direta ou informal, que ocorre entre polícias, Ministério Público, magistrados e órgãos de inteligência financeira. No escopo da cooperação direta está a possibilidade de um fluxo mais célere de informações, não envolvendo medidas

¹ mestrando em segurança, direito penal e direitos humanos na Universidade de Salamanca (USAL – Espanha); pós-graduado em direito e processo penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim); membro da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (Abracrim); membro do Núcleo de Direito Penal Internacional e comparado (NDPIC) da UFRGS, sob coordenação do Prof. Dr. Pablo Alflen.

coercitivas. A informação relevante adquirida por este meio será utilizada em futuro pedido de cooperação jurídica, que é mais lento que a instantaneidade da cooperação direta, que também independente da Autoridade Central.

Em matéria penal, o organismo mais conhecido de cooperação policial é a Interpol, criada em 1923 (PELLEGRINI, 2017, p.56), hoje a segunda maior organização intergovernamental (190 países) e detentora de personalidade jurídica internacional. Entre os mais conhecidos na cooperação entre as Unidades de Inteligência Financeira (UIFs), está o Grupo Egmont.

Há também as redes de cooperação entre órgãos dos poderes executivos, judiciários e do ministério público e sua finalidade é “facilitar a comunicação entre as autoridades competentes dos diversos países, possibilitando, assim, solucionar dificuldades eventualmente existentes na cooperação entre os Estados” (BRASIL, Ministério Público Federal). Essas redes se caracterizam por conectar pontos de contato nacionais, com reuniões periódicas e contatos informais. O Brasil faz parte de três dessas redes: a Rede Iberoamericana de Cooperação Judicial (IberRED), a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (Rede Judiciária da CPLP) e a Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação (PORTELA, 2018, p.608).

Quanto à cooperação jurídica ou formal, notamos que há muita confusão entre os termos utilizados pelos operadores do direito e pelos órgãos estatais, e uma das razões é que se trata de matéria complexa envolvendo processo penal, direito internacional, direito constitucional e até mesmo processo civil.

Exporemos do que não trata este Livro V do Código de Processo Penal, a fim de que ajustemos a terminologia a ser empregada nos comentários dos artigos seguintes.

A homologação de sentenças estrangeiras e as cartas rogatórias são modalidades de cooperação jurídica internacional, mas o são também o auxílio direto e a extradicação.

O auxílio direto, entende o STF, define-se pelo art. 28 do Código de Processo Civil e é uma medida que “não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil” e difere-se da carta rogatória pelo fato de que na rogatória o provimento jurisdicional é do Estado rogante, além de não necessitar de *exequatur* do STJ. Já a Portaria Interministerial nº

501/2012 diferencia os institutos apenas pela necessidade ou não de juízo de delibação por parte do STJ (art. 2º). O auxílio direto tem juízo de delibação meramente administrativo.

A extradição, está prevista nos artigos 81 a 99 da Nova Lei de Migração (Lei nº 13.445 de 2017), que em seu art. 81 a define como “cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução em processo penal em curso”. Baseia-se no princípio da justiça universal, para crimes com certa gravidade, não podendo ser aplicada para prisões civis, infrações de menor potencial ofensivo ou contravenções.

Diferencia-se do instituto do *surrender* (entrega de pessoas ao Tribunal, previsto no art. 89 do Decreto nº 4.388/2020, que promulgou o Estatuto de Roma) pelo fato de a extradição ser aplicada entre Estados, e o *surrender* entre Estado signatário do Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional (TPI), que é uma organização internacional.

Art. 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados¹, aplicar-se-á o disposto neste Título² à homologação de sentenças penais estrangeiras³ e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações⁴, inquirições e outras diligências⁵ necessárias à instrução de processo penal.

1. Tratados são acordos internacionais concluídos por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, que conste de instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. Sua definição se encontra no art. 2º, §1º, “a”, da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969, promulgada no Brasil, com reservas, pelo Decreto 7.030/2009.

O termo “tratado” é de uso genérico para esses acordos, e não é unânime o uso de outras denominações: “convenções” é denominação normalmente utilizada para “acordos multilaterais que visam a estabelecer normas gerais de direito internacional, em termos de grande interesse mundial, como no caso de tratados de direitos humanos” (PORTELA, 2018, p.86).

O *caput* do art. 780 do CPP cita apenas essas duas espécies, mas há outros nomes possíveis que também poderiam estar aqui inclusos e que não especificaremos seus usos internacionais, pois foge do escopo do nosso comentário, que são: acordo, ajuste complementar, ato, carta, compromisso, acordo por troca de notas, concordata, convênio, declaração, memorando de entendimento, *modus vivendi*, pacto, protocolo, protocolo de intenções, estatuto, entre outros.

2. Deve-se notar o caráter de supralegalidade que os tratados apresentam nesta matéria, pois se sobrepõem ao previsto em nossa legislação interna. Devemos ter em mente que no território brasileiro não se aplicam somente as leis brasileiras, tampouco nossas leis são apenas aqui aplicadas e esta é a razão de existir das regras de conexão previstas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. O art. 1º, I, CPP e o art. 5º, *caput* do Código Penal ressaltam que a lei brasileira será aplicada sem prejuízo de convenções e tratados. Reitera o *caput* do art. 780, CPP que aplicar-se-á o disposto no título “sem o prejuízo de tratados e convenções”.

Pontua Nucci (2015, p.1363) que em caso de conflito com lei federal posterior, esta deverá prevalecer.

3. O primeiro ponto a ser observado é que, a homologação de sentença penal estrangeira não admite a eficácia penal em nosso território, mas apenas a homologação para os efeitos civis decorrentes, como reza o art. 790, CPP. Nesse sentido é o entendimento do HC 119.056 QO/DF do STF. Assim, para a reparação de danos, deve-se observar o disposto nos artigos 960 a 965 do Código de Processo Civil.

4. Importante para este comentário é a observância do art. 368, CPP e a possibilidade de suspensão da prescrição no caso de citação por carta rogatória de acusado que esteja em lugar sabido.

Ocorre que, já houve casos em que os órgãos estatais se utilizaram do auxílio direto para citações no exterior, suspendendo-se a prescrição em seguida. Mas o art. 368, CPP prevê que em caso de citação por rogatória que se suspende a prescrição, prejudicando a defesa se se utilizar do previsto nesse artigo para o caso de auxílio direto também.

5. A previsão subsidiária de “outras diligências” faz ser casuístico o que pode ser cumprido por cartas rogatórias e o mais adequado é verificar se há algum tratado

entre o Brasil e o outro país. O sítio eletrônico: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais> tem orientações por país em matéria penal.

Art. 781. As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes.

Os conceitos indeterminados de “ordem pública e bons costumes”, quando se trata de eficácia de decisões provenientes de outras soberanias em nosso país, não estão previstas apenas aqui. Está também no art. 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro; artigos 216 e 226 do Regimento Interno do STF; artigos 216-F, 216-P do Regimento Interno do STJ e art. 6º da Resolução nº 9/2005 do STJ.

Além disso, devemos observar o enunciado 420 da súmula do STF, que diz que: “não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado”.

Art. 782. O trânsito, por via diplomática, dos documentos apresentados constituirá prova bastante de sua autenticidade.

Os documentos no âmbito da cooperação jurídica penal necessitam de tradução e autenticação para serem válidos no Brasil. De acordo com Portela (2018, p.590), a regra é que a tradução seja feita por tradutor público, conforme art. 18 do Decreto 13.609/1943, excepcionada por acordo internacional (HC STJ 218.200/PR), quando não impuser dificuldades à compreensão (REsp 924.992/PR), ou mesmo quando não gerar prejuízo, na esteira do princípio do *pas de nullité sans grief*: artigos 563 e 236 do CPP.

Quanto à legalização dos documentos para serem válidos no Brasil, diz o *caput* ser suficiente a via diplomática, mas a depender do Estado é afastada a exigência. A Convenção sobre a eliminação da exigência de legalização de documentos públicos estrangeiros de 5 de outubro de 1961, também conhecida como Convenção da Apostila, foi promulgada pelo Decreto 8.660 de 2016 e diz em seu art. 2º que os Estados contratantes dispensarão a legalização dos documentos aos quais se aplica a convenção.

De acordo com Nucci (2015, p.1365-1366), o Decreto nº 1.899/1996, que promulga a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias de 1975, trata de matéria civil, mas também tem a possibilidade de ser estendida para matéria criminal pelo art. 16. Os artigos 6 e 7 dispensam o requisito da legalização quando as cartas rogatórias forem transmitidas pela via consular, diplomática ou pela autoridade central.

CAPÍTULO II – DAS CARTAS ROGATÓRIAS

Bruno Henrique Castelo Branco Arena²

Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.

Trata-se das cartas rogatórias ativas. Vale observar a orientação do art. 5º da Portaria Interministerial nº 501/2012, que diz que: “na ausência de acordo de cooperação jurídica bilateral ou multilateral, o Ministério da Justiça encaminhará ao Ministério das Relações Exteriores os pedidos de cooperação jurídica internacional ativos, em matéria penal e civil, para tramitarem pela via diplomática”.

Art. 784. As cartas rogatórias emanadas de autoridades estrangeiras competentes não dependem de homologação e serão atendidas se encaminhadas por via diplomática e desde que o crime, segundo a lei brasileira, não exclua a extradição.

§ 1º As rogatórias, acompanhadas de tradução em língua nacional, feita por tradutor oficial ou juramentado, serão, após exequatur do presidente do Supremo Tribunal Federal, cumpridas pelo juiz criminal do lugar onde as diligências tenham de efetuar-se, observadas as formalidades prescritas neste Código.

² mestrando em segurança, direito penal e direitos humanos na Universidade de Salamanca (USAL – Espanha); pós-graduado em direito e processo penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim); membro da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (Abracrim); membro do Núcleo de Direito Penal Internacional e comparado (NDPIC) da UFRGS, sob coordenação do Prof. Dr. Pablo Alflen.

§ 2º A carta rogatória será pelo presidente do Supremo Tribunal Federal remetida ao presidente do Tribunal de Apelação do Estado, do Distrito Federal, ou do Território, a fim de ser encaminhada ao juiz competente.

§ 3º Versando sobre crime de ação privada, segundo a lei brasileira, o andamento, após o *exequatur*, dependerá do interessado, a quem incumbirá o pagamento das despesas.

§ 4º Ficará sempre na secretaria do Supremo Tribunal Federal cópia da carta rogatória.

As cartas rogatórias sempre necessitam de *exequatur* a ser concedido pelo STJ, conforme art. 105, I, “i” da Constituição da República Federativa do Brasil.

Devem ser observados o art. 12, §2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro quanto à autoridade competente para seu cumprimento; os artigos 216-O a 216-X do Regimento Interno do STJ. Destes, vale destacar o art. 216-Q, RISTJ que estipula que a defesa é estreita, em 15 dias, e só poderá versar sobre a autenticidade dos documentos; os artigos 216-O do RISTJ estabelecem que a atribuição de concessão do *exequatur* é do Presidente do STJ, salvo se impugnada e a atribuição passará à Corte Especial (art. 216-T, RISTJ).

O art. 216-R, RISTJ estabelece que se a parte for revel ou incapaz, ser-lhe-á atribuído curador especial e, em seguida, dada vista ao Ministério Público, que terá 15 dias para impugnação do *exequatur* (art. 216-S, RISTJ).

É admitido o recurso ao STF em questões de ordem constitucional e a execução da Carta é realizada pelo juiz federal de primeiro grau, conforme art. 109, X da Constituição Federal e art. 216-V do RISTJ.

As decisões do juiz poderão ser embargadas pela parte ou pelo Ministério Público Federal (art. 216-V, §1º, RISTJ) para o Presidente do STJ e desta decisão caberá agravo (art. 216-W, RISTJ).

Quanto à extradição, já pontuamos acima sua impossibilidade e devemos acrescentar a ela o caso dos crimes políticos e de opinião do art. 5º, LXI da Constituição Federal.

Quanto à necessidade de tradução, já expusemos acima as exceções.

A Emenda Constitucional 45 de 2004, conhecida como reforma do judiciário, alterou a competência da concessão do *exequatur* ao Presidente do STJ, conforme art.

105, I, “i” da Constituição Federal, regulamentado inicialmente pela Resolução nº 9 de 04 de maio de 2005 em caráter transitório, e depois pelo Regimento Interno do STJ.

Adequando o previsto no parágrafo 2º à Constituição Federal de 1988, como a execução da carta rogatória é competência da justiça federal, “Tribunal de Apelação” deverá ser entendido como Tribunal Regional Federal.

Sobre o parágrafo 3º, frise-se que vale a lei interna, neste caso, para aferição se o crime é de ação pública ou privada, no caso de ser de ação privada, dependerá do impulso da parte e do pagamento, por ela, das custas processuais.

O parágrafo 4º carece de necessária atualização, a uma pela competência que foi alterada para o STJ, conforme já dito acima, a duas, que o trânsito das cartas rogatório será preferencialmente pelos meios eletrônicos (art. 7º, Lei nº 11.419/2006).

Art. 785. Concluídas as diligências, a carta rogatória será devolvida ao presidente do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do presidente do Tribunal de Apelação, o qual, antes de devolvê-la, mandará completar qualquer diligência ou sanar qualquer nulidade.

No lugar de “Supremo Tribunal Federal”, leia-se “Superior Tribunal de Justiça” e, em vez de “Tribunal de Apelação”, leia “Tribunal Regional Federal”, conforme alterações de competência que já ressaltamos acima.

Art. 786. O despacho que conceder o exequatur marcará, para o cumprimento da diligência, prazo razoável, que poderá ser excedido, havendo justa causa, ficando esta consignada em ofício dirigido ao presidente do Supremo Tribunal Federal, juntamente com a carta rogatória.

No lugar de “Supremo Tribunal Federal”, leia-se “Superior Tribunal de Justiça”. O dispositivo dispensa maiores comentários e simplesmente pontua a necessidade de estipulação de prazo razoável para o cumprimento da diligência, bem como, que esse prazo não é peremptório, desde que fundamentada sua dilação.

CAPÍTULO III – DA HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

Bruno Henrique Castelo Branco Arena³

Art. 787. As sentenças estrangeiras deverão ser previamente homologadas¹ pelo Supremo Tribunal Federal² para que produzam os efeitos do art. 7º do Código Penal.

1. O primeiro ponto a ser lembrado é que, a homologação de sentença penal estrangeira não admite a eficácia penal em nosso território, mas apenas a homologação para os efeitos civis decorrentes, como reza o art. 790, CPP *infra*. Nesse sentido é o entendimento do HC 119.056 QO/DF do STF. Assim, para a reparação de danos, deve-se observar o disposto nos artigos 960 a 965 do Código de Processo Civil.

2. Leia-se “Superior Tribunal de Justiça”, que se utilizará do método da delibação, em que apenas se observam os pressupostos formais da sentença proferida no exterior.

3. É o atual art. 9º do Código Penal. Deve-se observar nesta matéria, o enunciado 420 da súmula do STF: “não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado”. A natureza jurídica da sentença estrangeira após homologação pelo STJ é a de título executivo judicial, conforme art. 515, VIII do Código de Processo Civil.

O art. 63 do Código Penal considera que a sentença transitada em julgado no estrangeiro é idônea para os efeitos da reincidência em território brasileiro, não se necessitando de sua homologação, o que é pior à defesa.

Os artigos 216-A a 216-N do Regimento Interno do STJ trata da homologação da decisão estrangeira.

³ mestrando em segurança, direito penal e direitos humanos na Universidade de Salamanca (USAL – Espanha); pós-graduado em direito e processo penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim); membro da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (Abracrim); membro do Núcleo de Direito Penal Internacional e comparado (NDPIC) da UFRGS, sob coordenação do Prof. Dr. Pablo Alflen.

Art. 788. A sentença penal estrangeira será homologada, quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas consequências e concorrem os seguintes requisitos:

- I - estar revestida das formalidades externas necessárias, segundo a legislação do país de origem;
- II - haver sido proferida por juiz competente, mediante citação regular, segundo a mesma legislação;
- III - ter passado em julgado;
- IV - estar devidamente autenticada por cônsul brasileiro;
- V - estar acompanhada de tradução, feita por tradutor público.

Para além dos requisitos constantes deste artigo, devemos nos atentar também para o art. 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro; o art. 963 do Código de Processo Civil e o art. 216-D do Regimento Interno do STJ.

Lembrando também, como já mencionado, que a “legalização consular não será exigida quando entrar em vigor a Convenção sobre a Eliminação da Exigência da Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (Convenção da Apostila)” (PORTELA, 2018, p.809).

Art. 789. O procurador-geral da República, sempre que tiver conhecimento da existência de sentença penal estrangeira, emanada de Estado que tenha com o Brasil tratado de extradição e que haja imposto medida de segurança pessoal ou pena acessória que deva ser cumprida no Brasil, pedirá ao Ministro da Justiça providências para obtenção de elementos que o habilitem a requerer a homologação da sentença.

§ 1º A homologação de sentença emanada de autoridade judiciária de Estado, que não tiver tratado de extradição com o Brasil, dependerá de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º Distribuído o requerimento de homologação, o relator mandará citar o interessado para deduzir embargos, dentro de dez dias, se residir no Distrito Federal, de trinta dias, no caso contrário.

§ 3º Se nesse prazo o interessado não deduzir os embargos, ser-lhe-á pelo relator nomeado defensor, o qual dentro de dez dias produzirá a defesa.

§ 4º Os embargos somente poderão fundar-se em dúvida sobre a autenticidade do documento, sobre a inteligência da sentença, ou sobre a falta de qualquer dos requisitos enumerados nos arts. 781 e 788.

§ 5º Contestados os embargos dentro de dez dias, pelo procurador-geral, irá o processo ao relator e ao revisor, observando-se no seu julgamento o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º Homologada a sentença, a respectiva carta será remetida ao presidente do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, do Estado, ou do Território.

§ 7º Recebida a carta de sentença, o presidente do Tribunal de Apelação a remeterá ao juiz do lugar de residência do condenado, para a aplicação da medida de segurança

ou da pena acessória, observadas as disposições do Título II, Capítulo III, e Título V do Livro IV deste Código.

O caso do *caput* é para o caso de o Brasil possuir tratado de extradição com o país que proferiu sentença. O sítio eletrônico do Ministério da Justiça e da Segurança Pública tem orientações, segregadas por países, em matéria civil: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/orientacoes-por-pais-1>.

Além disso, deve-se lembrar que a figura da pena acessória foi extinta do direito brasileiro (NUCCI, 2015, p.1371).

Para o caso de não haver tratado de extradição, a iniciativa da homologação caberá ao Ministro da Justiça, conforme o §1º.

De acordo com o art. 216-C do Regimento Interno do STJ, a homologação da sentença estrangeira deve obedecer aos requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC, que serão avaliados pelo Presidente do STJ.

Conforme o art. 216-H do RISTJ a parte será citada para apresentar contestação em 15 dias, o que diverge do conteúdo do §2º do art. 789, CPP.

No caso de o citado não contestar/embargar, será nomeado “defensor”, de acordo com o §3º *supra* ou curador especial, de acordo com o art. 216-I, RISTJ, ao qual serão dados 10 dias para a defesa. Após, o art. 216-J, RISTJ admite réplica e tréplica em 5 dias.

Se for contestado, o processo vai a relator (e não relator e revisor como diz a letra do CPP) na Corte Especial do STJ, que observará o RISTJ em seu julgamento.

Uma vez homologada, será encaminhada, por meio de carta de sentença, ao presidente do Tribunal Regional Federal (e não ao Tribunal de Apelação como diz o §6º) e este remeterá ao juiz federal de primeiro grau (art. 109, X, Constituição Federal), que aplicará medida de segurança ou executará a reparação de dano, uma vez que foi extirpada do direito brasileiro a pena acessória.

Art. 790. O interessado na execução de sentença penal estrangeira, para a reparação do dano, restituição e outros efeitos civis, poderá requerer ao Supremo Tribunal Federal a sua homologação, observando-se o que a respeito prescreve o Código de Processo Civil.

No lugar de “Supremo Tribunal Federal”, leia-se “Superior Tribunal de Justiça”. O artigo estabelece que o interessado nos efeitos de reparação do dano decorrentes de um delito, pode requerer ao STJ a homologação da sentença, e após isso, seguirá o prescrito pelo CPC, como se título judicial fosse.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional. Redes de Cooperação Jurídica. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/redes-de-cooperacao-internacional>. Acesso em 08 de dezembro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. *Direito penal transnacional*. São Paulo: Baraúna, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

LIVRO VI

DISPOSIÇÕES GERAIS

Luciano Macri Neto¹
(arts. 791 ao 811)

Art. 791. Em todos os juízos e tribunais do crime, além das audiências e sessões ordinárias, haverá as extraordinárias, de acordo com as necessidades do rápido andamento dos feitos.

O termo Audiência é o ato presidido por um juiz togado ocorrido em primeiro grau (instância), realizado com o fim de colher provas, realizar debates e julgamento, conforme art. 400 do CPP.

Nos tribunais superiores, os julgamentos são realizados por um colegiado de julgadores, sendo definidos como sessões. Nestes, serão apreciados recursos, tais como, apelação, recurso em sentido estrito, recurso especial, recurso extraordinário e outros.

Excepcionalmente temos uma sessão formada apenas para realização de um julgamento. Esta sessão ocorrerá no Tribunal do Júri, em que os julgadores (jurados), formados em um conselho de sentença, em número de sete, realizarão o julgamento dos indivíduos acusados de terem praticado crimes dolosos contra a vida e conexos.

Estas audiências e sessões podem ser ordinárias, com dia e hora predeterminados ou extraordinárias, caso haja acúmulo de processos a serem julgados, ou casos que exijam decisão urgente. É importante salientar que a urgência, rapidez de um julgamento penal, não pode sobrepujar as garantias processuais, conforme orientação de uma constituição democrática “cidadã”, que reserva em seu Título II os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

“não se fala mais em audiências ordinárias e extraordinárias, porque todas elas, como momentos processuais componentes da instrução do processo, para a colheita de provas, basicamente, obedecem à

¹ Advogado, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Pós-graduado em Criminologia pela Faculdade Casa Branca -FACAB, Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós graduado em Direito Constitucional pela União das Instituições de Serviço, Ensino e Pesquisa- UNISEPE, Pós graduado em Direito Público pela Escola Paulista de Direito –EPD, Professor da Escola Superior da Advocacia.

ordem fixada pelo procedimento comum ou especial que o caso demanda. Logo, todas as audiências marcadas pelo juiz, durante o trâmite processual, são previamente comunicadas às partes, não necessitando a nomenclatura de ordinárias ou extraordinárias. Entretanto, podemos considerar ordinárias as audiências previstas no procedimento legal, bem como extraordinárias as que o juiz designar, fora da previsão normal, para a produção de alguma prova complementar (ex.: audiência especialmente designada para promover uma acareação). Quanto às sessões do tribunal, igualmente, são elas, como regra, previamente designadas – estas, sim, são as ordinárias. Excepcionalmente, havendo necessidade, a câmara, turma ou plenário pode designar sessão extraordinária, fora da periodicidade normal do tribunal”. (NUCCI, 2014, p. 1152)

Assim, toda audiência e sessão deverá ser previamente comunicada às partes, não sendo exigido a nomenclatura “ordinária” ou “extraordinária”.

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

As audiências, sessões e atos processuais, devem em regra serem públicos obedecendo o princípio da publicidade, tendo como objetivo a transparência, reforçando a postura democrática do Estado.

Não só as partes, mas toda comunidade deve ter oportunidade de fiscalizar os órgãos jurisdicionais.

Em regra, o juiz não pode se reunir com os jurados. Somente pode ocorrer na hipótese legal, que é na Sala Especial, quando a votação tiver início, ainda assim fiscalizado o encontro pelas partes. Por outro lado, caso o magistrado resolva dar alguma orientação para um corpo de jurados novatos a respeito do funcionamento do Tribunal do Júri, precisa fazê-lo publicamente. (NUCCI, 2014, p. 153).

O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal assevera a necessidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser públicos e suas decisões fundamentadas, sob pena de nulidade. No entanto, a lei pode limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em certos casos em que a preservação da intimidade não prejudique o interesse público à informação.

O art. 5^a, inciso XXXIII da CF garante o direito a todos de receber informações de seu interesse, sob pena de responsabilidade, salvo informações cujo sigilo garanta a segurança da sociedade e do Estado.

O art. 5^o LX da CF arremata o assunto, asseverando que uma lei só poderá limitar a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.970/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ12.05.2006)

Portanto a publicidade é a regra, podendo excepcionalmente, com decisão fundamentada, haver a restrição da presença de pessoas, como ocorre atualmente, por conta da pandemia do COVID-19, onde as sessões do Tribunal do Júri, vem restringindo a presença de público nos julgamentos, a fim de evitar a proliferação do vírus.

Nos casos de restrição à publicidade, o processo ganha um rótulo equivocado de “Segredo de Justiça”, terminologia ultrapassada, que remete a períodos autoritários, mas que vem sendo mantida pela praxe. Mesmo nestes casos, as partes e seus advogados permanecem com acesso às informações. Tais situações ocorre em casos de família, crimes contra honra, abuso sexual, tudo para se evitar a exposição da vítima e uma revitimização do ofendido, atentando-se para o fato de que, somente a autoridade jurisdicional que decretou o “segredo de justiça”, em caso de sigilo judicial, é que poderá afastá-lo. (LIMA, 2019, p. 1649).

Provas cautelares decretadas no curso do processo não será concedida publicidade as partes e a seus procuradores. A súmula vinculante 14 “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

O defensor e o interessado terão direito de ter acesso apenas às provas cautelares já documentadas, inclusive podendo obter cópia de tudo que já estiver documentado. (HC 88.190, voto do rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 29-8-2006, DJ de 6-10-2006.) (Rcl 31.213 MC, rel. min. Marco Aurélio.)

Esta regra se estende aos procedimentos investigatórios criminais (P.I.C.), realizados pelos membros do Ministério Público. / RE 593.727, rel. min. Cezar Peluso.

O § 2º trouxe a possibilidade do juiz ouvir testemunhas, vítimas, réus excepcionalmente, fora das sedes dos juízos e tribunais, em caso de extrema necessidade, como: enfermidade, velhice, podendo ser ouvidas nos hospitais, em locais adequados nos presídios e até por videoconferência, como na atualidade, por conta da pandemia do COVID-19.

É importante se atentar para que todas as garantias do acusado, testemunha e vítimas sejam preservadas, evitando-se uma nulidade por ofensa ao devido processo legal.

É prerrogativa do advogado e direito do réu, ter acesso a todas informações colhidas e nos momentos oportunos de interrogatórios e oitivas, estar o advogado exercendo suas funções de perguntar diretamente às partes, utilizando o *Cross Examination*, consagrado no artigo 212 do CPP. (Vide incisos VI e XXI do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB.)

Art. 793. Nas audiências e nas sessões, os advogados, as partes, os escrivães e os espectadores poderão estar sentados. Todos, porém, se levantarão quando se dirigirem aos juízes ou quando estes se levantarem para qualquer ato do processo.
Parágrafo único. Nos atos da instrução criminal, perante os juízes singulares, os advogados poderão requerer sentados.

Esta regra solene, não vem sendo mais utilizada, tendo em vista que no artigo 7º, XII da lei 8.906/94, é prerrogativa do advogado falar sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo.

No Tribunal do Júri, ainda se mantém alguma solenidade, como as vestes dos advogados, promotores e Juízes (Togas e Becas), ficando todos de pé para o exercício

do art. 472 CPP (colheita do compromisso dos jurados). Quanto à leitura da sentença, na prática, alguns magistrados vêm flexibilizando, ficando de pé apenas o réu.

Nos Tribunais ainda se mantém a exigência de alguns Ministros, Desembargadores e Juízes a serem chamados pelo pronome de tratamento “Vossa Excelência”.

No entanto, em 2019, por meio do Decreto nº 9.758, foi determinada a forma de tratamento e de endereçamento nas comunicações com agentes públicos da administração pública federal, ensinando no seu art. 2º que: “O único pronome de tratamento utilizado na comunicação com agentes públicos federais é “senhor”, independentemente do nível hierárquico, da natureza do cargo ou da função ou da ocasião.”

Tal normativo não se aplica aos membros do Poder Judiciário que se norteiam pelo regimento interno:

“o art. 16, parágrafo único, do RISTF, apregoa que os Ministros do Supremo Tribunal Federal "receberão o tratamento de Excelência, conservando o título e as honras correspondentes, mesmo após a aposentadoria..."; b) e o art. 29, § 1º, do RISTJ determina que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça "receberão o tratamento de Excelência e [...] conservarão o título [...] mesmo depois da aposentadoria...".
(<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>).

Portanto, é prudente ao advogado seguir o decoro, o protocolo, a solenidade exigida em cada repartição que for atuar, para evitar qualquer tipo de constrangimento. A ritualística faz parte da profissão dos operadores do direito, reforçando o respeito e a seriedade da justiça.

Art. 794. A polícia das audiências e das sessões compete aos respectivos juízes ou ao presidente do tribunal, câmara, ou turma, que poderão determinar o que for conveniente à manutenção da ordem. Para tal fim, requisitarão força pública, que ficará exclusivamente à sua disposição.

A manutenção da ordem durante as audiências cabe aos juízes. Na sessão de julgamento no Tribunal, cabe ao presidente da câmara, turma ou plenário, que poderão requisitar força policial para exequibilidade do seu comando.

No entanto, é imprescindível ressaltar que a manutenção da ordem cabe à todos operadores do direito, preservando-se sobretudo o direito de defesa e as prerrogativas do advogado e demais membros do judiciário.

Havendo abuso por parte de qualquer servidor, determinando uma ordem manifestamente ilegal, qualquer cidadão poderá “dar voz de prisão” ao servidor, por abuso de autoridade, basta estar ocorrendo um flagrante delito, como apregoa o artigo 301 do CPP.

O advogado ocupa ambiência pontual na Constituição Federal sob o título “Das Funções Essenciais à Justiça”, colimando no artigo 133, sua indispensabilidade à administração da justiça, delimitando legalmente a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Assim, recomenda-se sempre o respeito e urbanidade nas relações entre os operadores do direito, ressaltando que todos se apresentam na mesma tessitura hierárquica, sob o mesmo pálio da lei.

Art. 795. Os espectadores das audiências ou das sessões não poderão manifestar-se. Parágrafo único. O juiz ou o presidente fará retirar da sala os desobedientes, que, em caso de resistência, serão presos e autuados.

O artigo é bem claro, e determina que os espectadores não podem se manifestar a favor ou contra uma decisão, ou até mesmo durante uma sessão ou audiência, ficando sujeito a ser retirado da sala, podendo ser autuado em flagrante, a depender do caso, por resistência, desobediência ou desacato.

Será possível a retirada do público, caso o magistrado entenda que o clamor possa influenciar o depoimento de alguma testemunha vítima ou réu.

É de extrema necessidade ressaltar a magistral importância do princípio da publicidade: “No uso do poder de polícia processual, o juiz há de resguardar sempre o princípio da publicidade, adiando o julgamento por força de emergências extremas e nunca o transformando em instância secreta, com o nunca assaz amaldiçoado cunho medieval. Não está em função apenas o poder de polícia genérico, inerente à administração da Justiça, e que, aliás, se estende a todas as dependências do foro e dos tribunais. Trata-se, em relação às sessões e audiências, de arbítrio inevitável e

irremediável, exercido urgentemente sob a pressão de circunstâncias, muitas vezes imprevistas, e que, por isso mesmo, devem convocar todas as reservas de serenidade e prudência. É preciso não sacrificar, salvo situações extremas, o irrestrito império da regra da publicidade e o direito de todos os cidadãos de aproveitar os benefícios educativos, inibitórios e exemplarizantes do julgamento. Seria absurdo, pela atitude desrespeitosa e inconveniente de alguns, punir todos os presentes. Retirar do recinto os responsáveis, detê-los ou prendê-los, fazê-los apresentar à autoridade policial, desocupar momentaneamente o recinto, seria o bastante” (LYRA, 1944, p. 463).

No caso do Tribunal do Júri, é possível a retirada do público, caso no local não haja sala especial, para que os jurados votem ali mesmo no plenário, “transformando” o plenário, em sala especial.

Art. 796. Os atos de instrução ou julgamento prosseguirão com a assistência do defensor, se o réu se portar inconvenientemente.

A ampla defesa é composta de defesa técnica (realizada pelo advogado) e autodefesa (realizada pelo próprio acusado). Portanto, é imprescindível que o acusado acompanhe toda oitiva das testemunhas, declarações da vítima, para que, ciente da acusação que lhe é imputada, realiza sua autodefesa.

Excepcionalmente tal direito poderá ser mitigado, caso o comportamento do acusado se mostre inconveniente, tumultuando audiência, ameaçando testemunhas, vítimas, gritando etc., o que poderá culminar em sua retirada da sala de audiência.

Neste caso, o defensor técnico permanecerá e realizará todos atos referente a ampla defesa, devendo ser disponibilizado ao acusado, uma forma de comunicação livre e reservada com seu defensor, durante toda audiência.

Na atual situação, onde as audiências estão sendo realizadas *on line*, o temor de uma testemunha em depor na frente do acusado não se justificaria, afinal, todas as partes estão em suas residências, tornando-se sem proposito a retirada da sala virtual, tendo em vista que o acusado tomará toda ciência do que foi dito pela testemunha temerosa.

A retirada do acusado em caso de temor da vítima ou testemunha, só seria plausível em audiências com presenças físicas, não virtual.

Os detalhes das audiências virtuais, ainda requerem maiores estudos e análise, pois o diagnóstico só deverá ser realizado, com a utilização por um lapso temporal razoável, que proporcionará uma análise mais efetiva dos problemas a serem enfrentados.

Art. 797. Excetuadas as sessões de julgamento, que não serão marcadas para domingo ou dia feriado, os demais atos do processo poderão ser praticados em período de férias, em domingos e dias feriados. Todavia, os julgamentos iniciados em dia útil não se interromperão pela superveniência de feriado ou domingo.

A regra geral é a que audiências e sessões devem ser marcadas em dias úteis. No entanto, quanto às audiências, eventualmente, poderão ser marcadas em domingo, feriado e período de férias sempre se analisando a excepcionalidade.

As sessões, não poderão ser marcadas em domingo ou feriados, no entanto, como ocorre no Tribunal do Júri, se apesar de marcada e iniciada em dia útil, não terminar, poderá adentrar domingos, feriados ou férias até que termine, respeitando horários de descanso.

No judiciário, não existe período de férias coletivas, conforme o art. 93 XII, da CF, devendo funcionar, no caso de recesso, juízes em plantão permanente.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 08, de 29 de novembro de 2005 regulando o período de recesso em seu art 1º: **“Os Tribunais de Justiça dos Estados poderão, por meio de deliberação do Órgão Competente, suspender o expediente forense no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, garantindo o atendimento aos casos urgentes, novos ou em curso, através de sistema de plantões”**.

Neste mesmo sentido a resolução **“ aprovar a suspensão do expediente forense suspenderá, igualmente, os prazos processuais e a publicação de acórdãos, sentenças e decisões, bem como a intimação de partes ou advogados, na primeira e segunda instâncias, exceto com relação às medidas consideradas urgentes”** (art. 2º Resolução n. 8). (CNJhttps://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_8_29112005_11102012204312.pdf).

Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

§ 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

§ 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a prova do dia em que começou a correr.

§ 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

§ 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária.

§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:

- a) da intimação;
- b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;
- c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho.

Este artigo é autoexplicativo e traz as regras de contagem dos prazos no processo penal.

Excepcionalmente, o Ministério Público e a Defensoria Pública têm direito à intimação pessoal e nos autos, além de os prazos serem contados em dobro para a Defensoria Pública. Lei complementar 80/94, art. 44, I.

Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Nos moldes do disposto no § 1º do art. 186 do Código de Processo Civil aplicável ao processo penal por força do art. 3º do CPP, “a Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais” – HC 492458/MT, DJ 11/06/2019.

Essa concessão de prazo em dobro à Defensoria Pública não é incompatível com o princípio da isonomia e paridade de armas. Na verdade, como observa a doutrina (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 86): “ em observância às dificuldades inerentes à preparação da

defesa dos necessitados – econômica ou mesmo juridicamente carentes, como revel – e na busca da *par conditio* e da igualdade real, a lei concedeu aos integrantes das defensorias públicas o benefício do prazo em dobro, o qual abrange, evidentemente, a dilatação do prazo para recorrer”. (LIMA, 2019, p. 1656).

São peremptórios os prazos, pois não admitem realização do ato após expirada data prefixada. No entanto, a maioria dos prazos processuais penais não são peremptórios, exceto os recursais. A continuidade revela que os prazos não serão interrompidos por qualquer circunstância, exceto pela interposição de recurso que tenha tal característica.

Quanto a contagem dos prazos estabelecida nos §1º, § 2º, § 3º, revela que quando contado em dias da data da cientificação das partes, o prazo somente começará a fluir no primeiro dia útil seguinte ao ato processual de intimação. Ou seja, vide sumula do 310 STF.

Os prazos podem ser suspensos em caso de força maior, ou obstáculo judicial, a exemplo de uma tempestade que deixa o fórum local sem energia, sem acesso aos processos, ou o site do Tribunal de Justiça fora do ar, o que ocasionará uma suspensão dos prazos durante determinado período até se restabelecer a normalidade.

Caso excepcional é a crise de instância, um obstáculo judicial, podendo ocorrer por exemplo quando acusado, no curso do processo é acometido por doença mental. O processo será suspenso, até seu restabelecimento, mas o prazo prescricional continuará correndo. (Art. 152 CPP). (LIMA, 2019, p. 1658).

A regra é o prazo começar a correr da intimação, salvo disposição expressa em contrário. Nos prazos processuais, o dia do começo não é contado, no entanto, inclui-se o dia do vencimento. (Se iniciar ou findar em sábados, domingos e feriados, deve-se prorrogar para o primeiro dia útil subsequente).

Se a intimação ocorrer em audiência com a parte presente, dali que se contarão o prazo para recurso. O mesmo ocorrendo na sessão do Tribunal do Júri.

Já nas decisões proferidas pelos Tribunais de Apelação, a intimação se dará com a publicação no Diário de Justiça, salvo os casos que reclama intimações pessoais (Ministério Público, Defensoria Pública e Defensor Dativo).

Caso a parte manifeste ciência inequívoca do teor da sentença ou decisão, é nesse momento que se considerará realizada a intimação.

No processo penal, ao contrário do que se verifica no processo civil, no caso de intimação por carta precatória, conta-se o prazo da data da efetiva intimação, e não da juntada, no juízo deprecante, da precatória cumprida. (MARCÃO, 2016, p. 1174). Vide Súmula 710 STF.

“A contagem dos prazos processuais penais, ressalvada disposição legal em contrário, rege-se pelo que se contém no artigo 798 do Código de Processo Penal, que fixa, de modo inequívoco, a disciplina jurídica do tema, e distingue, claramente, entre início do prazo (art. 798, par. 5.) e início da contagem do prazo (art. 798, par. 1.). Dentro desse contexto normativo, basta a cientificação da sentença penal condenatória para que se inicie, a contar do primeiro dia útil imediatamente subsequente ao em que ela se efetivou (RTJ 113/530), a fluência do prazo recursal, sendo irrelevante, para esse efeito, que o mandado de intimação só tenha sido juntado aos autos algum tempo depois” (STF, HC 68.113/RJ, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 11-9-1990, DJ de 8-3-1991, p. 2201).

Obs. Vide art. 201, § 2º do CPP, que discorre sobre a intimação do ofendido – direito de a vítima saber/ser intimada, do dia que acusado entrar e sair da prisão e a data da audiência.

Art. 799. O escrivão, sob pena de multa de cinquenta a quinhentos mil-réis e, na reincidência, suspensão até 30 (trinta) dias, executará dentro do prazo de dois dias os atos determinados em lei ou ordenados pelo juiz.

Este prazo cartorário é impróprio, ou seja, se desrespeitado não gera qualquer consequência ao processo. O dispositivo não acompanhou a realidade da carga numérica processual que temos atualmente no judiciário, o que torna inócua tal penalidade.

“O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no art. 799” (art. 800, § 4º). A existência de tal previsão normativa levou ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL a recomendar que “O juiz ou o Ministério Público, quando os autos lhes sejam enviados em dia diverso do da

conclusão ou da vista, não deverá recebê-los, fazendo o escrivão retificar o termo, colocando-o de acordo com a data da entrega dos autos, ou, quando não, mencionarão no termo de carga a data exata do recebimento dos autos” (Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, v. 4, p. 444). De nossa parte, entendemos suficiente anotar na manifestação a data exata do recebimento, inclusive para evitar transtornos decorrentes das atividades correcionais a que se encontram diuturnamente expostos o juiz e o promotor. (MARCÃO, 2016, p. 1175)

Fato é que qualquer desídia do escrivão ou do responsável pelo trabalho do cartório, deve ser apurada em âmbito correcional. Por obvio que havendo demora de atos cartoriais e estando o réu, preso, o prejuízo é inequívoco, o que ensejará excesso de prazo, podendo perfeitamente ser pleiteada sua liberdade.

Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

I - de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;

II - de cinco dias, se for interlocutória simples;

III - de um dia, se se tratar de despacho de expediente.

§ 1º Os prazos para o juiz contar-se-ão do termo de conclusão.

§ 2º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso (art. 798, § 5o).

§ 3º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.

§ 4º O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no art. 799.

Estamos diante de prazo impróprio, ou seja, o excesso de prazo não obstará o juiz de atuar, contando-se o prazo do juiz a partir do termo de conclusão.

Para o Ministério Público o prazo se inicia a partir do termo de vista, salvo para recursos, tendo direito a intimação pessoal e nos autos.

Quanto à defensoria pública a intimação deve seguir o disposto no “art. 128, I, da Lei Complementar n. 80/94 que constitui prerrogativa dos Defensores Públicos do Estado, dentre outras, a intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição. A intimação do Defensor nomeado (defensor dativo) deve ser feita pessoalmente, por mandado (CPP, art. 370, § 4º), estando vedada sua veiculação por meio da imprensa. Os prazos para o defensor público (Lei n. 1.060/50, art. 5º, § 5º; LC n. 80/94, arts. 44, I, e 89, I) e também para o defensor dativo (Lei n. 1.060/50, art. 5º, § 5º) serão

computados em dobro, iniciando-se a fluência a partir da intimação pessoal”. (MARCÃO, 2016, p. 1177).

A intimação do advogado constituído pelo réu (seja a ação penal pública ou privada), do advogado do querelante (autor da ação penal privada) e do advogado do assistente da acusação deve ser feita por publicação no órgão incumbido da publicação dos atos judiciais da comarca – entenda-se: pela imprensa, onde houver – incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo, o que permite a intimação por fax, e-mail, telegrama ou telefone (CPP, art. 370, §§ 1º e 2º). (MARCÃO, 2016, p. 1178).

Insta consignar que com o avanço da tecnologia as intimações, em caso de aceite prévio, podem ser feitas inclusive pela ferramenta “WhatsApp”.

Jurisprudências a serem consultadas: (STF, HC 80.862/PE, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 23-10-2001, DJe de 14-12-2001). O advogado particular constituído, não tem a prerrogativa de ser intimado pessoalmente, como ocorre com Ministério Público, defensor dativo e defensor público, nos termos do art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal. Precedentes” (STF, HC 102.597/SP, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. 24-8-2010, DJe de 10-9-2010). No mesmo sentido: STF, HC 102.155/SC, 1ª T., rel. Min. Ayres Britto, j. 27-4-2010, DJe de 21-5-2010. Intimação postal com AR (STF, HC 88.211/PE, 2ª T., rel. Min. Cezar Peluso, j. 15-12-2009, DJe de 12-2-2010). Intimação pela imprensa oficial ao advogado constituído - (STJ, HC 278.499/RS, 5ª T., rela. Mina. Laurita Vaz, j. 6-2-2014, DJe de 26-2-2014).

Em relação aos processos eletrônicos, digitais, “Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico. Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação”. (Art. 4º, §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.419/2006 Dispõe sobre a informatização do processo judicial), seguindo a mesma regra de contagem já especificada nos artigos anteriores, quanto a dias uteis e feriados.

Art. 801. Findos os respectivos prazos, os juízes e os órgãos do Ministério Público, responsáveis pelo retardamento, perderão tantos dias de vencimentos quantos forem os excedidos. Na contagem do tempo de serviço, para o efeito de promoção e aposentadoria, a perda será do dobro dos dias excedidos.

Comentários: levando-se em consideração os artigos 95, III e 128, §5º, I, “c” da CF que tratam da garantia de irredutibilidade de vencimentos dos membros do Ministério Público e da Magistratura, o artigo em comento (801 do CPP) não foi recepcionado pela CF/88. Na mesma lógica, a perda de dias para promoção e aposentadoria por tempo de serviço.

As Leis orgânicas da Magistratura (LC 35/79) e do Ministério Público (L. 8.625/93), revogaram parcialmente este artigo, trazendo não só as punições aos servidores relapsos, mas as regras de aposentadoria e promoção.

Art. 802. O desconto referido no artigo antecedente far-se-á à vista da certidão do escrivão do processo ou do secretário do tribunal, que deverão, de ofício, ou a requerimento de qualquer interessado, remetê-la às repartições encarregadas do pagamento e da contagem do tempo de serviço, sob pena de incorrerem, de pleno direito, na multa de quinhentos mil-réis, imposta por autoridade fiscal.

Este artigo é inexecutável, tendo em vista os comentários do artigo anterior. (Vide artigo 801CPP).

Art. 803. Salvo nos casos expressos em lei, é proibida a retirada de autos do cartório, ainda que em confiança, sob pena de responsabilidade do escrivão.

A maioria dos processos especificamente no estado de São Paulo já foram e/ou estão sendo digitalizados, portanto, tornaria o artigo obsoleto. No entanto, em outros estados e também no estado de São Paulo ainda existem alguns processos físicos, e estes, sempre devem ser submetidos a registro em livro próprio no cartório, quando forem retirados com carga.

“Ressalvada a hipótese de conclusão ao juiz, a retirada dos autos do cartório, é preciso insistir, só poderá ser feita pelo acusador (Promotor de Justiça ou querelante), pelo defensor (Defensor Público, advogado ou Procurador do Estado, sendo caso), pelo assistente da acusação habilitado ou pelo perito, com vista aberta ou autorização de retirada, sempre por prazo certo.” (MARCÃO, 2016, p. 1181).

Se o prazo for comum, não é permitido a retirada dos autos do cartório, salvo se houver acordo entre as partes. Não existe carga sob o crivo de confiança, apenas

podendo ser realizada sob registro e quando aberta vista ou prazo para manifestação. (HC 83.739/RJ, 5ª Turma, STJ).

Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.

As custas são a soma das despesas de um processo. Caso o acusado seja condenado, deverá pagar as custas do processo, taxas, honorários do perito, diligências do oficial de justiça etc. não há lógica na cobrança de custas do Ministério Público, pois iria onerar o estado pelo seu próprio trabalho. Também, sendo o condenado beneficiário da justiça gratuita, as custas e outras despesas não deverão ser objeto de cobrança.

Em ação penal de iniciativa privada, existe a possibilidade da cobrança da sucumbência relativa à verba honorária do advogado, da parte vencida, no entanto o assunto é polêmico. Vide Súmula Vinculante n. 47. (STJ, 6ª TURMA, AgRg no REsp n. 1.218.726/RJ Rel. Min Sebastião Reis Júnior.) STJ, 3ª Seção, EREsp 1.218.726 /RJ, Rel. Min. Felix Fischer).

Art. 805. As custas serão contadas e cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados.

O pagamento de custas atualmente segue leis especiais específicas e também os Regulamentos Internos dos Tribunais, com tabelas e guias de recolhimento específicas.

Art. 806. Salvo o caso do art. 32, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.

§ 1º Igualmente, nenhum ato requerido no interesse da defesa será realizado, sem o prévio pagamento das custas, salvo se o acusado for pobre.

§ 2º A falta do pagamento das custas, nos prazos fixados em lei, ou marcados pelo juiz, importará renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto.

§ 3º A falta de qualquer prova ou diligência que deixe de realizar-se em virtude do não-pagamento de custas não implicará a nulidade do processo, se a prova de pobreza do acusado só posteriormente foi feita.

O artigo 32 do CPP traz a hipótese de pobreza, ou seja, salvo no caso de ser pobre, o autor de uma ação penal de iniciativa privada, deverá recolher as custas para as devidas diligências processuais. Não confundir com ação penal privada subsidiária da pública, esta, não precisará recolher custas, pois na verdade é pública.

Há julgados em que definiram que tanto a decisão singular que negou seguimento de Recurso Especial, quanto as decisões do STJ que não admitiram Recurso Especial ante a ausência do devido preparo, ferem os princípios constitucionais a presunção de inocência e da ampla defesa. Vide STF, 1ª Turma, HC 95128/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09/02/2010, DJe 040 04/03/2010.

A falta do pagamento das custas, ensejará renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto. Atenção, isto ocorrerá somente em relação ao querelante que dispondo de condições numa ação penal exclusivamente privada ou personalíssima não recolher as custas, pois o querelado, independente de gozar de boa condição financeira, terá seu recurso conhecido. (STJ, 5ª Turma, HC 82.856/SP Rel. Min. Laurita Vaz).

[Art. 807. O disposto no artigo anterior não obstará à faculdade atribuída ao juiz de determinar de ofício inquirição de testemunhas ou outras diligências.](#)

Em nome do princípio da busca verdade real e da eficiência, o juiz como destinatário final da prova, não impedirá, independente do pagamento das custas e da demonstração de pobreza, a realização dos atos de instrução processual.

Este artigo evidencia claramente o sistema inquisitório que este *códex* utiliza. Doutrinariamente tem-se evidenciado que o sistema utilizado pelo Código de Processo Penal nacional é o misto (com características do acusatório e do inquisitório). No entanto, a principal característica que define tal sistema é a gestão da prova. Assim, “o sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz” (COUTINHO, 2001, p. 29).

A característica da separação das funções de acusar e de julgar, é uma característica importante do sistema acusatório, no entanto, não é suficiente esta separação apenas inicial, pois o magistrado continua livre para assumir o papel ativo na busca da prova

e praticando atos típicos da parte acusadora (que neste caso do art. 807, é o próprio querelante). (LOPES, 2010, p. 70).

O grande perigo é que “ abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro” (COUTINHO, 2001, p. 37).

É cediço que a finalidade do processo penal é a averiguação da verdade e a verificação da justiça.

Existem dois caminhos distintos para atingir esse fim, podendo ser um, o acusatório, no qual o juiz sob o manto da imparcialidade, se limita às solicitações e material produzido pelas partes, ou, dois, o inquisitório, no qual é permitido que o juiz atue independentemente para investigar e averiguar os fatos. (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 780).

Desta forma, há de se ter muito cuidado com a atuação ilimitada do juiz na gestão da prova. A busca da verdade pelo magistrado remete à epistemologia inquisitória sistematizada por EYMERICH e ampliada por De La Pena, que foi preservada pelo sistema misto, ainda que de forma velada, contrariando o devido processo legal imposto pela leitura democrático-constitucional, portanto incompatível com o Estado Democrático de Direito que se solidifica com a contenção do poder punitivo. (KHALED, 2016, p. 148).

É imperioso no Estado Democrático de Direito, que haja efetivamente a separação das funções de julgar, acusar e defender, garantindo-se assim um julgamento imparcial.

Art. 808. Na falta ou impedimento do escrivão e seu substituto, servirá pessoa idônea, nomeada pela autoridade, perante quem prestará compromisso, lavrando o respectivo termo.

O serviço judiciário não irá parar pela ausência ou impedimento de um escrivão, escrevente ou oficial de justiça, podendo ser nomeado um escrivão *ad hoc*, ou seja, para o ato, prestando compromisso e firmando um termo. Esta pessoa nomeada, será considerada funcionário público para fins penais.

Art. 809. A estatística judiciária criminal, a cargo do Instituto de Identificação e Estatística ou repartições congêneres, terá por base o boletim individual, que é parte integrante dos processos e versará sobre:

I - os crimes e as contravenções praticados durante o trimestre, com especificação da natureza de cada um, meios utilizados e circunstâncias de tempo e lugar;

II - as armas proibidas que tenham sido apreendidas;

III - o número de delinqüentes, mencionadas as infrações que praticaram, sua nacionalidade, sexo, idade, filiação, estado civil, prole, residência, meios de vida e condições econômicas, grau de instrução, religião, e condições de saúde física e psíquica;

IV - o número dos casos de co-delinquência;

V - a reincidência e os antecedentes judiciários;

VI - as sentenças condenatórias ou absolutórias, bem como as de pronúncia ou de impronúncia;

VII - a natureza das penas impostas;

VIII - a natureza das medidas de segurança aplicadas;

IX - a suspensão condicional da execução da pena, quando concedida;

X - as concessões ou denegações de habeas corpus.

§ 1º Os dados acima enumerados constituem o mínimo exigível, podendo ser acrescidos de outros elementos úteis ao serviço da estatística criminal.

§ 2º Esses dados serão lançados semestralmente em mapa e remetidos ao Serviço de Estatística Demográfica Moral e Política do Ministério da Justiça

§ 3º O boletim individual a que se refere este artigo é dividido em três partes destacáveis, conforme modelo anexo a este Código, e será adotado nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios. A primeira parte ficará arquivada no cartório policial; a segunda será remetida ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere; e a terceira acompanhará o processo, e, depois de passar em julgado a sentença definitiva, lançados os dados finais, será enviada ao referido Instituto ou repartição congênere.

O aprimoramento na relação estatística da nação é ponto crucial para análise do passado mudando o presente com foco na diminuição da criminalidade no futuro. Somente com estatísticas, os analistas serão capazes de realizar políticas sociais voltadas ao problema criminal, implementando políticas públicas com foco na diminuição das estatísticas criminais, desvelando o ponto nevrálgico da criminalidade e aprimorando a legislação.

Há uma grande deficiência estatística nacional, tanto que recentemente foi implantado o BNMP – Banco de Dados de Monitoramento de Prisões, pelo Conselho Nacional de Justiça, que vem sofrendo dificuldades e alimentação do sistema. O acesso a tais dados acaba sendo algo de críticas aos governos, portanto, muitas vezes não há interesse na divulgação e permanecem omissos.

Conforme Nucci, no Estado de São Paulo, a concentração dos dados estatísticos criminais cabe à Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE. Originariamente, chamada de Repartição de Estatística e Arquivo do Estado (1892), era responsável por manter os originais da documentação administrativa e de interesse público do Estado de São Paulo, bem como pelos serviços de estatística e cartografia oficiais e recebidos de particulares. Em 1938, a repartição converteu-se no Departamento de Estatística do Estado de São Paulo, e em 1976, foi incorporado pela Coordenadoria de Análise de Dados. Finalmente, surgiu a Fundação SEADE, concentrando todo o acervo de informações pertinentes aos boletins individuais. O Decreto-lei 3.992/41 criou o modelo de boletim individual, que deveria ser remetido pela polícia e pelos cartórios judiciais ao Instituto de Identificação e Estatística. Entretanto, referido instituto nunca foi oficialmente criado, de modo que o banco de dados contendo estatística criminal, em São Paulo, terminou dividindo-se em vários órgãos, que compõem o Sistema Integrado de Informações Criminais, gerenciado atualmente pela PRODESP – empresa de processamento de dados – envolvendo os dados alimentados pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD), Divisão de Capturas (DVC), Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado (COESPE) e Departamento de Apoio ao Serviço das Execuções Criminais (DECRIM). A Corregedoria Geral da Justiça, a pedido da Fundação SEADE, que contava, em seu acervo, com mais de 2.500.000 boletins individuais sem a devida organização, por falta de estrutura e pessoal, determinou a cessação da remessa dos boletins à referida Fundação, substituindo-os pelo acesso direto e informatizado ao banco de dados que compõe o Sistema Integrado de Informações Criminais (Provimento 35/2000, DOE 16.11.2000, p. 3). Dessa forma, atende-se à exigência legal de formação da estatística judiciária criminal, fazendo-o, no entanto, por intermédio da informatização, que é meio mais completo e seguro de composição de dados, contendo todas as informações pertinentes aos boletins individuais. (NUCCI, 2014, p. 1164).

[Art. 810. Este Código entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.](#)

Tendo em vista que este código entrou em vigor dia 01.01.1942, foi estabelecida a regra do *tempus regit actum*, obedecendo a regra do art 3º deste código. Aos

processos penais que estavam em andamento, sob a vigência do antigo Código, foi observado o Decreto Lei n. 3.931 de 11 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal).

Assim, se o prazo já havia iniciado, inclusive para recursos, deveria seguir o prazo da lei anterior, se esta não estipulasse prazo menor que o fixado no Código de Processo Penal de 1942.

Art. 811. Revogam-se as disposições em contrário.

O Decreto Lei n. 3.689, de 03.10.1941 (Código de Processo Penal), revogou o Regulamento n.120 de 31.01.1884, que regulava a Lei n. 261, de 03.12.1841, bem como todos os diplomas legais posteriores que o alteraram, exceto a legislação especial (CPP, art. 1º).

É importante lembrar que com este código, encerra-se uma fase chamada de pluralista, onde havia um Código de Processo Penal para cada estado. (GOMES FILHO, 2019, p. 1353)

De 1942 em diante, até a presente data, temos um Código de Processo Penal unificado, vigente em todo território nacional.

Enquanto a ideologia do CPP tem um viés autoritária, tendo sempre como foco principal a preocupação com a “segurança pública”, nossa atual Constituição preza por um sistema de garantias individuais, a começar por considerar a inocência do acusado, regra, que terá seu status alterado apenas quando houver sua responsabilidade penal reconhecida por sentença condenatória transitada em julgado, como preceitua o artigo 5º, LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (OLIVEIRA, 2008, p. 26)

A Constituição de 1988, exige do processo penal não só a sua característica primordial, de aplicação de pena, mas principalmente, sua apresentação como um instrumento de garantia do cidadão frente ao poder punitivo estatal. Ocorre uma busca da igualdade, durante a persecução criminal, entre o acusado e o Estado, que “ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias,

como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre o qual exerce o monopólio” (OLIVEIRA, 2008, p. 27).

Apesar de algumas reformas sofridas ao longo dos anos, a contradição entre o sistema processual penal brasileiro, (com resquícios inquisitivos) e o sistema Constitucional Nacional (com caracteres claramente garantistas) permanece. Desta forma, é preciso adequar muitos institutos, realizando-se uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, aguardando-se um novo Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 5 de dezembro de 2020

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 28 dez. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 dez. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, n. 1. Porto Alegre: Notadez, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. In: GOLDSCHMIDT, James. **Decrecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy; FILHO, Alberto Zacarias Toron. **Código de Processo Penal Comentado**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KHALED, Junior, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 4ª ed. Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código de Processo Penal**, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1944, v. VI, p. 463

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**, São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 12.ed.São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. **Curso de Processo Penal**. 9 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.