

DENILSON FEITOZA

Doutor e Mestre em Direito (UFMG/BR)
Procurador de Justiça em Minas Gerais
Master of Arts in Open and Distance Education (OU/UK)
Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP)
Ex-Diretor de Comunicações no Instituto de Ciências Penais (ICP)
Presidente do Instituto Brasileiro de Inteligência Criminal (INTECRIM)
Membro do *International Council for Open and Distance Education* (ICDE)
Membro da *Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie* (IVR)
Professor de Direito Processual Penal, Metodologia da Pesquisa e Inteligência Estatal
Membro da *International Association of Law Enforcement Intelligence Analysts* (IALEIA)
Diretor Financeiro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP)
Diretor-Geral da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais (FESMP/MG)
Diretor Secretário da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI)

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Teoria, Crítica e Práxis

Suplemento eletrônico da 5ª edição

atualizado com as Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008

(“Reforma Processual Penal”)



Editora
IMPETUS

Niterói, RJ
2008

PREFÁCIO

Apresentamos o *Suplemento eletrônico da 5ª. edição* da nossa obra “*Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*”.

Trata-se das modificações feitas pelas Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 no Código de Processo Penal, que têm sido, em conjunto, denominadas “reforma processual penal”.

Agradecemos à Editora Impetus por, gentilmente, ter concordado com a disponibilização gratuita desse material na internet, contribuindo para a livre difusão do conhecimento. Este *Suplemento* poderá ser distribuído e citado, desde que respeitadas os direitos autorais e reconhecida a fonte bibliográfica.

O conteúdo desse *Suplemento* também fará parte da obra de nossa autoria, denominada *Reforma processual penal*, que será, em breve, publicada pela mesma editora.

Este *Suplemento eletrônico* foi feito em consonância com a 5ª. edição da obra *Direito processual penal*, a qual tem a base teórica e constitucional, sobretudo principiológica, necessária para se ter uma perfeita compreensão das atualizações.

Ele segue a estrutura da 5ª. edição, referindo apenas os itens em que há modificação. Desse modo, primeiro, o sumário somente contém os itens que se encontram neste *Suplemento*. Segundo, indicaremos as supressões por meio de colchetes: [...]. Terceiro, as informações completas das referências encontram-se na obra *Direito processual penal*, salvo quanto aos novos itens bibliográficos, cujos dados completos foram informados, em nota de rodapé, na primeira vez em que foram citados.

O *Suplemento eletrônico* pode ser citado da seguinte forma, por exemplo referindo um trecho específico (princípio da proporcionalidade):

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis: suplemento eletrônico da 5ª.edição*. Niterói: Impetus, 2008. p. 13-21. Disponível em: <www.impetus.com.br>. Acesso em: 3 set.2008.

No caso de referências completas, o trecho “p. 13-21” deve ser substituído pelo número de páginas des  *Suplemento*: 188 p. O endereço na internet e a data de acesso variarão conforme o local onde obteve o documento e a data do primeiro acesso.

Em termos editoriais, a maior parte de nossa obra impressa *Direito processual penal* continua atualizada, pois a “reforma processual penal” se refere a temas específicos. A referência completa da obra *Direito processual penal* é a seguinte:

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2008. 1023 p.

Agradecemos aos inúmeros profissionais e alunos que adquiram nossa obra “*Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*”. A 5ª. edição esgotou-se em menos de um mês, seguida pela primeira e segunda tiragens. Este *Suplemento eletrônico* é um símbolo de profundo respeito por todos aqueles que confiaram em nossa obra.

Sugerimos o *Adendo*, material resumido com 20 p., a quem deseje apenas uma visão geral da “reforma processual penal”, também de nossa autoria e disponível em www.impetus.com.br .

As referidas leis estão disponíveis em www.presidencia.gov.br, onde também poderá ser encontrado o Código de Processo Penal atualizado.

A Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, publicada em 10.06.2008, em vigor a partir de 09.08.2008, modificou o tribunal do júri e o respectivo procedimento. Ela é oriunda do Projeto de Lei 4203/2001.

Alterou os arts. 406 a 497 (júri) e o art. 581, IV (recurso em sentido estrito).

Revogou o inciso VI do art. 581 (absolvição sumária) e o capítulo que continha os arts. 607 e 680 (protesto por novo júri).

A Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, publicada em 10.06.2008, em vigor a partir de 09.08.2008, trata, basicamente, de provas e é oriunda do Projeto de Lei 4205/2001.

Alterou os arts. 155 (livre apreciação da prova), 156 (prova da alegação, produção de provas pelo juiz, produção antecipada de provas), 157 (provas ilícitas), 159 (exame de corpo de delito), 201 (ofendido), 210, 212, 217 (testemunhas) e 386 (sentença absolutória).

A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, publicada em 23.06.2008, em vigor a partir de 22.08.2008, trata, na maior parte, de procedimentos e é oriunda do Projeto de Lei 4207/2001.

Alterou os arts. 63 (ação civil *ex delicto*), 257 (Ministério Público), 265 (defensor), 362 (citação por hora certa), 363 (formação do processo e citação por edital), 383 (*emendatio libelli*), 384 (*mutatio libelli*), 387 (sentença condenatória e prisão provisória), 394 a 405 (procedimentos ordinário e sumário), 531 a 538 (procedimento sumário).

Revogou os arts. 43 (rejeição denúncia ou queixa), 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540 (procedimentos), 594 (direito de recorrer e liberdade provisória), os §§ 1º e 2º do art. 366 (produção de prova e comparecimento acusado), os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538 (procedimento sumário).

Um forte abraço do autor.

Belo Horizonte/MG  de setembro de 2008.

Denilson Feitoza
dr.denilson.feitoza@gmail.com

SUMÁRIO

3	NORMA PROCESSUAL PENAL II: ASPECTOS TEMPORAL, ESPACIAL E SUBJETIVO	8
3.1	<i>Lei processual penal no tempo e direito processual penal intertemporal</i>	8
3.1.2	Norma mista e princípios da temporalidade da lei penal – a reforma processual penal e as Lei 11.689, 11.690 e 11.719/2008	8
4	NORMA PROCESSUAL PENAL III: PRINCÍPIOS	10
4.1	<i>Introdução: regras, princípios e postulados</i>	10
4.2	<i>Princípios informativos</i>	10
4.3	<i>Princípios fundamentais ao processo penal</i>	10
4.3.6	Princípio da proporcionalidade	10
7	PERSECUÇÃO PENAL IN IUDICIO I: AÇÃO PENAL	21
7.6	<i>Condições da ação penal</i>	21
7.12.9	Rejeição da denúncia ou queixa	26
7.12.9.1	Geral	26
9	PERSECUÇÃO PENAL IN IUDICIO III: PROCEDIMENTOS PRINCIPAIS	28
9.1	<i>Introdução – procedimentos comuns/especiais e aplicabilidade a outros procedimentos</i>	28
9.2	<i>Princípios</i>	31
9.2.1	Geral	31
9.2.10	Princípio da oralidade – princípio da identidade física do juiz	32
9.3	<i>Procedimento comum ordinário</i>	34
9.4	<i>Procedimento comum sumário</i>	40
9.5	<i>Procedimento dos crimes de competência do tribunal do júri</i>	44
9.5.1	Introdução 	44
9.5.2	Procedimento	44
9.5.2.1	Iudicium accusationis – primeira fase	44
9.5.2.2	Iudicium causae – segunda fase	51
9.5.3	Acusação e instrução preliminar – juntada de documentos	54
9.5.4	Pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e “desclassificação”	54
9.5.4.1	Fase decisória no iudicium accusationis	54
9.5.4.2	Pronúncia	55
9.5.4.3	Impronúncia	59
9.5.4.4	Desclassificação	61
9.5.4.5	Absolvição sumária do art. 415 do CPP	64
9.5.4.6	Intimação da decisão de pronúncia	66
9.5.5	Preparação do processo para julgamento	70
9.5.6	Alistamento dos jurados	73
9.5.7	Desaforamento	74
9.5.8	Organização da pauta	75
9.5.9	Sorteio e convocação dos jurados	75
9.5.10	Função do jurado	76
9.5.11	Composição do tribunal do júri, formação e dissolução do conselho de sentença	76
9.5.11.1	Composição do tribunal do júri	76

9.5.11.2	Impedimentos, incompatibilidades e suspeição de jurados	77
9.5.11.3	Impedimentos decorrentes de participação em julgamento anterior	77
9.5.11.4	Competência para mais de um julgamento	78
9.5.11.5	Dissolução do conselho de sentença	78
9.5.12	Reunião e sessões do tribunal do júri	78
9.5.12.1	Geral	78
9.5.12.2	Abertura, isenções e dispensas de jurados, adiamento, falta das partes e não-comparecimento do acusado ou de testemunha	79
9.5.12.3	Número mínimo de jurados para instalação	80
9.5.12.4	Sorteio e recusas motivadas	80
9.5.12.5	Incomunicabilidade	80
9.5.12.5	Sorteio, recusas imotivadas, “estouro de urna” e separação de julgamento	81
9.5.13	Instrução em plenário – declarações do ofendido, inquirições de testemunhas, peritos, interrogatório e algemas	86
9.5.13.1	Momento da instrução	86
9.5.13.2	Inquirição das testemunhas e ofendidos	86
9.5.13.3	Esclarecimento dos peritos, acareações, reconhecimentos e leitura de peças	87
9.5.13.4	Interrogatório do acusado	87
9.5.13.5	Uso de algemas	88
9.5.13.6	Registros, contraditório e plenitude da defesa	88
9.5.14	Debates – duração, apartes, referência à pronúncia, leitura de documentos e diligências	88
9.5.15	Questionário e sua votação	91
9.5.16	Sentença	102
9.5.16.1	Condenação	102
9.5.16.2	Absolvição	104
9.5.16.3	Desclassificação e juizados especiais criminais	105
9.5.16.4	Absolvição, desclassificação e crimes conexos	108
9.5.16.5	Publicação e intimação	109
9.5.17	Ata dos trabalhos	110
9.5.18	Atribuições do presidente do tribunal do júri	110
12	PERSECUÇÃO CIVIL <i>IN IUDICIO</i> I: AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>	111
12.3	<i>Execução civil da sentença penal condenatória transitada em julgado</i>	111
14	SUJEITOS DO PROCESSO	112
14.3	Ministério Público 	112
14.6	Defensor e curador	112
15	TEORIA DA PROVA	114
15.1	Introdução	114
15.1.1	Definições, finalidade, destinatário e elementos – provas antecipadas, cautelares e não-repetíveis, e elementos informativos	114
15.1.3	Provas ilícitas e ilegítimas	117
15.1.3.1	Noção, classificação e constitucionalidade da definição de prova ilícita	117
15.1.3.2	Provas ilícitas no processo penal estadunidense (exclusionary rule)	120
15.1.3.3	Exceção da boa-fé ao princípio da licitude (good faith exception)	122
15.1.3.4	Extensão do "princípio da exclusão" (princípio da licitude) a procedimentos diversos	123
15.1.3.5	A doutrina dos frutos da árvore venenosa (fruits of the poisonous tree doctrine) ou teoria da prova ilícita por derivação e as provas derivadas, nos EUA e no Brasil	124
15.1.3.6	A limitação da fonte independente ("independent source" limitation), nos EUA e no Brasil	124
15.1.3.7	A limitação da descoberta inevitável ("inevitable discovery" limitation), nos EUA e no Brasil	125

15.1.3.8	A limitação da contaminação expurgada ("purged taint" limitation) ou da conexão atenuada ("attenuated connection" limitation)	127
15.1.3.9	O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas	127
15.1.3.10	A eficácia das provas ilícitas	127
15.1.4	Princípios aplicáveis à prova penal	131
15.1.4.7	Princípio do livre convencimento, princípio da persuasão racional do juiz, princípio da íntima convicção e princípio da prova real – art. 155 do CPP	131
15.1.7	Objeto da prova e pressupostos para coleta e produção – adequação, necessidade e proporcionalidade	133
15.1.7.1	Definição	133
15.1.7.2	Fatos que independem de prova	133
15.1.7.3	Fatos que dependem de prova	133
15.1.7.4	Pressupostos para coleta e produção de provas – produção antecipada de provas – prova judicial ex officio – art. 156 do CPP	133
15.1.9	Ônus da prova	137
15.2	<i>Exame de corpo de delito e perícias em geral</i>	137
15.2.1	Introdução	137
15.2.2	Perícias em geral	139
15.5	<i>Testemunhas</i>	143
15.6	<i>Ofendido</i>	145
15.12	<i>Recepção, interceptação e gravação das comunicações</i>	145
15.12.1	Geral	145
15.12.2	Comunicações telefônicas	150
15.12.3	Comunicações ambientais, radioelétricas, ópticas, acústicas e de dados (informática e telemática)	150
15.12.4	Comunicações epistolares	150
15.13	<i>Quebra de sigilo bancário</i>	150
15.14	<i>Quebra de sigilo fiscal</i>	150
15.15	<i>Identificação criminal</i>	150
15.16	<i>Intervenções corporais</i>	150
15.17	<i>Infiltração</i>	151
15.17.1	Hipóteses, limites e justificação legais	151
15.17.2	Agente infiltrado – infiltração – definição e natureza jurídica	151
15.17.3	Procedimento de infiltração	151
15.17.4	Análise pós-infiltração e situação do agente infiltrado	151
15.18	<i>Atividades de inteligência</i>	151
16	MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS I: PRISÃO PROVISÓRIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS E MITIGADAS	152
16.5	<i>Prisão na pronúncia e prisão na sentença condenatória recorrível</i>	152
17	MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS II: LIBERDADE PROVISÓRIA	159
17.8	<i>Liberdades do art. 594 do CPP e do art. 59 da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas)</i>	159
17.9	<i>Liberdades do art. 408, §§ 2º e 3º, CPP</i>	159
20	ATOS PROCESSUAIS I: DEFINIÇÕES, CLASSIFICAÇÕES, PRAZOS, PRINCÍPIOS, CITAÇÕES E INTIMAÇÕES	160
20.3	<i>Citação</i>	160

20.3.1	Geral	160
20.3.7	Citação por edital e citação por hora certa	161
20.3.7.1	Citação por edital	161
20.3.7.2	Citação por hora certa	162
20.3.8	Citação de réu no estrangeiro: carta rogatória	164
20.3.9	Citação em legações estrangeiras	164
20.3.10	Citação por carta de ordem	164
20.3.11	Citação por edital, suspensão, revelia e art. 366 do CPP	165
20.3.11.1	Suspensão do processo e da prescrição e incindibilidade da norma	165
20.3.11.2	Necessidade da prova durante a suspensão	165
20.3.11.3	Revelia	165
20.3.11.4	Duração das suspensões do processo e da prescrição	165
20.3.11.5	Manutenção da suspensão do processo e continuação da prescrição	165
20.3.11.6	Aplicabilidade ou não ao processo penal militar	165
20.3.11.7	Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998) e art. 366 do CPP	165
20.3.11.8	Prisão preventiva e art. 366 do CPP	166
20.3.12	Citação no CPPM	166
21	ATOS PROCESSUAIS II: SENTENÇA E OUTROS PROVIMENTOS JUDICIAIS	167
21.2	<i>Sentenças em geral</i>	167
21.2.1	Princípios	167
21.2.2	Requisitos	168
21.2.3	<i>Emendatio libelli</i>	168
21.2.4	<i>Mutatio libelli</i>	170
21.2.4.1	Noção	170
21.2.4.2	Mutatio libelli dos revogados caput e parágrafo único do art. 384 do CPP	170
21.2.4.3	Mutatio libelli do art. 384 do CPP com a nova redação da Lei 11.719/2008	171
21.2.4.4	Crítica	178
21.2.5	<i>Emendatio libelli e mutatio libelli no CPPM</i>	178
21.3	<i>Sentença condenatória</i>	179
21.3.1	Geral	179
21.3.2	Dosimetria da pena	180
21.4	<i>Sentença absolutória</i>	180
21.4.1	Absolvição em geral	180
21.4.2	Absolvição sumária do art. 397 do CPP	181
21.5	<i>Coisa julgada</i> 	186
23	IMPUGNAÇÕES I: RECURSOS	187
23.4	<i>Protesto por novo júri</i>	187

3 NORMA PROCESSUAL PENAL II: ASPECTOS TEMPORAL, ESPACIAL E SUBJETIVO

3.1 Lei processual penal no tempo e direito processual penal intertemporal

3.1.2 Norma mista e princípios da temporalidade da lei penal – a reforma processual penal e as Lei 11.689, 11.690 e 11.719/2008

[...]

As Leis 11.698/2008 (júri), 11.690/2008 (provas) e 11.719/2008 (procedimentos, *emendatio libelli*, *mutatio libelli*, fundamentos absolutórios, direito de recorrer, efeitos civis etc.) produziram extensas e profundas modificações no Código de Processo Penal, com o que se coloca a questão da aplicabilidade do princípio do efeito imediato e da teoria das normas mistas.

Não podemos levar ao extremo a teoria das normas mistas, pois, nessa linha, o próprio procedimento processual penal como um todo afeta a aplicação da pena e, assim, seria aplicável o procedimento vigente ao tempo da prática da infração penal.

Acabaríamos chegando à conclusão de que há um direito ao procedimento integral vigente ao tempo da infração penal, que seria o *devido* pelo Estado ao acusado, por força do princípio constitucional do devido processo legal. Considerando o procedimento integral, em vez de atos processuais isoladamente, teríamos grande dificuldade para saber que procedimento seguir diante de alterações “processuais materiais” (ou mistas) contraditórias, por haver, simultaneamente, normas benéficas e prejudiciais ao acusado.

A própria Constituição distingue os direitos penal e processual, conforme se verifica na competência privativa da União para legislar, distintamente, sobre direito penal e processual (art. 22, I, CR).

Assim, a Constituição se refere especificamente ao direito penal, quando ela estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL), com o que institui o princípio da temporalidade da lei penal, com seus subprincípios da retroatividade da lei mais benéfica (ao investigado, réu ou condenado), da ultra-atividade da lei mais benéfica e da irretroatividade da lei mais gravosa.

Essa idéia de um direito ao procedimento integral não encontra, portanto, respaldo na Constituição. Seria possível que a lei infraconstitucional estabelecesse que o procedimento anterior continuasse, mesmo entrando em vigor um novo procedimento. Todavia, isso não seria feito como uma decorrência direta de normas constitucionais – seria, a rigor, uma opção legislativa do legislador infraconstitucional, como é a opção atual pelo princípio do efeito imediato.

A mesma idéia se aplica aos institutos processuais que compõem o procedimento.

Não podemos atribuir caráter penal a institutos processuais de maneira generalizada, como se não houvesse a distinção constitucional entre direito penal e direito processual, com regimes jurídicos distintos (art. 5º, XL, e art. 21, I, CR).

Os institutos, previstos em dispositivos constitucionais, como ação penal, prisão provisória, liberdade provisória e outros são, de modo geral, de direito processual, submetidos ao regime jurídico-processual.

A invocação geral do *status libertatis* nos levaria à idéia radical do procedimento integral, pois o processo penal, com um todo, pode afetar a aplicação da pena e, desse modo, afinal de contas, tudo seria direito penal. Mas, como vimos, a Constituição não autoriza essa conclusão radical, pois ela mesma distingue direito penal e direito processual penal.

Aliás, nada é mais característico do direito processual penal do que a possibilidade da prisão provisória. Isso é o que faz com que, por mais que tentemos do ponto de vista teórico, não consigamos aplicar, sem maior reflexão e prudência, as normas do processo civil ao processo penal, em temas como ação penal, condições da ação, capacidade processual, recursos etc. Um código único de processo, abrangente do processo civil e penal, não mudaria isso, pois, no momento da aplicação ao processo penal, teremos a questão da prisão provisória exigindo adequações à realidade.

Por isso, pretender que a prisão provisória é regida por norma mista é, a nosso ver, não compreender o que caracteriza o processo penal de maneira intrínseca. O mesmo ocorre com outras medidas cautelares pessoais como a liberdade provisória¹.

Se ninguém jamais fosse preso provisoriamente, talvez finalmente chegássemos ao ideal racionalista de um direito processual único. Mas isso sequer é uma utopia, pois esta, pelo menos, pode ser concebida como projeto alternativo de organização, “capaz de indicar potencialidades realizáveis e concretas em uma determinada ordem política constituída”².

Examinar cada instituto processual, no seu contexto específico, respeitando as diferenciações constitucionais, para avaliar que casos se submetem à teoria das normas mistas e, por conseguinte, ao princípio da temporalidade da lei penal, dá trabalho, exige raciocínio.

Bem mais fáceis são a sofreguidão libertária, a gana punitiva e o terrorismo das inconstitucionalidades, baseados em abstrações e generalizações indevidas – simplificam o pensamento e complicam a realidade.

Veremos, em itens  específicos, o que ocorre com a intimação da pronúncia por crime inafiançável, a impronúncia, o protesto por novo júri etc., como decorrência da “reforma processual penal” efetuada pelas Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008.

¹ Em sentido contrário, entendendo que “as normas sobre medidas cautelares privativas ou restritivas da liberdade, por envolverem o *status libertatis* do indivíduo, afetando direitos e garantias que lhe são constitucionalmente assegurados, têm conteúdo misto”: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Problemas de direito intertemporal e as alterações do Código de Processo Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 16, n. 188, p. 25, jul.2008.

² DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Versão 2.0a. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. CDROM.

4 NORMA PROCESSUAL PENAL III: PRINCÍPIOS

4.1 Introdução: regras, princípios e postulados

[...]

4.2 Princípios informativos

[...]

4.3 Princípios fundamentais ao processo penal

[...]

4.3.6 Princípio da proporcionalidade

De acordo com Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade é, indubitavelmente, o mais importante mecanismo de proteção eficaz da liberdade na ordem constitucional de nossos dias e “Urge fazê-lo alvo, pois, das reflexões mais atualizadas e atualizadoras de nossos dias em matéria de defesa de direitos fundamentais perante o poder do Estado”. Ele ainda assevera:

Chegamos, por conseguinte, ao advento de um novo Estado de Direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da proporcionalidade, aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas de lei.³

No estrangeiro, o princípio da proporcionalidade tem sido alvo constante de teses acadêmicas⁴, que, entretanto, deixam o tema em aberto no Brasil, tendo em vista a especificidade do "ordenamento jurídico" brasileiro. No Brasil, foi realizada a primeira tese de doutorado sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade especificamente ao direito processual penal brasileiro⁵.



³ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 358 e 386.

⁴ Por exemplo, algumas obras são: SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000; CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, 1999; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990; STELZER, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1991; KIM, *Gefährlichkeitsprognose im Maßregelrecht des StGB: unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit*, 2000; ALBRECHT, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, 1995; DENEGER, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, 1985; NEUMANN, *Vorsorge und Verhältnismäßigkeit: Die kriminalpräventive Informationserhebung im Polizeirecht*, 1994; LEISNER, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, 1997; WIESER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung*, 1991; AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, 1999; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2003.

⁵ Tratamos do tema com profundidade e amplitude em nossa tese de doutorado, que pode ser conferida em sua versão editorial: PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Niterói: Lumen Juris, 2007. Aqui, apenas reproduzimos algumas partes.

As literaturas alemã, austríaca, italiana e espanhola⁶ encontram-se bastante desenvolvidas no tema do princípio da proporcionalidade, em variados ramos jurídicos. A literatura em língua inglesa começa a se desenvolver⁷.

A tendência, no Brasil e no estrangeiro, é a afirmação da natureza constitucional do princípio da proporcionalidade⁸. Isso possibilita que o juiz, no sistema brasileiro de controle difuso da constitucionalidade, deixe de aplicar determinada norma legal, por violar o princípio da proporcionalidade e, por conseguinte, a Constituição.

O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito. Há várias teses sobre seu fundamento jurídico; assim, o princípio da proporcionalidade: a) é corolário do princípio do Estado de Direito⁹ (art. 1º, *caput*, CR); b) é inferido de outros princípios que lhe são afins, especialmente do princípio da igualdade¹⁰; c) decorre da essência dos direitos fundamentais¹¹; d) é derivado do princípio do devido processo legal substancial¹²; e) é um princípio constitucional independente – não deriva nem depende de qualquer outro princípio¹³.

Temos um entendimento próprio sobre seu fundamento jurídico. Assim nos manifestamos em outro trabalho:

O princípio da proporcionalidade, enquanto constituído pelas regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é, portanto, uma implicação lógica do caráter jurídico da Constituição como norma rígida

⁶ Nas referências bibliográficas de nossa pesquisa de doutorado, consta, além das obras referidas acima, uma lista vastíssima da pesquisa bibliográfica que fizemos a respeito, cuja menção aqui ficaria muita extensa e desnecessária.

⁷ Por exemplo: EMILIOU, *Principles of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, 1996; ELLIS, *Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1999; THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, 2000.

⁸ Quanto à doutrina estrangeira, veja algumas referências bibliográficas acima. Quanto à doutrina nacional, veja os autores nacionais citados abaixo, neste item sobre proporcionalidade.

⁹ É a corrente dominante na Alemanha. Nesse sentido, Raquel Denize STUMM (*Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, 1995, p.120-2) entende que o princípio da proporcionalidade é um subprincípio do princípio do Estado de Direito. Veja, ainda, o pensamento de Suzana de Toledo Barros adiante.

¹⁰ É o entendimento de Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 395.

¹¹ Para Suzana de Toledo BARROS (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2000), sob o enfoque da lei com significado material, e não meramente formal, em que a *ratio essendi* da lei deve ser testada, quando for restringir direitos fundamentais, a fim de saber se é realmente adequada para conseguir o objetivo de harmonizar os diversos interesses concorrentes: (...) *é deveras claro que o princípio da proporcionalidade decorre do Estado de Direito, ou do Estado Democrático de Direito, ou da idéia de direitos fundamentais* (p. 98). Adiante, arremata (p. 212-3): *O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito. É haurido principalmente da conjugação dos arts. 1º, III; 3º, I; 5º, caput, II, XXXV, LIV e seus §§ 1º e 2º; 60, § 4º, IV. Nesse sentido, complementa o princípio da reserva da lei, a ele incorporando-se, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional.*

¹² A respeito, Raquel Denize STUMM (*Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, 1995, p.173) conclui: *A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados. O núcleo essencial dos direitos fundamentais deve sempre ser resguardado de arbitrariedades, ou de excessos cometidos contra eles.*

Nesse sentido, tem o princípio da proporcionalidade um papel importantíssimo para a racionalidade do Estado de Direito: a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o princípio do devido processo legal tem a sua razão de existência no Estado de Direito e é procedimentalizado pelo princípio da proporcionalidade, que é um princípio jurídico-material.

¹³ É a posição de Willis Santiago GUERRA FILHO, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 1999, p. 79-80.

hierarquicamente superior, atributiva de proporções e impositiva de eficiência. Portanto, o princípio da proporcionalidade, apesar de ter sua origem como garantia de direitos fundamentais, aplica-se, presentemente, a quaisquer entes normativos, sejam objetivos, princípios, regras, direitos, deveres, garantias, interesses ou bens jurídicos, com uma carga argumentativa em favor dos fundamentais.

A pluralidade de fundamentos normativos do princípio da proporcionalidade decorre de sua inerência ao Direito. Por isto é possível interpretá-lo como corolário de entes normativos variados como princípio do Estado de Direito, princípio do devido processo legal, princípio da razoabilidade, princípio da igualdade, caráter principal das normas de direitos fundamentais, idéia de direitos fundamentais etc.¹⁴

Utilizando interpretação sistemática, o princípio da proporcionalidade pode ser facilmente inferido, por raciocínio indutivo, de normas constitucionais específicas, após o que, por raciocínio dedutivo, pode ser aplicado a qualquer caso particular. Nessa linha, Paulo Bonavides infere o princípio da proporcionalidade de diversos enunciados constitucionais:

O Direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo, como sói ocorrer, por exemplo, com alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§ 1º do art. 149)¹⁵ ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (caput do § 1º do art. 45).

A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional:

– Incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas c e d do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; caput do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; caput e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos¹⁶.

Essa inferência é juridicamente possível, conforme conclui Paulo Bonavides:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e

¹⁴ FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007.

¹⁵ O correto seria art. 145 da CR. Trata-se do § 1º do art. 145 da CR, no campo do direito tributário, relativamente ao caráter pessoal e à graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte.

¹⁶ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 395. Em vez de “alíneas c e d do inciso III do art. 40” deveria ser art. 40, § 1º, III, a e b, e no lugar de “inciso V do art. 40” deveria ser art. 49, V, CR.

dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.¹⁷

De modo geral, as doutrinas estrangeira¹⁸ e nacional¹⁹ têm firmado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo (*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne*)²⁰ como subdividido em subprincípios: princípio da adequação ou da idoneidade (*Geeignetheit* ou *idoneità del provvedimento*), princípio da necessidade (*Erforderlichkeit* ou *necessità del provvedimento*) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* ou *proporzionalità*)²¹.

Conforme dissemos em outra obra nossa²²:

[...] a noção de proporcionalidade pode ser tratada, por enfoques diferentes, como princípio, postulado e regra.²³

O princípio da proporcionalidade é um estado ideal de coisas a ser atingido, no qual todas as intervenções em direitos fundamentais somente seriam feitas se, previamente, tivessem sido examinadas e satisfeitas sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, podemos pensar a proporcionalidade lato sensu e seus componentes idoneidade, necessidade e proporcionalidade stricto sensu como princípios cujo fim é promover um estado de coisas no qual todas as medidas legislativas, judiciais e administrativas sejam adequadas, necessárias e proporcionais stricto sensu relativamente aos direitos fundamentais. Para tanto, todos os meios necessários à realização desse estado ideal devem ser realizados, por exemplo, de lege ferenda, estabelecendo-se a exigência legal de sua demonstração prévia à realização de atos probatórios.

O postulado da proporcionalidade é uma norma imediatamente metódica, que estrutura a interpretação e aplicação de enunciados normativos que impliquem intervenções em direitos fundamentais, mediante a exigência específica de relações e critérios determinados. Dessa forma, a proporcionalidade lato sensu impõe um determinado método argumentativo, consistente em se fundamentarem as intervenções em direitos fundamentais em três passos específicos seqüenciais, que são os exames da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade stricto sensu.

Esses passos específicos da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade stricto sensu também podem ser vistos como regras²⁴ da proporcionalidade lato sensu, pois são reconduzíveis a uma formulação hipotético-



¹⁷ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 396.

¹⁸ Neste sentido, vejam-se os títulos alemães, italianos, austríacos e espanhóis que citamos acima.

¹⁹ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2001; QUEIROZ, *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas: e sua repercussão no processo civil brasileiro*, 2001; SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição federal*, 2002; BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2000; STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*, 2001 e outros.

²⁰ Há quem prefira denominar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo como princípio da vedação de excesso (*Übermaßverbot*); por exemplo, é o caso de Peter LERCHE (*Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, 1961).

²¹ As traduções entre parênteses estão respectivamente em alemão e italiano.

²² FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 71-72.

²³ Vide item 4.1 sobre a distinção entre princípio, regra e postulado.

²⁴ Laura Clérico, por exemplo, refere-se a “regras e princípios do mandamento da adequação” (*Regeln und Grundsätze des Gebots der Geeignetheit*), “regras e princípios do mandamento da necessidade” (*Regeln und Grundsätze des Gebots der Erforderlichkeit*) e “regras e princípios do mandamento da proporcionalidade” (*Regeln und Grundsätze des Gebots der Proportionalität*) (CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, 2001, p. 339-348).

condicional imediatamente descritivo-comportamental como uma regra. Por exemplo, se a prisão temporária não é idônea, então ela é inconstitucional (e, portanto, deve ser relaxada), ou, ainda, se a decisão judicial não fundamenta a necessidade da prisão preventiva, então a decisão judicial é nula (e, por conseguinte, a prisão preventiva deve ser relaxada).

A idéia de princípio abrange as outras, pois a noção de princípio pode conter subprincípios, regras e postulados necessários à promoção de seu fim. Ademais, o vocábulo princípio já é consagrado e tem larga tradição na doutrina e na jurisprudência brasileiras e é compatível com a noção de princípio formal metodizante, a qual seria uma outra forma de se entender a noção de postulado.

Assim, manteremos as terminologias princípio da proporcionalidade e subprincípios da adequação (ou idoneidade), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, com a ressalva de que, dependendo do enfoque, também abrangem as correspondentes regras e postulados.

O princípio da adequação ou da idoneidade²⁵ (*Grundsatz der Geeignetheit*, em alemão, ou *idoneità del provvedimento*, em italiano) tem tido várias denominações alemãs ao longo de sua história, como *Geeignetheit* (adequação, idoneidade), *Tauglichkeit* (aptidão), *Zweckmäßigkeit* (“apropriabilidade”, utilidade), *Zweckgemäßheit* (utilidade) e *Zwecktauglichkeit* (aptidão do fim)²⁶. Também denominado, em português, princípio da pertinência ou da aptidão²⁷.

Bernal Pulido apresenta uma noção do subprincípio da idoneidade ou adequação da seguinte forma: “De acordo com este subprincípio, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir à obtenção de fim constitucionalmente legítimo.”²⁸

De acordo com essa noção, o subprincípio da adequação impõe duas exigências a todas as intervenções em direitos fundamentais: a) a existência de um fim constitucionalmente legítimo; b) a adequação ou idoneidade da medida (ou meio) para favorecer a obtenção desse fim.

Portanto, primeiro, verificam-se qual fim a medida ou meio interventivo procura realizar e a legitimidade constitucional desse fim e, segundo, examina-se a relação entre o meio interventivo (legislativo, judicial ou administrativo) e o fim, para determinar se o meio favorece, de algum modo, a realização do fim.

Se o fim do meio interventivo é constitucionalmente ilegítimo ou se não há fim algum, o meio interventivo é arbitrário. A inadequação, no seu extremo, equivale, juridicamente, à arbitrariedade, pois pode-se dizer que o meio não é adequado a obter um fim constitucionalmente legítimo. O meio interventivo, desse modo, é arbitrário, desproporcional por falta de adequação, e deve ser considerado inconstitucional.

Se o fim ou finalidade do meio interventivo no direito fundamental é constitucionalmente legítimo, examina-se, em seguida, a adequação da relação meio-fim.

²⁵ Conforme tratamos em FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 153-154.

²⁶ JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 64; HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 19 a 25.

²⁷ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 360.

²⁸ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2003, p. 687, em nossa tradução livre.

No direito processual penal brasileiro, a adequação deve ser aferida em relação aos fins imediatos e mediatos da persecução criminal²⁹.

O princípio da adequação diz respeito à aptidão ou adequação que determinado meio deve ter para alcançar o “fim legítimo pretendido”, ou seja os fins da persecução criminal. Por exemplo, a prisão preventiva do réu (meio), no caso concreto, é apta a impedir a interferência do réu no depoimento de testemunhas (fim imediato da persecução criminal – demonstrar a existência ou inexistência da infração penal e sua autoria)?

A adequação pode ser aferida também em relação a fins mediatos especiais da persecução criminal. Um inquérito policial ou processo penal por crime contra o meio ambiente pode ilustrar essa aplicação. O meio ambiente, enquanto bem jurídico constitucional, no caso, é fim mediato especial:

Problematizando: a realização do fim imediato promove a realização do fim mediato especial (ou específico)? Por exemplo, a prisão provisória de um “técnico de meio ambiente”, por um eventual crime ambiental de menor gravidade, poderia entrar em conflito com a proteção do bem constitucional meio ambiente, se ele fosse o único “agente de proteção do meio ambiente” da localidade. A realização do fim imediato da persecução criminal não contribuiria, no caso, por hipótese, para o fim mediato, de nível constitucional, com o que se exigiria uma argumentação reforçada para que houvesse a prisão e uma carga argumentativa favorável à manutenção da liberdade. Desse modo, a questão poderia ser tratada na perspectiva processual, sem necessariamente afetar a matéria penal, ou seja, a persecução criminal poderia continuar, chegando mesmo a uma sentença penal condenatória transitada em julgada.³⁰

BERNAL PULIDO apresenta³¹ sua noção do subprincípio da necessidade por meio de uma regra:

De acordo com o subprincípio da necessidade, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito fundamental afetado, entre todas aquelas que tenham pelo menos a mesma idoneidade para contribuir a alcançar o objetivo proposto.³²

O princípio da necessidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit* ou *Grundsatz der Notwendigkeit*) é também conhecido como princípio da “intervenção mínima” (*Grundsatz des Interventionsminimum*), do “meio mais brando/suave/benigno/moderado” (*Grundsatz des mildesten Mittels*), da “menor intervenção possível” (*Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs*), da “exigibilidade” (*Grundsatz der Erforderlichkeit*³³), da “subsidiariedade” (*Grundsatz der Subsidiarität*) ou do “meio mais moderado” (*Grundsatz des schonendsten Mittels*)³⁴.

²⁹ Vide itens 1.2.2 e 1.2.3 sobre os fins da persecução criminal.

³⁰ FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 181.

³¹ Conforme tratamos em FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 199-200.

³² BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2003, p. 734, em nossa tradução livre. Vide também: CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, p. 74; RESS, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht”, p. 17; HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 56 et seq e 169 et seq; ALBRECHT, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 71; JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 66 et seq e p. 75 et seq (outras denominações).

³³ Outra tradução possível para *Erforderlichkeit*.

³⁴ JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 56 et seq; BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 369.

O princípio da necessidade se refere à utilização do meio que menos interfira em um direito fundamental, sem entrar na questão da adequação entre meios e fins. Por exemplo, se podemos conseguir as provas por meio de provas testemunhais, por que violar a intimidade do réu com uma interceptação telefônica? Por que decretar prisão preventiva, com fundamento na conveniência da instrução criminal, supondo que o réu destruiria documentos comprometedores, se bastam a busca e a apreensão para resguardá-los?

O subprincípio ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito³⁵ (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* ou *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S.*) também tem sido denominado *Proportionalität* (proporcionalidade) e, impropriamente³⁶, *Übermaßverbot* (proibição ou vedação de excesso) em alemão.

O princípio da proporcionalidade, no sentido abrangente dos três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), também é denominado princípio da proporcionalidade em sentido amplo (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne* ou *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.w.S.*). Geralmente, quando se quer referir especificamente ao subprincípio, costuma-se acrescentar a expressão *stricto sensu* ou *em sentido estrito*.³⁷

BERNAL PULIDO apresenta sua definição, acompanhada da respectiva estrutura argumentativa, no formato de regras:

*Regra 48. Conforme o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa.*³⁸

Regra 49. De acordo com a definição anterior, a seqüência argumentativa do princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve estruturar-se em três passos:

1. *O primeiro consiste em determinar as magnitudes que devem ser ponderadas, isto é, a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa.*
2. *O segundo consiste em comparar tais magnitudes, a fim de determinar se a importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa é maior que a importância da intervenção no direito fundamental.*
3. *O terceiro é construir uma relação de precedência condicionada entre o direito fundamental e o fim legislativo, com base no resultado da comparação levada a cabo no segundo passo.*³⁹

Mutatis mutandis, o mesmo se aplica às intervenções judiciais e administrativas e respectivos fins. Desse modo, aplica-se aos meios de intervenção do direito

³⁵ Conforme tratamos em FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 211-212.

³⁶ Vide item 5.3 de FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 131 *et seq*, onde procuramos demonstrar que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da proibição ou vedação de excesso (*Übermaßverbot*), nem com o princípio da vedação de deficiência ou vedação da proteção deficiente (*Untermaßverbot*).

³⁷ HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 19 *et seq*.

³⁸ Neste sentido, veja também: ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111 *et seq*; HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 75 *et seq*; RESS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht", p. 13 e 21 *et seq*.

³⁹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2003, p. 757 e 759, em nossa tradução livre.

processual penal (prisão provisória, liberdade provisória, interceptação telefônica, notificação para depor, quebra de sigilo telefônico etc.) e aos respectivos fins da persecução criminal (demonstrar a existência ou inexistência do fato delitivo e sua autoria, formar a convicção da entidade decisora como o juiz, obter sentença definitiva transitada em julgado sobre o fato delitivo e sua autoria, preservar a segurança pública etc.).

Conforme vimos em outra obra nossa:

A contrariedade fundamental entre um princípio instrumental punitivo e um princípio instrumental garantista é da essência de uma persecução criminal constitucionalizada. [...] quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria (princípio instrumental punitivo), mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais, quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (princípio instrumental garantista), mais difícil se torna a coleta e produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria.

A ponderação efetuada na aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito à persecução criminal tem como referência central essa contrariedade fundamental, a qual também poderia ser denominada colisão fundamental. Portanto, essa colisão ou contrariedade fundamental é um aspecto peculiar da aplicação do princípio da proporcionalidade ao processo penal lato sensu.⁴⁰

No princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou subprincípio da proporcionalidade), temos:

a) o que colide: de um lado, direitos fundamentais afetados e, de outro, “princípios” (objetivos, princípios, direitos, deveres, garantias, interesses e bens constitucionais);

b) método de resolução da colisão: a ponderação;

c) valor dos entes colidentes: os pesos argumentativos presuntivos, que demandam a apresentação de contra-argumentos para os argumentos ou razões favorecidos com as presunções;

d) circunstâncias da colisão e da ponderação: circunstâncias do caso concreto;

e) resultado da  são e da ponderação: “relação de precedência condicionada” às circunstâncias do caso concreto, mediante a qual as condições ou circunstâncias sob as quais um “princípio” precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalente.⁴¹

Além de outros critérios, para aferir a importância da intervenção em direito fundamental (ou seja, da prisão provisória, da condução coercitiva, da realização de provas como interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário etc.) e a importância da realização do fim pretendido pela intervenção em direito fundamental (demonstração da existência do fato delitivo e sua autoria, formação da convicção do ente decisor como o juiz, preservação da segurança pública, proteção de bens jurídicos fundamentais como o meio ambiente etc.), podemos levar em consideração a eficácia, a rapidez, a probabilidade, o alcance e a duração com que uma intervenção no direito fundamental contribua para a realização do fim da persecução

⁴⁰ FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 212-213.

⁴¹ Conforme tratamos em: FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 225-226.

criminal. Por exemplo, a duração da intervenção tem uma especial relevância no que tange às prisões provisórias e a rapidez com que se podem realizar as diligências na persecução criminal *extra iudicio* também tem grande importância⁴².

O princípio da proporcionalidade não impõe justificação prévia da intervenção⁴³, mas a justificabilidade metódica de intervenções em direitos fundamentais, tampouco impõe uma teoria de valor:

O princípio da proporcionalidade tem um caráter formal. [...] é um princípio formal metodizante. Ele não demanda que se defina o caráter normativo do valor, nem que se adote determina teoria do valor. Ele não possui um conteúdo material. Mas impõe a justificabilidade metódica das intervenções em direitos fundamentais, o que significa que as valorações e as ponderações efetuadas para se determinarem o fato e a norma devem ser explicitadas no momento oportuno.

[...]

*A questão de saber se a justificação explícita deve ocorrer prévia ou posteriormente à intervenção em um direito fundamental diz respeito ao princípio da legalidade e não ao princípio da proporcionalidade. Por exemplo, as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, conforme art. 93, IX, da Constituição, o que implica que uma prisão preventiva terá uma fundamentação prévia na decisão judicial respectiva. Já um delegado de polícia poderá realizar, conforme o caso, uma variedade enorme de diligências sem prévia fundamentação, mas terá que justificá-las posteriormente, se for, por exemplo, requisitado a prestar informações a respeito em habeas corpus.*⁴⁴

Mas como é possível compararmos coisas tão distintas quanto objetivos, princípios, direitos, garantias, bens jurídicos e até regras? Na ponderação, não haveria uma incomensurabilidade entre a intervenção em direito fundamental, de um lado, e a realização do fim da medida de intervenção, de outro? Como ponderarmos, por exemplo, o direito fundamental de liberdade, de um lado, e o princípio instrumental punitivo (prisão preventiva para garantir a demonstração, na instrução criminal, da existência do fato delitivo e sua autoria etc.), de outro? A respeito, dissemos:

[...] podemos dizer, por exemplo, que uma afetação negativa intensa de um direito fundamental não se justifica diante de uma realização leve dos fins imediato e mediato de uma medida de intervenção neste direito fundamental.

[...]



*Em vez de dizermos que comparamos a intensidade da afetação negativa do direito fundamental com a intensidade da realização dos fins imediato e mediato da medida de intervenção no direito fundamental, podemos dizer que comparamos a importância das razões que sustentam a não-afetação negativa de um direito fundamental com a importância das razões que sustentam a realização dos fins imediato e mediato da medida de intervenção em um direito fundamental.*⁴⁵

Podemos generalizar algumas regras a respeito do controle exercido pelo entre controlador (por exemplo, juiz, tribunal etc.) sobre a intervenção em direito

⁴² Vide os diversos critérios em: FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 213-242.

⁴³ Quem impõe a justificação prévia é o princípio da legalidade, quando a norma exige que seja prévia à intervenção, como ocorre na interceptação telefônica.

⁴⁴ FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 235-236.

⁴⁵ FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 230 e 236.

fundamental (prisão provisória, notificação para comparecer, interceptação telefônica etc.):

a) quanto mais intensa a intervenção legislativa, judicial ou administrativa em um direito fundamental, mais intensivo deve ser o controle exercido pelo ente controlador sobre tal intervenção. Por exemplo, a intensidade de afetação da liberdade de locomoção é progressivamente maior conforme se trate de uma intimação para depor, uma condução coercitiva para depor ou uma prisão temporária;

b) quanto mais seguras sejam as premissas empíricas, analíticas e normativas relevantes no exame de proporcionalidade em sentido estrito, mais intensivo deve ser o controle exercido pelo ente controlador sobre a intervenção legislativa, judicial ou administrativa em um direito fundamental.⁴⁶

No controle de medidas concretas de intervenção (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão, interceptação telefônica, notificação para depor etc.), haja ou não premissas seguras, o órgão decisor ou executor (juiz, delegado de polícia etc.) da intervenção em direito fundamental deverá justificá-la se questionado pelo respectivo *ente controlador* (juiz, tribunal etc.), ainda que legalmente dispensado de uma justificação prévia à intervenção no direito fundamental (como ocorre na prisão em flagrante e na realização de provas em geral). Por exemplo, um delegado de polícia terá que justificar a intimação de uma testemunha para depor, se o juiz requisitar que preste informações a respeito em sede de *habeas corpus*, ou um juiz terá que justificar a manutenção da prisão em flagrante, se o tribunal requisitar que preste informações a respeito em sede de *habeas corpus*.

Por aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, mesmo estando presentes, por exemplo, os “requisitos” ou pressupostos legais *lato sensu* para decretação da prisão preventiva, ela pode deixar de ser decretada pelo juiz:

Na perspectiva da integralidade dos direitos fundamentais, seria o caso também de uma prisão provisória, por crime de pouca gravidade, que levasse à prisão uma pessoa muito idosa, a qual tivesse pequena expectativa de vida, pois isto se oporia ao dever de o Estado amparar as pessoas idosas, defendendo seu bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230, CR). No caso concreto, segundo os elementos probatórios disponíveis, a maior importância da afetação negativa do direito fundamental social afetável superaria a menor importância da realização da finalidade punitiva da intervenção em seu direito fundamental, inclusive em razão do caráter provisório da prisão. Diante disso, o juiz não decretaria a prisão provisória e, conforme o caso, poderia utilizar uma medida cautelar alternativa, como visto acima. Isso não significa que, no caso concreto, não poderia ocorrer uma outra situação em que estivesse justificada a prisão provisória de uma pessoa idosa com pequena expectativa de vida, mas as razões teriam que ser suficientemente fortes para vencer as razões que preservam seus direitos fundamentais nessa hipótese.⁴⁷

Conforme se pode depreender de parte dos estudos italianos, alguns consideram o princípio da proporcionalidade como um aspecto do princípio da

⁴⁶ FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 239.

⁴⁷ FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 262.

razoabilidade (*ragionevolezza*)⁴⁸. No Brasil, posiciona-se neste sentido José Adércio Leite Sampaio⁴⁹.

Klaus Günther⁵⁰, por sua vez, lida com a noção de adequabilidade (*Angemessenheit*, em alemão, ou *appropriateness*, em inglês), e não com a de proporcionalidade⁵¹.

Com a “reforma processual penal”, o art. 156, I, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.690/2008) passou a prever, expressamente, no tema da prova, a adequação, necessidade e proporcionalidade, conforme tratamos, de maneira específica, no item 15.1.7.4 (Pressupostos para coleta e produção de provas – produção antecipada de provas – prova judicial *ex officio* – art. 156 do CPP), a que fazemos remissão.



⁴⁸ A respeito: SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000; CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000; SPECCHIA, *La costituzione garantita: Dalla sovranità alla ragionevolezza: itinerari francesi*, 2000; CORTE COSTITUZIONALE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, 1994. Comparamos, com certa profundidade, a razoabilidade e a proporcionalidade em: FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 111-131.

⁴⁹ SAMPAIO, “O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional”, 2003, p. 45-102.

⁵⁰ GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiscourse in Moral und Recht*, 1988; GÜNTHER, *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*, 1993.

⁵¹ Examinamos a adequabilidade em contraste com o princípio da proporcionalidade com profundidade, em: FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007, p. 91-110.

7 PERSECUÇÃO PENAL *IN IUDICIO* I: AÇÃO PENAL

7.6 Condições da ação penal

Examinamos, nos itens 7.6.1 a 7.6.3, de maneira aprofundada, as hipóteses que a doutrina entende que seriam condições da ação e, no item 1.8.2, os pressupostos processuais.

Conforme vimos, há diversas teorias sobre o que são condições para o exercício da ação penal condenatória.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho⁵², as condições da ação penal são as mesmas condições da ação civil, e não se subdividem em genéricas e específicas, a saber:

- a) a legitimação *ad causam*;
- b) a possibilidade jurídica do pedido;
- c) o interesse de agir.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho⁵³, as condições da ação se subdividem em genéricas e específicas:

a) condições genéricas: *legitimatío ad causam* (ou legitimidade de agir), possibilidade jurídica do pedido e interesse legítimo (interesse de agir ou interesse processual);

b) condições específicas: por exemplo, a representação do ofendido ou de seu representante legal e a requisição do ministro da Justiça, nos crimes de ação penal pública condicionada.

Para Afrânio da Silva Jardim⁵⁴, deve-se acrescentar uma quarta "condição genérica". Assim, as "condições para o regular exercício do direito de ação penal" são:

- a) legitimidade das partes;
- b) interesse de agir;
- c) possibilidade jurídica do pedido;

d) *justa causa* (*suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal*).

Uma parte da doutrina (João Pedro Gebran Neto e Antônio Acir Breda), defensora da autonomia do direito processual penal, procura "extrair" as "condições da ação" diretamente do art. 43 do Código de Processo Penal. Assim, as "condições genéricas da ação penal", no direito processual penal, seriam⁵⁵:

⁵² GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, 1993, p. 59-67.

⁵³ TOURINHO FILHO, *Processo penal*, 1990, v. 1.

⁵⁴ JARDIM, *Direito processual penal*, 2000, p. 92-9.

⁵⁵ GEBRAN NETO, *Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade*, 1996, p. 39-57; BREDA, "Efeitos da declaração de nulidade do processo", 1980, p. 176-9. Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (*A lide e o conteúdo do processo penal*, 1998, p. 148-51) refere, exemplificativamente, a teoria das condições da ação, tendo como espécies a ticidade objetiva, a punibilidade concreta, a legitimidade de parte e a justa causa (art. 43, III, 2ª parte, CPP): *Nosso objetivo, agora, não é começar um trabalho de reconstrução, mas a título de exemplo, pinçar um tema da teoria do nosso processo*

- a) "tipicidade aparente"⁵⁶, "tipicidade objetiva"⁵⁷ ou "fato penalmente relevante"⁵⁸ (art. 43, I, CPP);
- b) punibilidade concreta (art. 43, II, CPP);
- c) legitimidade de parte (art. 43, III, 1ª parte, CPP);
- d) justa causa (art. 43, III, 2ª parte, c/c art. 18, CPP).

Para se continuar a utilizar a categoria das "condições da ação penal", entendemos que elas deveriam ser reconceituadas como "condições do processo" (pressupostos processuais) relativas à promoção processual, sendo subdivididas em⁵⁹:

- a) genéricas:
 - a.1) legitimidade de agir ativa;
 - a.2) criminalidade aparente;
 - a.3) provas preliminares suficientes (*justa causa*);
 - a.4) probabilidade de condenação efetiva;
- b) específicas: condições de procedibilidade.

Essa reconceituação não seria apenas de nomenclatura, mas também atingiria sua natureza jurídica (redefinidas como pressupostos processuais) e regime jurídico.

A Lei 11.719/2008 não somente revogou o art. 43 do CPP, mas também criou o novo art. 395 do CPP.

No art. 43 do CPP encontravam-se as hipóteses sobre as quais se digladiava a doutrina, se seriam todas condições da ação ou se também conteriam matéria de mérito.

A redação do art. 395 do CPP seria uma tentativa de resolver a questão doutrinária.

Nessa linha, as condições para o exercício da ação penal condenatória constituiriam uma categoria autônoma, pois teriam sido distinguidas dos pressupostos processuais no inciso II do art. 395. Suas espécies seriam a legitimidade *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

Ademais, a justa causa seria uma categoria autônoma em relação às condições da ação e aos pressupostos processuais, por estar em outro inciso do art. 395 do CPP, a saber o inciso III.

Todavia, pensamos que essa não é a melhor interpretação, conforme veremos a seguir.

O CPP não especificou que as condições da ação penal são as três acima referidas.

penal, fazer a introdução de uma análise crítica e despertar a atenção para a necessidade do reestudo frente a realidade processual, agora desvendada. Uma instigação, afinal." (ibidem, p. 146).

⁵⁶ GEBRAN NETO, *Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade*, 1996, p. 39-57.

⁵⁷ Referida por COUTINHO, *A lide e o conteúdo do processo penal*, 1998, p. 144-149, como uma possibilidade no reestudo do processo penal frente à realidade processual.

⁵⁸ BREDÁ, "Efeitos da declaração de nulidade do processo", 1980, p. 177.

⁵⁹ FEITOZA PACHECO, *Das condições da ação penal condenatória*, 2001.

Já demonstramos, nos itens 7.6.2.2 e 7.6.2.3, detalhadamente, que a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir são categorias inadequadas ao processo penal.

A instrumentalidade penal do processo penal (ou, mais sinteticamente, princípio instrumental punitivo)⁶⁰ pode sujeitar o respectivo réu a medidas cautelares pessoais (como prisão preventiva), medidas cautelares reais e meios probatórios, de maneira bastante invasiva sobre seus direitos fundamentais, especialmente a liberdade.

A prisão provisória e a liberdade provisória, enquanto medidas cautelares pessoais, são caracteristicamente institutos do processo penal, conforme se depreende de interpretação sistemática da Constituição. Apenas como exceção a prisão é admitida no processo civil, conforme previsão constitucional da prisão civil (art. 5º, LXVII, CR).

Essa instrumentalidade processual penal, marcada especialmente pela possibilidade de prisão provisória, inviabiliza uma pretensa generalidade de institutos entre o processo civil e o processo penal.

Ainda que houvesse um único código de processo para atender ao processo civil e ao processo penal, ele seria aplicado diferentemente ao processo penal, por força dessa instrumentalidade processual penal e das normas constitucionais.

Para exemplificar, isso fica bem evidente em matéria de recursos ordinários, como a apelação e o recurso em sentido estrito. Se exigíssemos as mesmas formalidades do processo civil para a interposição do recurso do réu preso, muito comumente ele não recorreria, pois, materialmente, poderia não ter como contatar, obter ou contratar um defensor para fazê-lo.

Assim, de um mesmo texto de um código de processo único, extrairíamos, por interpretação, normas diferentes para o processo civil e o processo penal.

Portanto, conforme já procuramos demonstrar, especialmente nos itens 7.6.1.2 e 7.6.2, as condições da ação penal (condenatória) não se distinguem dos pressupostos processuais no processo penal (condenatório). Aquelas fazem parte destes e não se justificam como categoria autônoma.

O direito fundamental de liberdade e outros direitos fundamentais (instrumentalidade garantista), “premidos” pela instrumentalidade punitiva, “dissolvem” as condições para o exercício da ação penal (condenatória). Em outras palavras, não é relevante, nem operacional, para o processo penal, a categoria das condições da ação penal condenatória.

Por isso, no caso do CPP, bem andou o inciso II do art. 395 ao utilizar a conjunção “ou”, não em sua forma excludente, mas na explicativa, como é semanticamente possível para esse vocábulo. É como se dissesse coloquialmente: condições da ação ou, aliás, de modo mais geral, pressupostos processuais.

A doutrina insiste nessa diferenciação e em nuances das condições da ação penal. Contudo, de modo geral, a jurisprudência aplicava o revogado art. 43 do CPP sem dificuldades, rejeitando ou recebendo denúncias ou queixas. Aliás, isso continuará a ocorrer normalmente no CPPM, pois o correspondente art. 78 continua em vigor.

⁶⁰ A respeito do princípio da instrumentalidade processual penal, na dupla vertente de princípio instrumental punitivo e princípio instrumental garantista, *vide* itens 4.2.1 e 1.2.2.

A nova absolvição sumária do art. 397 do CPP, logo após a resposta do acusado, não teria afastado das “condições da ação penal” (pressupostos processuais), de uma vez por todas, “o fato narrado evidentemente não constituir crime” (revogado art. 43, I, CPP), por se encontrar, agora, no art. 397, III, do CPP?

A resposta positiva, a nosso ver, reside na incompreensão do que efetivamente estabelece a “natureza jurídica” da sentença judicial, o que, por sua vez, decorre da confusão entre fundamento e dispositivo dessa espécie de ato judicial.

O que caracteriza a sentença é sua parte dispositiva.

Por exemplo, se o comando jurisdicional contido na parte dispositiva é de absolvição (por exemplo, absolvo fulano de tal), os efeitos desse ato judicial terão a qualidade de coisa julgada material. Se o juiz fizer o relatório, não fundamentar de maneira alguma a sentença e disser que absolve o acusado, a sentença terá nulidade absoluta, mas gerará normalmente seus efeitos. Na hipótese de não haver recurso, essa sentença não-fundamentada transitará em julgado e se formará a coisa julgada material. Após, não haverá como impugná-la, pois o *habeas corpus* e a revisão criminal são instrumentos *pro reo*, e não *pro societate*.

Da mesma forma, se a parte dispositiva for de rejeição da denúncia, o ato judicial será uma sentença terminativa, cuja eficácia somente terá a qualidade de coisa julgada formal, independentemente de qual seja sua fundamentação, o que significará que a ação penal poderá novamente ser proposta, se seus pressupostos estiverem presentes. Se a fundamentação, com esse comando de rejeição, for em razão de o “fato narrado evidentemente não constituir crime”, esse “fato” (melhor dizendo, alegação de fato) terá sido tratado de maneira meramente processual, e não como “fato de mérito”.

Portanto, ser um tema de mérito não significa que isso acarretará, necessariamente, coisa julgada material. Isso somente ocorrerá se o dispositivo da sentença o reconhecer como tal. Vimos, no item 7.13.6 (morte do agente), que isso ocorre no direito alemão com a morte do acusado, que não acarreta a extinção da punibilidade, mas apenas do processo; se o acusado aparecer vivo, poderá haver outro processo penal.

Aliás, vimos, no item 7.6.2.4, que, se o juiz rejeitar a denúncia ou queixa com fundamento na extinção  punibilidade, mas *não declarar* a extinção da punibilidade, o conteúdo da parte dispositiva de sua decisão liminar não conterá um comando que acarrete coisa julgada *material*, pois o juiz terá tratado tal fundamento “processualmente”, ou seja, como a “condição da ação” denominada “punibilidade concreta” (ou, como entendemos, “probabilidade de condenação efetiva”).

A manifesta inépcia da denúncia ou queixa (inciso I) e a “justa causa para o exercício da ação penal” (inciso II do art. 395) seriam categorias autônomas, por estarem em incisos apartados dos demais?

Não há dúvida de que a petição inicial com seus requisitos legais é pressuposto processual (objetivo) e que, portanto, sua inépcia diz respeito ao instituto dos pressupostos processuais. Tratamos da rejeição da denúncia ou queixa por falta de requisitos legais, ou seja, por inépcia, no item 7.12.9.3, cujas hipóteses encontram-se no art. 41 do CPP e, aplicável subsidiariamente ao processo penal comum, no art. 78, a, c/c o art. 77 do CPPM.

O objetivo do inciso I do art. 395 não foi criar instituto autônomo, mas estabelecer, de maneira expressa no CPP, que a inépcia também acarreta a rejeição da denúncia ou queixa. Aliás, isso é previsto expressamente no art. 78, a, do CPPM,

que estabelece a rejeição da denúncia por falta dos requisitos do art. 77, enquanto o CPP não fazia o mesmo relativamente ao seu art. 41 do CPP, no qual se encontram os requisitos no processo penal comum.

Outro destino não tem a “justa causa para o exercício da ação penal” do inciso IV do art. 395 do CPP.

A inépcia, apesar de prevista separadamente no inciso I, continua a ser tema dos pressupostos processuais, que se encontram no inciso II.

Portanto, o fato de a justa causa estar separadamente prevista no inciso IV tampouco significa que seja uma categoria autônoma, que não se subsumiria em condições da ação ou pressupostos processuais.

Bem sabemos que a expressão “justa causa” sempre gerou muita polêmica quanto ao seu conteúdo e “natureza jurídica”⁶¹.

Todavia, já nos posicionamos (e isso continua válido) que, no que tange à propositura da ação penal, a “justa causa” se contitui em provas preliminares suficientes para a probabilidade de condenação efetiva ou, em formulação mais conhecida, “elementos probatórios mínimos” ou provas preliminares suficientes para sustentar a acusação.

Portanto, conforme já tratamos detalhadamente no item 7.6.2.4, ou a “justa causa” é uma “quarta” espécie de condição da ação para o exercício da ação penal, distinta de outras espécies (como a legitimidade *ad causam*, a “possibilidade jurídica do pedido” etc., ou seja, autônoma em relação a tais espécies mas não em relação à categoria das condições da ação), ou, a rigor, como pensamos, trata-se de pressuposto processual.

Aliás, em benefício da tese da polissemia da expressão “justa causa” (assim, conteria vários institutos diferentes na mesma expressão, conforme o caso de aplicação), o próprio inciso IV do art. 395 do CPP destaca que a justa causa é “para o exercício da ação penal”, ligando-a à propositura da ação penal. O objetivo do inciso IV foi afirmar a identidade da “justa causa” nesse momento processual, e não distingui-la das condições da ação ou pressupostos processuais. A interpretação topológica, desse modo, não nos serve para delimitar sua “natureza jurídica”, mas sim a interpretação sistemática.

Enfim, entendemos que, apesar da revogação do art. 43 do CPP, continua válido nosso entendimento a respeito das “condições da ação penal”, enquanto “condições do processo” (pressupostos processuais) relativas à promoção processual, inclusive quanto às suas espécies. Aliás, o art. 78 do CPPM continua em vigor e é aplicável subsidiariamente ao processo penal comum, nos termos do art. 3º do CPP.

Quanto às hipóteses de condições específicas ou condições de procedibilidade, já não se encontravam especificadas no art. 43 do CPP e continuam a ter o mesmo regime jurídico, também como pressupostos processuais. Tratamos do assunto detalhadamente no item 7.6.3, explicitando as “condições de procedibilidade” relativas a certas infrações penais, a certos autores do fato e a certas situações.

⁶¹ Por todos: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. 1997. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo.

7.12.9 Rejeição da denúncia ou queixa

7.12.9.1 Geral

As hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa encontravam-se no art. 43 do CPP.

Todavia, a Lei 11.719/2008 não somente revogou o art. 43 do CPP, mas também criou o novo art. 395 do CPP.

No art. 43 do CPP encontravam-se as hipóteses sobre as quais se digladiava a doutrina, se seriam todas condições da ação ou se também conteriam matéria de mérito.

O novo art. 395 do CPP estabelece:

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.

Conforme tratamos no item 7.6, a que fazemos remissão, continua válido, apesar da revogação do art. 43 do CPP, nosso entendimento a respeito das "condições da ação penal", enquanto "condições do processo" (pressupostos processuais) relativas à promoção processual, inclusive quanto às suas espécies. Aliás, o art. 78 do CPPM continua em vigor e é aplicável subsidiariamente ao processo penal comum, nos termos do art. 3º do CPP. Examinamos, nos itens 7.6.1 a 7.6.3, de maneira aprofundada, as hipóteses que a doutrina entende que seriam condições da ação e, no item 1.8.2, os pressupostos processuais.

Também no item 7.6, vimos que não há dúvida de que a petição inicial com seus requisitos legais é pressuposto processual (objetivo) e que, portanto, sua inépcia diz respeito ao instituto dos pressupostos processuais. As hipóteses de inépcia encontram-se no art. 41 do CPP e, aplicável subsidiariamente ao processo penal comum, também no art. 78, "a", c/c o art. 77 do CPPM.

Observe que o art. 41 do CPP estabelece os requisitos imperativamente, uma vez que diz que a denúncia ou queixa *conterá* o que especifica, o que, aliás, agora foi confirmado pelo art. 395, I, do CPP.

O CPP não prevê quando o inquérito policial ou peças de informação devem ser arquivados. Assim, os casos de arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação eram deduzidos, *a contrario sensu*, das circunstâncias que se encontravam no art. 43 do CPP, o que, doravante, com a Lei 11.719/2008, poderá ser feito a partir do art. 395 do CPP, bem como, subsidiariamente, do art. 78 do CPPM c/c art. 3º do CPP.

[...]

Quanto ao *recurso contra a decisão de rejeição*, cabe, geralmente, recurso em sentido estrito da decisão que rejeitar a denúncia ou queixa (art. 581, I, CPP)⁶². No juizado especial criminal, cabe apelação da decisão de rejeição da denúncia ou queixa (art. 82 da Lei 9.099/1995).

⁶² Súmula nº 60 do TRF da 4ª Região, publicada no DJU, Seção 2, p. 339, 29.abril.1999: *Da decisão que não recebe ou que rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito.*

No processo penal, generalizando, a denúncia ou queixa pode ser rejeitada: a) se faltar requisito do art. 41 do CPP, bem como no art. 78, “a”, c/c o art. 77 do CPPM; b) se não estiverem presentes as “condições para o exercício da ação penal”; c) se não estiverem presentes os pressupostos processuais.

Fazemos remissão aos itens seguintes, que são importantes para a compreensão do tema: 1.8.2 (teoria do processo – pressupostos processuais), 5.16 (arquivamento na ação penal pública), 5.17 (arquivamento na ação penal privada) e 7.6 (condições da ação penal).

Como entendemos que continuam cabíveis as hipóteses de rejeição anteriores às modificações feitas pela Lei 11.719/2008, trataremos de cada uma nos itens seguintes, com as devidas adequações. Em última análise, elas seriam casos particulares enquadráveis em “condições da ação” ou de pressupostos processuais.

Por fim, apesar do novo instituto da absolvição sumária do art. 397 do CPP, pensamos que continuam válidas as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, conforme os fundamentos que vimos no item 7.6, a que fazemos remissão. Ademais, a nosso ver, violaria direitos fundamentais e a norma constitucional da celeridade que o juiz percebesse, *in limine*, que, por exemplo, o fato evidentemente não constituísse crime, mas ainda assim recebesse a denúncia, ordenasse a citação do réu e este oferecesse resposta, para, somente então, magnanimamente, absolver o acusado sumariamente.

Parece-nos que o cidadão honesto prefere propalar que uma investigação criminal era tão imprestável que nem serviu para iniciar um processo penal a ter que explicar que havia algum subsídio para iniciá-lo, mas que ele foi absolvido sumariamente. Seja como for, se chegar à absolvição sumária do art. 397 do CPP, poderá restar a percepção de que o juiz deixa iniciar processo penal com relação a cidadãos inocentes.

[itens 7.12.9.2 a 7.12.9.7 encontram-se nos livros “Direito processual penal” e “Reforma processual penal”]



9 PERSECUÇÃO PENAL *IN IUDICIO* III: PROCEDIMENTOS PRINCIPAIS

9.1 Introdução – procedimentos comuns/especiais e aplicabilidade a outros procedimentos

Predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o processo tem a natureza jurídica de relação jurídica. Mas, não haveria processo sem também procedimento. O *processo* seria procedimento e relação jurídica ao mesmo tempo: um conjunto de atos que se desenvolvem progressivamente, relacionados entre si, objetivando o provimento jurisdicional, cujos sujeitos participantes estão ligados por uma relação jurídica processual. Nessa linha, o *processo caracteriza-se* triplamente por ser procedimento (aspecto externo), relação jurídica (aspecto interno) e ter a finalidade de obtenção de um provimento jurisdicional (objeto).

Há várias teorias a respeito do conceito, natureza jurídica e objeto do processo, que não são tratados em nosso trabalho. Há, por exemplo, mais modernamente, quem repudie a idéia de relação jurídica, entendendo que o processo é procedimento em contraditório. Para alguns, o objeto do processo (“objeto litigioso”) é a causa de pedir, que coincide com a pretensão trazida pelo autor a juízo. Entretanto, entendemos que, no direito processual brasileiro, o processo penal (“condenatório”), na sua essência, é o procedimento em que o órgão jurisdicional tem por fim prolatar a sentença penal condenatória ou absolutória.

Tratamos da natureza jurídica do processo no item 1.8.1, ao qual nos remetemos.

Vamos nos concentrar no procedimento, enquanto sucessão de atos até a decisão, ou seja, no conjunto de atos que devem (ou podem, segundo a hipótese) ser praticados do início do processo até o provimento jurisdicional (sentença, decisão).

Há uma grande variedade de procedimentos penais. A maioria é de *procedimentos processuais penais condenatórios*: tendem a uma sentença de mérito sobre a pretensão punitiva (a exigência de subordinação do direito de liberdade do réu ao “direito” de punir do Estado). Porém, há alguns *procedimentos processuais penais não-condenatórios*, como o do *habeas corpus* (apesar de que este pode conter a condenação do coator nas custas judiciais), o da revisão criminal e o de restauração de autos extraviados.

Além de outros aspectos, para se estabelecerem os atos a serem praticados, a maioria dos procedimentos leva em consideração características da causa de pedir, ou seja, do fato-jurídico-crime (no caso dos condenatórios). Neste sentido, temos procedimentos para os crimes com determinada pena (por exemplo, pena privativa da liberdade cominada máxima é inferior a quatro anos ou, antes da Lei 11.719/2008, pena de reclusão e pena de detenção), crimes de imprensa, crimes dolosos contra a vida etc.

Também se toma como referência, normalmente, o órgão jurisdicional: o procedimento do crime apenado com detenção ou com pena privativa da liberdade cominada máxima inferior a quatro anos é diferente para o juizado especial criminal, juiz de direito (fora do juizado especial criminal), tribunal do júri e tribunal de 2º grau.

Denomina-se *procedimento “comum”* aquele que rege uma generalidade de infrações.

O *procedimento especial*, às vezes, é especial apenas por possuir alguns atos diferentes, após o que segue o procedimento comum ordinário.

Do ponto de vista do CPP (com a redação dada pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008), os procedimentos são classificados em:

a) procedimentos comuns:

a.1) procedimento ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (art. 394, § 1º, I, CPP, cujo rito está nos arts. 394 a 405 do CPP);

a.2) procedimento sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (art. 394, § 1º, II, CPP, cujo rito está nos arts. 394 a 399 e arts. 531 a 538 do CPP);

a.3) procedimento sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei (art. 394, § 1º, III, CPP);

b) procedimentos especiais:

b.1) procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri;

b.2) procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos;

b.3) procedimento dos crimes de calúnia, difamação e injúria de competência do juiz singular;

b.4) procedimento dos crimes contra a propriedade imaterial;

b.5) procedimento de restauração de autos extraviados ou destruídos;

b.6) outros procedimentos previstos em leis especiais ou extravagantes.

O procedimento dos crimes de falência e o procedimento de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso (não mais prevista no CP) foram revogados.

O procedimento sumário, apesar de estar no título “dos processos especiais”, é referido como procedimento comum pelo art. 394, III, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008), enquanto o procedimento do júri, apesar de estar no título “do processo comum”, não é incluído na relação dos procedimentos comuns do referido artigo.

O Código de Processo Penal não se pautava pelo rigor sistemático. Por exemplo, o procedimento de competência do tribunal do júri era considerado procedimento comum por estar no título “do processo comum” (título I do livro II do CPP), quando melhor teria ficado na categoria dos “processos especiais” (título II do livro II), enquanto o procedimento sumário melhor ficaria no procedimento comum. Isso foi corrigido da maneira acima referida.

O art. 394, § 2º, do CPP estabelece que o procedimento comum é aplicável a todos os processos, salvo disposições contrárias do CPP ou de lei especial. As disposições do procedimento comum ordinário, por sua vez, aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo, nos termos do art. 394, § 4º, do CPP. Portanto, trata-se, nos dois casos, de aplicação subsidiária a outros procedimentos processuais penais.

O art. 394, § 4º, do CPP, por sua vez, estabelece que as disposições dos arts. 395 a 397 do CPP (o art. 398 foi revogado) aplicam-se a todos os procedimentos

penais de primeiro grau, ainda que não regulados no CPP. Essa aplicabilidade é mais abrangente e relevante, pois atinge quaisquer procedimentos, inclusive os procedimentos especiais previstos em legislação especial ou extravagante.

Uma hipótese que poderia parecer importante é a do art. 395 do CPP, sobre rejeição da denúncia ou queixa, por inépcia da denúncia ou queixa, falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou falta de justa causa para o exercício da ação penal. Mas o art. 395 do CPP, na essência, continua compatível com o revogado art. 43 do CPP e até mesmo com o art. 78 do CPPM, e, enfim, com o regime jurídico anterior. Tratamos mais detidamente do assunto nos itens 7.6 e 7.12.9.

O disposto nos arts. 396 e 396-A do CPP seria efetivamente importante se a redação original do Projeto de Lei 4207/2001 (que originou a Lei 11.719/2008) tivesse sido mantida. Na redação original, não haveria recebimento da denúncia e, após resposta do acusado, o juiz poderia absolver sumariamente. Somente depois, não absolvendo sumariamente, receberia formalmente a denúncia. Seria algo muito estranho, do ponto de vista lógico-jurídico, que o juiz julgasse definitivamente, absolvendo sumariamente, sem mesmo ter recebido a denúncia ou queixa.

Contudo, o PL 4207/2001 foi modificado durante sua tramitação e, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, o recebimento da denúncia ou queixa foi introduzido já no art. 396, *caput*, do CPP. Por isso tem uma aparência de redundância a referência, novamente, ao recebimento da denúncia ou queixa no art. 399, *caput*, do CPP, mas isto serviu para firmar quando deve ser designada a audiência. O que restou nesses artigos pode ser aplicado independentemente da previsão desses dois dispositivos legais.

Efetivamente relevante é a possibilidade de absolvição sumária (art. 397, CPP) logo após a resposta escrita do acusado à acusação (“defesa prévia”). Essa é uma significativa modificação do processo penal, com profundos efeitos penais e muito benéfica ao acusado. Pensamos que a absolvição sumária é aplicável a quaisquer processos penais, sejam comuns, eleitorais ou militares, tendo em vista a forma categórica e abrangente com que o art. 394, § 4º, do CPP afirmou sua aplicabilidade a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no CPP. Trataremos do assunto mais detalhadamente no item 24.4.2.

O PL 4207/2001, exto original, renomeava livro, título e capítulos do CPP, de maneira coerente com sua proposta, adotando a nomenclatura mais apropriada de “procedimento”: a) o livro II se denominaria “do procedimento”, em vez de “dos processos em espécie”; b) seu título II, “das formas procedimentais”, em vez de “do processo comum”; c) seu capítulo I (arts. 394 a 399), “disposições aplicáveis às formas procedimentais”; d) seu capítulo II (arts. 400 a 405), “do procedimento ordinário”; e) o capítulo V do título II (arts. 531 a 538), “do procedimento sumário”.

Durante o trâmite no Congresso, essas renomeações desapareceram e as denominações antigas permaneceram. O procedimento comum ordinário inteiro (e não mais apenas o que se denominava “instrução criminal”, cuja continuação para o juiz singular estava nos revogados arts. 498 a 502) e as normas gerais dos procedimentos estão contidos no capítulo “da instrução criminal”.

Se quisermos dar um sentido a essa falta de técnica legislativa (e é impressionante como o dogmático do direito sempre encontra um sentido), podemos dizer que, doravante, o marco temporal final, quando o acusado está preso, é a prolação da sentença, não mais tendo base legal dizer-se que seria até o término da oitiva das testemunhas (onde terminava o capítulo “instrução criminal” – revogado art.

405 do CPP). Por conseguinte, não se poderia mais falar em sanção (ou saneamento) do excesso de prazo por término da antiga instrução criminal, pois, doravante, ela vai até a prolação da sentença.

Observe que o capítulo onde estavam inseridos os arts. 394 a 405 era denominado instrução criminal. Portanto, para a lei, a expressão “instrução criminal” se referia a esta fase dos arts. 394 ao 405 do CPP (do recebimento da denúncia ou queixa à oitiva das testemunhas arroladas pela defesa). Logo, a partir da fase de diligências do art. 499 do CPP, não estávamos mais no que o CPP denomina “instrução criminal”. Isto era importante, por exemplo, no caso de impetração de *habeas corpus*, diante do excesso de prazo da “instrução criminal”. Mais estritamente ainda, é denominada “fase de formação da culpa” a que vai do interrogatório até a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

9.2 Princípios

9.2.1 Geral

Os princípios do procedimento são, basicamente, os mesmos princípios dos atos processuais, pois o procedimento é caracterizado, dentre outras coisas, por ser um conjunto serial de atos processuais.

Entretanto, alguns se aplicam mais propriamente ao procedimento enquanto *conjunto de atos* ou *série de atos*, como os princípios da celeridade, da indisponibilidade do rito procedimental e da preferibilidade do rito ordinário.

Há vários princípios relativos aos procedimentos e atos processuais, como:

- a) princípio do contraditório ou princípio da bilateralidade da audiência (*audiatur et altera pars*) ou princípio da bilateralidade da ação – art. 5º, LV, CR;
 - b) princípio da publicidade – arts. 5º, LX, e 93, IX, da CR;
 - c) princípio da oficiosidade, princípio dispositivo formal, princípio do debate ou princípio da autoridade do juiz;
 - d) princípio do impulso oficial, princípio dos poderes direcionais do juiz, princípio da impulsão ou princípio  oficialidade;
 - e) princípio da preclusão (temporal, lógica, consumativa, temática, dispositiva e judicial ou *pro judicato*);
 - f) princípio da indisponibilidade procedimental;
 - g) princípio da ordinaryidade ou da preferibilidade do rito ordinário;
 - h) princípio da instrumentalidade das formas ou da finalidade;
 - i) princípio da oralidade;
 - j) princípio da informalidade ou princípio da liberdade da forma;
 - l) princípio da economia processual;
 - m) princípio da razoável duração do processo – art. 5º, LXXVIII, CR;
 - n) princípio da celeridade ou da brevidade – art. 5º, LXXVIII, CR.
- [...]

9.2.10 Princípio da oralidade – princípio da identidade física do juiz

O princípio da oralidade foi expressamente previsto nos procedimentos dos juizados especiais criminais (art. 62 da Lei 9.099/1995).

Mas, ele pode ser inferido para os demais procedimentos a partir das normas de celeridade, concentração (unicidade da audiência de instrução) e identidade física do juiz que foram introduzidas pela “reforma processual penal” que as Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 fizeram nos demais procedimentos.

O princípio da oralidade procura garantir o princípio constitucional acusatório, o qual, por sua vez, garante a imparcialidade, a igualdade e, enfim, de modo mais amplo, o “juiz natural” (ou juiz constitucional).

O princípio da oralidade significa, de maneira mais restrita, que os atos processuais devem ser predominantemente orais (tendo em vista a celeridade do processo).

Entretanto, de maneira mais ampla, para que o princípio da oralidade seja plenamente satisfeito, quatro outros princípios devem estar presentes: a) *imedição*; b) *concentração da causa*; c) *identidade física do juiz*; c) *irrecorribilidade das decisões interlocutórias*.

O *princípio da imedição* ou *da imediatidade* significa que “O juiz deve colher a prova oral direta e pessoalmente”⁶³ ou, de maneira mais ampla, deve ter contato direto com as provas.

Pelo *princípio da concentração da causa*, o procedimento deve ser breve, resumindo-se, se possível, numa única audiência, ou, se houver mais de uma audiência, deve haver o menor espaçamento de tempo possível entre os atos processuais. Na formulação de Portanova, o princípio da concentração significa que “Os atos processuais devem realizar-se o mais proximamente possível uns dos outros”⁶⁴.

O princípio constitucional acusatório (agora reforçado pelo princípio constitucional da celeridade) é garantido pelo princípio da oralidade, e este tem como corolário o princípio da concentração da causa, previsto expressamente no art. 400, § 1º (“As provas serão produzidas numa só audiência [...]”), ao tratar do procedimento comum ordinário. Para não violar tais princípios e a unicidade da audiência de instrução (concentração), o juiz somente deve determinar provas realmente imprescindíveis (art. 404, *caput*).

Na primeira fase do procedimento de competência do tribunal do júri (*iudicium accusationis*), inspirada a legislação pelos princípios da celeridade e da oralidade e, por conseguinte, como corolário, pelo princípio da concentração, novamente se reforça que “As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” (art. 411, § 2º, no júri, e, com redação semelhante, art. 533 c/c art. 400, § 1º, no sumário).

O *princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias* significa que “O recurso de decisão interlocutória não suspende o processo”⁶⁵.

O *princípio da identidade física do juiz* significa que “O juiz que ouvir a prova oral deve julgar o processo”. A respeito, discorre Rui Portanova⁶⁶:

⁶³ PORTANOVA, *Princípios do processo civil*, 1999, p. 221.

⁶⁴ PORTANOVA, *Princípios do processo civil*, 1999, p. 224.

⁶⁵ PORTANOVA, *Princípios do processo civil*, 1999, p. 281.

A presença do juiz é uma das maiores garantias de boa decisão. [...]

Como conseqüência lógica do princípio da oralidade, o interesse do princípio é obrigar o juiz que ouviu a prova oral a sentenciar. O julgador, que por certo criou laços psicológicos com as partes e as testemunhas, deve usar tal conhecimento. Aproveitam-se as impressões do juiz obtidas de forma tão direta e concentrada na solução do litígio, na sentença.

Do contato pessoal com as partes e testemunhas, o juiz pode conhecer as características que compõem a verdade, que muitas vezes se manifestam na fisionomia, no tom da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções, na simplicidade da inocência e no embaraço da má-fé.

O princípio da identidade física do juiz, que consiste na vinculação do juiz aos processos cuja instrução presidiu, não vigorava no processo penal, mas foi introduzido pelo art. 399, § 2º, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008), no procedimento comum ordinário, nos seguintes termos: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”

O princípio da identidade física do juiz também deve ser aplicado ao procedimento comum sumaríssimo, pois este é regido, expressamente, pelo princípio da oralidade (art. 62 da Lei 9.099/1995), do que resulta a aplicabilidade daquele, sobretudo após ter sido introduzido no processo penal pelo art. 399, § 2º, do CPP.

O procedimento comum sumário (art. 394, § 1º, II, art. 399 e arts. 531 a 538 do CPP) e o procedimento da primeira fase do tribunal do júri ou *iudicium accusationis* (arts. 406 a 421 do CPP) também encontram-se regidos pelos princípios da celeridade, da oralidade, da imediação e da concentração da causa, do que se depreende, por interpretação sistemática, que também devem ser submetidos ao princípio da identidade física do juiz.

De maneira mais abrangente, como o princípio da identidade física do juiz garante melhor o princípio constitucional do juiz natural, ele deve ser, uma vez introduzido no processo penal, aplicado a todos os processos penais, independentemente do procedimento, inclusive devido ao disposto no art. 394, § 5º, do CPP (“Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário”).

Ademais, o princípio do juiz natural ou constitucional, entre outras coisas, garante a igualdade e se justificaria, no ponto em questão, que o acusado submetido ao procedimento ordinário tivesse maior e, portanto, desigual garantia quando comparado ao acusado em outros procedimentos.

O regime jurídico do princípio da identidade física no processo penal pode ser complementado pela aplicação subsidiária do art. 132 do CPC, uma vez que não há outra lei processual penal a respeito:

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

[...]

⁶⁶ PORTANOVA, *Princípios do processo civil*, 1999, p. 241.

9.3 Procedimento comum ordinário

Há um novo *procedimento comum ordinário*, conforme estabelecido nos arts. 394 a 405 do CPP, com as modificações feitas pela Lei 11.719/2008, em vigor a partir de 22.08.2008.

Anteriormente, a previsão legal do procedimento comum ordinário se encontrava nos arts. 394 a 405 e 498 a 502 do CPP. Tratava-se do procedimento que, em regra, era seguido quando o crime era apenado com reclusão. Por isso, também era denominado procedimento-regra ou procedimento comum dos crimes apenados com reclusão. Observe que o vocábulo *rito* é utilizado como sinônimo de procedimento e, assim, podemos dizer rito comum ordinário etc. Portanto, se o crime tivesse a pena de reclusão, ainda que cumulada com multa, seguiríamos esse procedimento, se não houvesse previsão de procedimento especial para o caso (por exemplo, a pena era de reclusão mas se tratava de crime de imprensa, ou de crime de competência originária dos tribunais, ou de crimes doloso contra a vida).

O procedimento comum ordinário, com a modificação feita pela Lei 11.719/2008, é cabível “quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade” (art. 394, § 1º, I, CPP).

A pena de reclusão não é mais a referência. Tanto há crimes com pena de detenção cujo máximo é igual a 4 anos (por exemplo, art. 244 do CP – abandono material – detenção, de um a quatro anos), cujo procedimento passa a ser o comum ordinário, quanto crimes com pena de reclusão cujo máximo é inferior a quatro anos (por exemplo, art. 148, *caput*, do CP – seqüestro e cárcere privado – reclusão, de um a três anos), cujo procedimento passa a ser o comum sumário⁶⁷.

Esse procedimento não se aplica quando houver disposições em contrário do próprio CPP ou de lei especial (art. 394, § 2º). É o caso, por exemplo, de o máximo cominado de pena privativa da liberdade ser igual ou maior do que 4 anos, mas ser crime sujeito ao procedimento especial de competência do tribunal do júri ou a procedimento de competência originária dos tribunais.

O capítulo “instrução criminal”, agora, abrange todo o procedimento comum ordinário (arts. 394 a 405 CPP), e não apenas o que anteriormente se denominava “instrução criminal”. Trata-se do assunto no item 9.1, a que fazemos remissão.

O procedimento comum ordinário (arts. 394 a 405 do CPP), a nosso ver, é o seguinte:

a) oferecimento da denúncia ou queixa;

b) rejeição liminar (art. 395) ou recebimento da denúncia ou queixa (art. 396, *caput*, e 399). Na hipótese de recebimento da denúncia ou queixa, o juiz também deve:

b.1) designar dia e hora para a audiência de instrução e julgamento (art. 399, *caput*, c/c art. 400);

b.2) ordenar citação do acusado para apresentar resposta (art. 396, *caput*);

⁶⁷ Veja uma relação de crimes no item 9.9.1, na discussão sobre o Estatuto do Idoso.

b.3) ordenar intimação do acusado, se estiver solto, ou requisição do acusado preso, para comparecer ao “interrogatório”, ou seja, à audiência de instrução e julgamento (art. 399, *caput* e § 1º, c/c art. 400);

b.4) ordenar intimação, para audiência, do defensor (do acusado), do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399, *caput*);

c) citação e intimações:

c.1) citação do acusado para apresentar resposta (art. 396, *caput*);

c.2) intimação do acusado, se estiver solto, ou requisição do acusado preso, para comparecer ao “interrogatório”, ou seja, à audiência (art. 399, *caput* e § 1º, c/c art. 400);

c.3) intimação, para audiência, do defensor (do acusado), do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399, *caput*);

d) resposta escrita do acusado à acusação, no prazo de dez dias contado da citação, juntamente com a qual poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar provas pretendidas, arrolar testemunhas (com requerimento de intimação, se necessário) e, em apartado, propor exceção (arts. 396 e 396-A c/c arts. 95 a 112 do CPP). Se a resposta não for apresentada no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias (art. 396-A, § 2º);

e) absolvição sumária eventualmente (art. 397) e ordem de intimação do ofendido e das testemunhas (sem previsão do momento). Na prática forense, por celeridade processual, provavelmente muitos juízes ordenarão essas intimações já com o recebimento da denúncia/queixa e com o oferecimento da resposta do acusado, bem como decidirão a absolvição sumária até a abertura da audiência de instrução e julgamento;

f) audiência de instrução e julgamento (art. 400):

f.1) inquirição do ofendido. Com base no princípio constitucional acusatório, consideramos que a inquirição do ofendido possa seguir a nova sistemática de inquirição direta de testemunhas pelas partes, após o que o juiz poderá complementá-la  e os pontos não esclarecidos (art. 212, CPP);

f.2) inquirição das testemunhas arroladas pela acusação – até 8 testemunhas, sem computar as que não prestem compromisso e as referidas (art. 401, *caput* e § 1º). Essas testemunhas são inquiridas, primeiramente, pela acusação (na ordem, Ministério Público e assistente do Ministério Público, ou querelante e Ministério Público) e, depois, pela defesa (princípio do contraditório). A parte (acusação ou defesa) poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, salvo se o juiz quiser ouvi-la de ofício (art. 401, § 2º, c/c art. 209 do CPP), o que pode encontrar óbice no princípio constitucional da ampla defesa, se a defesa insistir na testemunha arrolada pela acusação, por ser imprescindível para sua defesa. A ressalva na seqüência de oitiva das testemunhas (primeiro, as da acusação e, depois, as da defesa) não se refere à ordem de inquirições na própria audiência, mas ao fato de já poder ter chegado carta precatória com oitiva de testemunha arrolada pela defesa, o que, obviamente, terá ocorrido antes da oitiva, na audiência, de testemunha arrolada pela acusação (art. 400, *caput*, c/c art. 222). A inquirição das testemunhas já observará a nova sistemática, devendo as partes formular as perguntas diretamente às testemunhas, “não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de

outra já respondida” (art. 212, *caput*). Após a inquirição feita pelas partes, o juiz poderá complementá-la sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único);

f.3) inquirição das testemunhas arroladas pela defesa – até 8 testemunhas, sem computar as que não prestem compromisso e as referidas (art. 401, *caput* e § 1º). Essas testemunhas são inquiridas, primeiramente, pela defesa e, depois, pela acusação (princípio do contraditório). As testemunhas arroladas pela defesa podem comparecer independentemente de intimação; se necessário, a defesa deve requerer a intimação na resposta do acusado (“defesa prévia”), quando as arrolou (art. 396-A, *caput*);

f.4) esclarecimentos dos peritos, previamente requeridos pelas partes (art. 400, § 2º). Com base no princípio constitucional acusatório, consideramos que os esclarecimentos dos peritos possam seguir a nova sistemática de inquirição direta pelas partes, após o que o juiz poderá complementá-los sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, CPP). A parte que requereu deve perguntar primeiramente, seguida da parte adversa (princípio do contraditório). Se as partes acusadora e ré requereram, deve-se seguir a ordem acusação e defesa. Se o juiz determinou de ofício, deve ser o primeiro a formular perguntas, seguido da acusação e da defesa;

f.5) acareações;

f.6) reconhecimento de pessoas e coisas. No caso concreto, para que o reconhecimento, especialmente de pessoa, tenha validade ou seja crível, do ponto de vista cognitivo (ainda que, não o fazendo, tenha validade formal), talvez tenha que ser praticado no início da audiência, antes de outros atos⁶⁸;

f.7) interrogatório do acusado. Tendo em vista o procedimento específico do interrogatório (arts. 185 a 196, CPP), seus temas obrigatórios (arts. 187 e 190, CPP), a obrigatoriedade de sua realização se o acusado comparecer (art. 185, *caput*), o princípio constitucional do contraditório (*vide* art. 188, CPP) e o princípio constitucional da ampla defesa, entendemos que o interrogatório deve continuar submetido, pelo menos em parte, ao “sistema presidencial” (art. 188, CPP). Ou seja, o juiz deve formular as perguntas em primeiro lugar e, depois, dar a palavra às partes para reperguntar, sucessivamente ao Ministério Público e, a seguir, à defesa. Com base no princípio constitucional acusatório, apesar da dicção do art. 188 do CPP, o juiz poderá, a nosso ver, permitir que as partes façam as perguntas diretamente ao acusado, não admitindo  perguntas impertinentes ou irrelevantes (art. 188);

f.8) requerimento de diligências imprescindíveis pelas partes ou determinação judicial de ofício, cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (arts. 402 e 404). Podem requerê-las, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante, o assistente do Ministério Público e, a seguir, o acusado (art. 404). O princípio constitucional acusatório (agora reforçado pelo princípio da celeridade) é garantido pelo princípio da oralidade, e este tem como corolário o princípio da concentração da causa, previsto expressamente no art. 400, § 1º (“As provas serão produzidas numa só audiência [...]”); para não violar tais

⁶⁸ Não nos é possível acreditar na seriedade do reconhecimento de um acusado quando o juiz pergunta ao ofendido, na audiência, se aquela única pessoa (em trajes informais) ao lado do defensor (vestido de terno) ou, pior, aquele homem sentado em uma cadeira separado de todo mundo, bem próximo do ofendido, é o que praticou a suposta infração penal. Ou dirá que é, por não ter opção (é a única pessoa com perfil de acusado), ou dirá que não é, por medo; o certo é que, normalmente, não poderemos confiar nesse procedimento. A eficiência jurídica não é apenas economicidade (administração), com economia de recursos humanos, materiais, financeiros e temporais, mas também efetividade (qualidade do produto ou serviço resultante). Para o juiz não perder tempo, perdemos nosso tempo e a credibilidade da prova.

princípios, o juiz somente deve determinar provas realmente imprescindíveis. O juiz poderá indeferir não somente essas diligências, mas, de modo geral, as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, § 1º);

f.9) alegações finais orais pela acusação – 20 minutos para o Ministério Público, prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 403, *caput*), e, sucessivamente, 10 minutos para, se houver, assistente do Ministério Público (art. 403, § 2º). As alegações finais orais poderão ser substituídas por memoriais escritos, com o prazo sucessivo de cinco dias, contado da audiência nas hipóteses de complexidade ou número de acusados (art. 403, § 3º) ou contado da intimação da realização de diligência imprescindível (art. 404, *caput* e parágrafo único);

f.10) alegações finais orais pela defesa (art. 403, *caput*) – 20 minutos *por cada acusado* (art. 403, § 1º), prorrogáveis, em geral, por mais 10 minutos (art. 403, *caput*), e, em especial, se houver manifestação do assistente do Ministério Público, por mais 10 minutos (art. 403, § 2º), podendo totalizar 40 minutos por cada acusado;

f.11) sentença, na audiência (art. 400, *caput*, e art. 403, *caput* – *vide* expressões “audiência de instrução e julgamento” e “a seguir”), salvo se houver prazo para memoriais escritos em razão de complexidade ou número de acusados (art. 403, § 3º) ou se for deferida diligência imprescindível (art. 404, *caput* e parágrafo único), quando será prolatada, respectivamente, em dez dias após apresentação dos memoriais ou após realização da diligência. Doravante, vigora o princípio da identidade física do juiz no processo penal, uma vez que “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (art. 399, § 2º)⁶⁹;

f.12) lavratura de termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos na audiência (art. 405, *caput*).

Além desse registro resumido dos fatos, o art. 405 do CPP prevê a possibilidade de um registro detalhado:

§ 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 cópia do registro original sem necessidade de transcrição.

Obviamente, sendo tratado no registro da audiência *judicial*, o § 1º do art. 405 do CPP quis dizer acusado ou réu, e não investigado ou indiciado, ao contrário do que erroneamente constou no texto legal, o que não impede que seja aplicado à investigação criminal.

Na tramitação do PL 4207/2001 para se transformar na Lei 11.719/2008, ocorreu falta de técnica legislativa com as modificações feitas no projeto. No item 9.1, a que fazemos remissão, vimos porque o recebimento da denúncia ou queixa foi referido tanto no art. 396, *caput*, quanto no art. 399, *caput*, do CPP. A seqüência de atos que propusemos resolve a questão de maneira coerente. O art. 399, *caput*, apenas diz o que também deve ser feito por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, ocorrido no art. 396, *caput*, CPP.

Vejamos o prazo de duração do procedimento. Isso é especialmente importante quando há indiciado/acusado preso, pois o excesso de prazo pode acarretar a

⁶⁹ Tratamos do princípio da identidade física do juiz no item 9.2.10, a que fazemos remissão.

ilegalidade da prisão provisória, combatível por meio de *habeas corpus*. Inicialmente, vamos esclarecer a contagem do prazo no procedimento ordinário.

Na contagem do prazo, não podemos supor, de maneira razoável, que os andamentos do procedimento sejam “instantâneos”, ou seja, que não haja andamento dos autos da secretaria judicial para o juiz e vice-versa, da secretaria para o promotor de justiça/procurador da República e vice-versa, da secretaria para o oficial de justiça e vice-versa, do oficial para cumprir notificações, intimações e citações etc. Vamos considerar, em benefício do indiciado/réu, apenas o andamento da secretaria para o juiz/acusação/defesa, e não vice-versa.

Por outro lado, a audiência deve ser realizada em 60 dias (art. 400, *caput*), mas contados de que marco temporal? A audiência de instrução e julgamento somente é designada quando é recebida a denúncia ou queixa (art. 399). Portanto, o recebimento da denúncia/queixa, a nosso ver, é o marco temporal a partir de quando os 60 dias devem ser contados.

Esse prazo de sessenta dias para a audiência é prazo previsto no procedimento ordinário, que é procedimento judicial, na parte do CPP correspondente aos procedimentos do processo propriamente dito. Assim, não se refere aos prazos da investigação criminal, que é procedimento administrativo, cujos prazos são previstos em dispositivos legais próprios. Em outras palavras, ainda que se queira recuar o prazo da audiência até o oferecimento da denúncia, ele não pode englobar o momento da prisão em flagrante, pois esta se dá na fase do procedimento administrativo.

Nessa linha, tampouco se podem contar os cinco dias para oferecimento da denúncia/queixa no referido prazo da audiência, pois esses cinco dias ainda se encontram no procedimento administrativo. Não se pode dizer que o processo iniciou e, portanto, o procedimento judicial começou, enquanto a denúncia/queixa não for oferecida, ou seja, entregue na secretaria judicial (ou, se for o caso, no distribuidor judicial), o que pode ser feito no final dos cinco dias.

Desse modo, o prazo do procedimento comum ordinário, a nosso ver, é de 82 dias, nas Justiças estaduais e distrital, com indiciado/acusado preso, contado da data da prisão em flagrante (ou, se for o caso, da prisão preventiva), assim composto:

- a) conclusão do inquérito policial – 10 dias (art. 10, *caput*, CPP);
- b) vista ao Ministério Público – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);
- c) oferecimento da denúncia – 5 dias (art. 46, CPP);
- d) conclusão ao juiz – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);
- e) recebimento da denúncia – 5 dias (art. 800, II, CPP);

f) audiência de instrução e julgamento – 60 dias (art. 400, *caput*, CPP). Nesses 60 dias após o recebimento da denúncia ou queixa, ocorrerão todos os atos intermediários, como citação, resposta escrita do acusado à acusação, eventual absolvição sumária e intimações para comparecimento à audiência de instrução e julgamento.

Para o TJMG, antes da Lei 11.719/2008, o prazo do procedimento comum ordinário era de 102 dias ou, se houvesse testemunhas de defesa, 122 dias, pois esse tribunal contava, acertadamente, os andamentos dos autos entre os órgãos.

Os 82 dias da nova lei são uma redução substancial no prazo. Quando comparado com o prazo do *iudicium accusationis* (primeira fase do procedimento de

competência do tribunal do júri), que é de 90 dias após o oferecimento da denúncia/queixa, esse prazo do ordinário (entenda-se, em tese deveria ser um dos mais abrangentes) é muito reduzido, sobretudo por que o *iudicium accusationis* tem normas de celeridade, oralidade e concentração correspondentes às do procedimento sumário, e não às do ordinário (mais amplo?), conforme veremos no item 9.5.2.

Vejamos o prazo na Justiça Federal.

Da mesma forma, o prazo do procedimento comum ordinário é, a nosso ver, de 87 dias (ou 102 dias, se houver prorrogação), na Justiça Federal, com indiciado/acusado preso, contado da data da prisão em flagrante (ou, se for o caso, da prisão preventiva), assim composto:

a) conclusão do inquérito policial – 15 dias para o indiciado preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, por requerimento fundamentado da autoridade policial (art. 66 da Lei 5.010/1966);

b) vista ao Ministério Público – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);

c) oferecimento da denúncia – 5 dias (art. 46, CPP);

d) conclusão ao juiz – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);

e) recebimento da denúncia – 5 dias (art. 800, II, CPP);

f) audiência de instrução e julgamento – 60 dias (art. 400, *caput*, CPP). Nesses 60 dias após o recebimento da denúncia ou queixa, ocorrerão todos os atos intermediários, como citação, resposta escrita do acusado à acusação, eventual absolvição sumária e intimações para comparecimento à audiência de instrução e julgamento.

Ademais, pode haver fatores dilatórios em relação ao prazo total do procedimento comum ordinário:

a) o acusado não apresenta resposta à acusação (“defesa prévia”) ou, citado, não constitui defensor (art. 396-A, § 2º, CPP). Teremos pelos menos 1 dia para fazer conclusão ao juiz quanto à não-resposta ou não-constituição de defensor, 1 dia para o juiz nomear defensor dativo ou defensor *ad hoc*, tempo indeterminado para notificar o defensor (1, 5, 10 dias?), 10 dias para o defensor nomeado apresentar resposta à acusação. Supondo o mínimo, teríamos pelos menos mais 13 dias. Se não houver defensor disponível no momento, normalmente (o Brasil é grande e diversificado) se levará bem mais do que um dia para notificar um advogado da sua nomeação. Se for o caso de comunicar e obter um defensor público, este tem a prerrogativa de prazo em dobro, ou seja, 20 dias para apresentar a resposta à acusação;

b) o juiz considera a complexidade do caso ou o número de acusados e concede 5 dias sucessivamente para a apresentação de memoriais, prolatando a sentença em 10 dias (art. 403, § 3º, CPP). Supondo o mínimo, teremos 10 dias para memoriais, 1 dia para conclusão ao juiz e 10 dias para prolatar a sentença, totalizando mais 21 dias;

c) diligência imprescindível é determinada e, após realizada a diligência, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 dias, suas alegações finais como memoriais e, em seguida, o juiz prolatará a sentença em 10 dias (art. 404 do CPP). Supondo o mínimo, teremos prazo indeterminado para a realização da diligência (1, 5, 10 dias?), 10 dias para memoriais, 1 dia para conclusão ao juiz, 10 dias para prolatar a sentença, totalizando mais 22 dias. Geralmente, no cotidiano forense, 1 dia será muito pouco para realizar a diligência imprescindível.

Assim, se os fatores dilatórios “a” e “b” ocorrerem simultaneamente, teremos pelo menos mais 43 dias no procedimento comum ordinário, totalizando 125 dias, nas Justiças estaduais e distrital, ou 130 dias (ou 145, se houver prorrogação do inquérito), na Justiça Federal.

9.4 Procedimento comum sumário

Para o CPP, o procedimento sumário era procedimento especial. Porém, tendo em vista que atinge uma generalidade de infrações, preferíamos situá-lo entre os procedimentos comuns. Atualmente, o procedimento sumário foi classificado, legalmente, como procedimento comum, nos termos do art. 394, § 1º, II, do CPP, com a modificação feita pela Lei 11.719/2008.

Até a Constituição Federal de 1988, tínhamos dois procedimentos sumários do art. 531 ao art. 540 do CPP (capítulo V do título II do livro II): um para as contravenções (arts. 531 a 538) e outro para os crimes apenados com detenção (art. 539 c/c art. 538). Do art. 531 ao art. 538, tínhamos o procedimento sumário das contravenções. Este procedimento foi tacitamente revogado pela Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu que a ação penal pública é privativa do Ministério Público (art. 129, I), não havendo, por conseguinte, possibilidade de início do processo por auto de prisão em flagrante, ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício (art. 531 do CPP).

Após a Constituição, entendíamos que a melhor posição era a de que o procedimento sumário era o do art. 539 c/c art. 538 do CPP, inclusive quanto ao número de testemunhas (cinco), salvo se a contravenção estivesse sujeita a procedimento especial. Entretanto, atualmente a hipótese é rara, pois a maioria das contravenções é submetida diretamente ao procedimento sumaríssimo do juizado especial (Lei 9.099/1995), somente sendo remetida ao “juízo comum”, com o procedimento sumário, em certos casos, como o acusado não ser encontrado para ser citado (art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995) ou a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia.

Doravante, o *procedimento comum sumário* é cabível quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, nos termos  art. 394, § 1º, II, art. 399 e arts. 531 a 538 do CPP, com as modificações feitas pela Lei 11.719/2008, em vigor a partir de 22.08.2008.

O procedimento sumário também é o procedimento a ser seguido pelas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento (art. 538, CPP).

Os arts. 394 a 405 do CPP estabelecem as normas gerais do procedimento sumário, compartilhadas com o procedimento ordinário, e os arts. 531 a 538 do CPP estabelecem suas normas específicas.

A contravenção não é mais a referência, a qual passou a ser o máximo cominado (ou seja, abstratamente previsto) para pena privativa de liberdade. Portanto, podem ser crimes com pena de reclusão (por exemplo, art. 148, *caput*, do CP – seqüestro e cárcere privado – reclusão, de um a três anos), crime com pena de detenção (por exemplo, homicídio culposo – art. 121, § 3º, do CP – detenção, de um a três meses) e contravenções penais.

Esse procedimento não se aplica quando houver disposições em contrário do próprio CPP ou de lei especial (art. 394, § 2º). É o caso, por exemplo, de o máximo cominado de pena privativa da liberdade ser inferior a 4 anos, mas ser crime sujeito ao procedimento comum sumaríssimo dos juizados especiais criminais ou a procedimento de competência originária dos tribunais.

O procedimento sumário é classificado legalmente como procedimento comum pelo art. 394, § 1º, II, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008), mas suas normas específicas se encontram no título “dos processos especiais”.

O procedimento comum sumário (art. 394, § 1º, II, ao art. 399 e arts. 531 a 538 do CPP, com as modificações feitas pela Lei 11.719/2008), a nosso ver, é o seguinte:

a) oferecimento da denúncia ou queixa;

b) rejeição liminar (art. 395) ou recebimento da denúncia ou queixa (art. 396, *caput*, e 399). Na hipótese de recebimento da denúncia ou queixa, o juiz também deve:

b.1) designar dia e hora para a audiência de instrução e julgamento (art. 399, *caput*, c/c art. 531);

b.2) ordenar citação do acusado para apresentar resposta (art. 396, *caput*);

b.3) ordenar intimação do acusado, se estiver solto, ou requisição do acusado preso, para comparecer ao “interrogatório”, ou seja, à audiência de instrução e julgamento (art. 399, *caput* e § 1º, c/c art. 531);

b.4) ordenar intimação, para audiência, do defensor (do acusado), do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399, *caput*);

c) citação e intimações:

c.1) citação do acusado para apresentar resposta (art. 396, *caput*);

c.2) intimação do acusado, se estiver solto, ou requisição do acusado preso, para comparecer ao “interrogatório”, ou seja, à audiência (art. 399, *caput* e § 1º, c/c art. 531);

c.3) intimação  para audiência, do defensor (do acusado), do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399, *caput*);

d) resposta escrita do acusado à acusação, no prazo de dez dias contado da citação, juntamente com a qual poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar provas pretendidas, arrolar testemunhas (com requerimento de intimação, se necessário) e, em apartado, propor exceção (arts. 396 e 396-A c/c arts. 95 a 112 do CPP). Se a resposta não for apresentada no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias (art. 396-A, § 2º);

e) absolvição sumária eventualmente (art. 397) e ordem de intimação do ofendido e das testemunhas (sem previsão do momento). Na prática forense, por celeridade processual, provavelmente muitos juízes ordenarão essas intimações já com o recebimento da denúncia/queixa e com o oferecimento da resposta do acusado, bem como decidirão a absolvição sumária até a abertura da audiência de instrução e julgamento;

f) audiência de instrução e julgamento (art. 531):

f.1) inquirição do ofendido, se possível. Com base no princípio constitucional acusatório, consideramos que a inquirição do ofendido possa seguir a nova sistemática de inquirição direta de testemunhas pelas partes, após o que o juiz poderá complementá-la sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, CPP);

f.2) inquirição das testemunhas arroladas pela acusação – até 5 testemunhas (art. 532);

f.3) inquirição das testemunhas arroladas pela defesa – até 5 testemunhas (art. 532);

f.4) esclarecimentos dos peritos, previamente requeridos pelas partes (art. 533 c/c art. 400, § 2º);

f.5) acareações;

f.6) reconhecimento de pessoas e coisas;

f.7) interrogatório do acusado;

f.8) debates – alegações finais orais pela acusação – 20 minutos para o Ministério Público, prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 534, *caput*), e, sucessivamente, 10 minutos para, se houver, assistente do Ministério Público (art. 534, *caput*);

f.9) debates – alegações finais orais pela defesa (art. 534, *caput*) – 20 minutos *por cada acusado* (art. 534, § 1º), prorrogáveis, em geral, por mais 10 minutos (art. 534, *caput*), e, em especial, se houver manifestação do assistente do Ministério Público, por mais 10 minutos (art. 534, § 2º, *fine*), podendo totalizar 40 minutos por cada acusado;

f.10) sentença, na audiência (arts. 531 e 534, *caput, in fine – vide*, respectivamente, expressões “audiência de instrução e julgamento” e “a seguir”)⁷⁰;

f.11) lavratura de termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos na audiência (art. 394, § 5º, c/c art. 405, *caput*).

Tendo em vista  a sumariedade, com mais razão ainda do que no procedimento ordinário, ~~vale~~ o procedimento sumário, se possível, adotar os registros do art. 405 do CPP.

O que dissemos, detalhadamente, sobre cada etapa do procedimento ordinário, aplica-se, correspondentemente, a cada passo do procedimento sumário; por conseguinte lhe fazemos remissão (item 9.3), por economia literária, exceto quanto às ressalvas seguintes.

O *iudicium accusationis* (procedimento de competência do tribunal do júri) e o procedimento comum sumário têm as mesmas normas sobre a não-previsão de requerimento de diligências imprescindíveis na audiência, a produção de provas numa única audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 411, § 2º, no júri, e art. 533 c/c art. 400, § 1º, no sumário), a inquirição da testemunha que comparecer, independentemente de suspensão da audiência, observada a ordem de inquirição (art. 411, § 8º c/c *caput*, no júri, e art. 536 c/c art. 531, no sumário), o não-adiamento de ato algum, salvo

⁷⁰ Aplica-se também o princípio da identidade física do juiz também ao procedimento sumário, conforme tratamos no item 9.2.10, a que fazemos remissão.

quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer (art. 411, § 7º, no júri, e art. 535, no sumário) e memoriais (de alegações finais orais). Então, por economia literária, fazemos remissão ao item 9.5.2.

O prazo do procedimento comum sumário é, a nosso ver, de 52 dias, nas Justiças estaduais e distrital, com indiciado/acusado preso, contado da data da prisão em flagrante (ou, se for o caso, da prisão preventiva), assim composto:

- a) conclusão do inquérito policial – 10 dias (art. 10, *caput*, CPP);
- b) vista ao Ministério Público – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);
- c) oferecimento da denúncia – 5 dias (art. 46, CPP);
- d) conclusão ao juiz – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);
- e) recebimento da denúncia – 5 dias (art. 800, II, CPP);

f) audiência de instrução e julgamento – 30 dias (art. 531 do CPP). Nesses 30 dias após o recebimento da denúncia ou queixa, ocorrerão todos os atos intermediários, como citação, resposta escrita do acusado à acusação, eventual absolvição sumária e intimações para comparecimento à audiência de instrução e julgamento.

O prazo do procedimento comum ordinário é, a nosso ver, de 57 dias (ou 72 dias, se houver prorrogação), na Justiça Federal, com indiciado/acusado preso, contado da data da prisão em flagrante (ou, se for o caso, da prisão preventiva), assim composto:

a) conclusão do inquérito policial – 15 dias para o indiciado preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, por requerimento fundamentado da autoridade policial (art. 66 da Lei 5.010/1966)

- b) vista ao Ministério Público – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);
- c) oferecimento da denúncia – 5 dias (art. 46, CPP);
- d) conclusão ao juiz – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);
- e) recebimento da denúncia – 5 dias (art. 800, II, CPP);

f) audiência de instrução e julgamento – 30 dias (art. 400, *caput*, CPP). Nesses 30 dias após o recebimento da denúncia ou queixa, ocorrerão todos os atos intermediários, como citação, resposta escrita do acusado à acusação, eventual absolvição sumária e intimações para comparecimento à audiência de instrução e julgamento.

Ademais, pode haver fatores dilatórios em relação ao prazo total do procedimento comum ordinário. O acusado não apresenta resposta à acusação (“defesa prévia”) ou, citado, não constitui defensor (art. 396-A, § 2º, CPP). Teremos pelos menos 1 dia para fazer conclusão ao juiz quanto à não-resposta ou não-constituição de defensor, 1 dia para o juiz nomear defensor dativo ou defensor *ad hoc*, tempo indeterminado para notificar o defensor (1, 5, 10 dias?), 10 dias para o defensor nomeado apresentar resposta à acusação. Supondo o mínimo, teríamos pelos menos mais 13 dias. Se não houver defensor disponível no momento, normalmente (o Brasil é grande e diversificado) se levará bem mais do que um dia para notificar um advogado da sua nomeação. Se for o caso de comunicar e obter um defensor público, este tem a prerrogativa de prazo em dobro, ou seja, 20 dias para apresentar a resposta à acusação.

Assim, se um dos fatores dilatórios ocorrer, teremos, considerando defensor dativo ou *ad hoc*, pelo menos mais 13 dias no procedimento comum sumário, totalizando 65 dias, nas Justiças estaduais e distrital, ou 70 dias (ou 85, se houver prorrogação do inquérito), na Justiça Federal.

9.5 Procedimento dos crimes de competência do tribunal do júri

9.5.1 Introdução

[...]

O tribunal do júri compõe-se de um juiz de direito (ou juiz federal), que é o seu presidente, e de vinte e cinco jurados que serão sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento (art. 433 do CPP). O tribunal do júri que julga, portanto, é composto pelo juiz presidente e pelo conselho de sentença (sete jurados).

9.5.2 Procedimento

9.5.2.1 *Iudicium accusationis* – primeira fase

O procedimento dos crimes de competência do tribunal do júri é desenvolvido em duas fases e encontra-se previsto nos arts. 406 a 497 do CPP (com a nova redação dada pela Lei 11.689/2008).

A primeira fase é denominada *iudicium accusationis* (ou *iudicium accusationis*)⁷¹. Vai do oferecimento da denúncia ou queixa até a decisão de pronúncia, sentença de impronúncia, sentença de absolvição sumária, ou decisão de desclassificação da competência do tribunal do júri. A rigor, no caso de pronúncia, o procedimento vai até a preclusão da decisão de pronúncia, após o que os autos são encaminhados ao juiz presidente do tribunal do júri. O *iudicium accusationis* tem a participação apenas do juiz togado (juiz de direito ou juiz federal, conforme o caso), e não do conselho de sentença (jurados).

O “sumário de culpa” ou “formação de culpa” é a instrução criminal dessa primeira fase, consistente na produção de provas dessa fase, que vai até a oitiva da última testemunha, anteriormente, pois, ao momento da pronúncia. Essas são expressões anacrônicas, no nível atual de proteção de direitos fundamentais, pois a formação pode ser, inclusive, da inocência, com a conseqüente absolvição sumária (art. 415, CPP). Se lembrarmos do princípio constitucional da inocência, poderíamos até denominá-lo *sumário de inocência*.

Dependendo do estado e da comarca, poderá haver um juiz para a primeira fase do procedimento de competência do tribunal do júri, que é doutrinariamente denominado *juiz sumariante*, a quem competirá proferir a decisão de pronúncia (ou sentença de impronúncia etc.), e outro juiz para presidir o tribunal do júri, denominado juiz presidente do tribunal do júri (veja art. 497, CPP). O vocábulo *sumariante* se refere ao *sumário de culpa*.

Nessa primeira fase, faz-se um juízo de admissibilidade da acusação, ou seja, se a causa será ou não enviada para o tribunal do júri. No final dessa fase, o juiz

⁷¹ Ou *iudicium accusationis*, pois a letra *j* não pertencia ao alfabeto romano.

pode proferir, normalmente, decisão de pronúncia, sentença de impronúncia, sentença de absolvição sumária ou decisão de desclassificação da competência do tribunal do júri. Se proferir uma decisão de pronúncia, significa que a acusação foi admitida para ser enviada ao julgamento pelo tribunal do júri e inicia-se a segunda fase.

A segunda fase é denominada *judicium causae* (ou *iudicium casae*) e vai da preclusão da decisão da pronúncia, até o término da sessão de julgamento perante o tribunal do júri. Na sessão de julgamento, o tribunal do júri se reúne, presidido pelo juiz togado, com a participação do conselho de sentença, e julga o mérito da causa.

A Lei 11.689/2008, em vigor desde 09.08.2008, modificou as duas fases desse procedimento, doravante denominado “procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri”, que é a nova designação do Capítulo II do Título I do Livro II do CPP.

O procedimento do tribunal do júri, apesar de estar no título “do processo comum”, é considerado pelo CPP como procedimento especial, com a modificação feita pela Lei 11.689/2008, pois não se encontra entre os procedimentos comuns especificados no art. 394, § 1º, incisos I, II, e III, e é referido à parte pelo § 3º do art. 394 do CPP.

Há quem entenda que o procedimento do tribunal do júri não é bifásico (*iudicium accusationis* e *iudicium causae*), mas trifásico⁷². Com as modificações da Lei 11.689/2008, haveria uma fase intermediária, denominada fase “da preparação do processo para julgamento em plenário”, nos arts. 422 a 424 do CPP.

Porém, entendemos que continua a ser procedimento bifásico, pois o prazo de seis meses até o julgamento é “contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia”, no caso de cabimento de desaforamento, em razão de comprovado excesso de serviço (art. 428, *caput*, CPP). Portanto, a nosso ver, o próprio CPP considera o procedimento que vai da preclusão da decisão da pronúncia até o julgamento como um todo, ou seja, exatamente o procedimento denominado doutrinariamente *iudicium causae*.

Pelo mesmo motivo também pensamos que a segunda fase ou *iudicium causae* não se inicia com o recebimento dos autos pelo juiz-presidente do tribunal do júri (art. 422, CPP), mas com a preclusão da decisão da pronúncia (art. 421, *caput*), quando ainda se encontra com o juiz sumariante.

O novo procedimento de competência do júri está em vigor a partir de 09.08.2008 (art. 3º da Lei 11.689/2008). A aplicação subsidiária, adiante feita (veja referência a art. 394), do procedimento comum ordinário ao procedimento do júri está em vigor a partir de 22.08.2008 (art. 2º da Lei 11.719/2008). Por exemplo, é o caso da absolvição sumária logo após a manifestação da acusação sobre a resposta do acusado (“defesa prévia”), prevista no art. 394, § 4º, c/c art. 397 do CPP (somente em vigor a partir de 22.08.2008), que não se confunde com a absolvição sumária na audiência de instrução (art. 415 do CPP, em vigor a partir de 09.08.2008).

A primeira fase (ou *iudicium accusationis*) do “procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri” (arts. 406 a 421 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008)⁷³ é, a nosso ver, a seguinte:

- a) oferecimento da denúncia ou queixa;

⁷² Neste sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri: de acordo com a reforma do CPP: Leis 11.689/2008 e 11.690/2008*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 46-48.

⁷³ Antes dessa modificação legal, eram os arts. 394 a 415 do CPP.

b) rejeição liminar (art. 394, § 4º, c/c art. 395, anteriormente arts. 41 e 43) ou recebimento da denúncia ou queixa (art. 406, *caput*). Na hipótese de recebimento da denúncia ou queixa, o juiz também deve ordenar citação do acusado para apresentar resposta escrita à acusação (art. 406, *caput*);

c) citação do acusado para apresentar resposta (art. 406, *caput*);

d) resposta escrita do acusado à acusação (“defesa prévia”), no prazo de dez dias contado do efetivo cumprimento do mandado de citação, ou contado do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida⁷⁴ ou por edital (art. 406, § 1º, CPP). Juntamente com a resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas, arrolar testemunhas, até o número máximo de oito, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário (art. 406, § 3º), e, em apartado, propor exceção (art. 407 c/c arts. 95 a 112 do CPP). Se a resposta não for apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos;

e) manifestação, em cinco dias, do Ministério Público ou do querelante sobre preliminares e documentos apresentados com a defesa, isto é, com a resposta à acusação (art. 409);

f) absolvição sumária eventualmente (art. 394, § 4º, c/c art. 397, somente em vigor a partir de 22.08.2008). Na prática forense, por celeridade processual e em respeito à competência do tribunal do júri, provavelmente a maioria dos juízes decidirá a absolvição sumária na própria audiência de instrução, após terminar a instrução e ouvir os debates;

g) despachos judiciais preparatórios, em dez dias após manifestação da parte acusadora sobre a defesa (art. 410 c/c art. 409):

g.1) designar dia e hora para a audiência de instrução (art. 410 – “determinará a inquirição das testemunhas”);

g.2) determinar realização das diligências requeridas pelas partes (art. 410);

g.3) ordenar  mação do acusado, se estiver solto, ou requisição do acusado preso, para comparecer ao “interrogatório”, ou seja, à audiência de instrução (art. 411, *caput*, implicitamente);

g.4) ordenar intimação, para audiência, do defensor (do acusado), do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 411, implicitamente);

g.5) ordenar intimação do ofendido e das testemunhas (art. 411, implicitamente);

h) realização das diligências e intimações para comparecimento na audiência de instrução;

i) audiência de instrução e, possivelmente, julgamento (art. 411):

i.1) inquirição do ofendido, se possível. Com base no princípio constitucional acusatório, consideramos que a inquirição do ofendido possa seguir a

⁷⁴ A citação pode ser inválida, por exemplo, por não observar os requisitos intrínsecos (art. 352, CPP) e extrínsecos (art. 357, CPP).

nova sistemática de inquirição direta de testemunhas pelas partes, após o que o juiz poderá complementá-la sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, CPP);

i.2) inquirição das testemunhas arroladas pela acusação – até 8 testemunhas, sem computar as que não prestem compromisso e as referidas (art. 406, § 2º, e art. 394, § 5º, c/c art. 401, § 1º). Essas testemunhas são inquiridas, primeiramente, pela acusação (na ordem, Ministério Público e assistente do Ministério Público, ou querelante e Ministério Público) e, depois, pela defesa (princípio do contraditório). A parte (acusação ou defesa) poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, salvo se o juiz quiser ouvi-la de ofício (art. 394, § 5º, c/c art. 401, § 2º, c/c art. 209 do CPP), o que pode encontrar óbice no princípio constitucional da ampla defesa, se a defesa insistir na testemunha arrolada pela acusação, por ser imprescindível para sua defesa. A ressalva na seqüência de oitiva das testemunhas (primeiro, as da acusação e, depois, as da defesa) não se refere à ordem de inquirições na própria audiência, mas ao fato de já poder ter chegado carta precatória com oitiva de testemunha arrolada pela defesa, o que, obviamente, terá ocorrido antes da oitiva, na audiência, de testemunha arrolada pela acusação (art. 394, § 5º, c/c art. 400, *caput*, c/c art. 222). O art. 411, *caput*, diz que “proceder-se-á à tomada” de declarações e inquirições, sem mencionar o juiz e sem dizer como, diante do que a inquirição das testemunhas já observará a norma geral do art. 212 do CPP. As partes devem formular as perguntas diretamente às testemunhas, “não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida” (art. 212, *caput*). Após a inquirição feita pelas partes, o juiz poderá complementá-la sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único);

i.3) inquirição das testemunhas arroladas pela defesa – até 8 testemunhas, sem computar as que não prestem compromisso e as referidas (art. 406, § 3º, e art. 394, § 5º, c/c art. 401, § 1º). Essas testemunhas são inquiridas, primeiramente, pela defesa e, depois, pela acusação (princípio do contraditório). As testemunhas arroladas pela defesa podem comparecer independentemente de intimação; se necessário, a defesa deve requerer a intimação na resposta do acusado (“defesa prévia”), quando as arrolou (art. 406, § 3º);

i.4) esclarecimentos dos peritos, previamente requeridos pelas partes e deferidos pelo juiz (art. 411, § 1º). Com base no princípio constitucional acusatório, consideramos que os esclarecimentos dos peritos possam seguir a nova sistemática de inquirição direta pelas partes, após o que o juiz poderá complementá-los sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, CPP). A parte que requereu deve perguntar primeiramente, seguida da parte adversa (princípio do contraditório). Se as partes acusadora e ré requereram, deve-se seguir a ordem acusação e defesa. Se o juiz determinou de ofício, deve ser o primeiro a formular perguntas, seguido da acusação e da defesa;

i.5) acareações;

i.6) reconhecimento de pessoas e coisas. No caso concreto, para que o reconhecimento, especialmente de pessoa, tenha validade ou seja crível, do ponto de vista cognitivo (ainda que, não o fazendo, tenha validade formal), talvez tenha que ser praticado no início da audiência, antes de outros atos⁷⁵;

i.7) interrogatório do acusado. Tendo em vista o procedimento específico do interrogatório (arts. 185 a 196, CPP), seus temas obrigatórios (arts. 187 e 190,

⁷⁵ Veja nossos comentários sobre reconhecimento, em nota de rodapé, no procedimento ordinário, a que fazemos remissão (item 9.3).

CPP), a obrigatoriedade de sua realização se o acusado comparecer (art. 185, *caput*), o princípio constitucional do contraditório (*vide* art. 188, CPP) e o princípio constitucional da ampla defesa, entendemos que o interrogatório deve continuar submetido, pelo menos em parte, ao “sistema presidencial” (art. 188, CPP). Ou seja, o juiz deve formular as perguntas em primeiro lugar e, depois, dar a palavra às partes para reperguntar, sucessivamente ao Ministério Público e, a seguir, à defesa. Com base no princípio constitucional acusatório, apesar da dicção do art. 188 do CPP, o juiz poderá, a nosso ver, permitir que as partes façam as perguntas diretamente ao acusado, não admitindo as perguntas impertinentes ou irrelevantes (art. 188);

i.8) eventualmente, encerrada a instrução probatória, aplicação do regime jurídico da *mutatio libelli* (art. 411, § 3º, c/c art. 384);

i.9) alegações finais orais pela acusação – por cada acusado, 20 minutos para o Ministério Público, prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 411, *caput* c/c §§ 4º e 5º). Sucessivamente, 10 minutos para, se houver, assistente do Ministério Público (art. 411, § 6º). Aparentemente, o assistente não tem prazo por acusado, pois o parágrafo com seu prazo (§ 6º) encontra-se após o parágrafo que estabelece prazo por acusado (§ 5º);

i.10) alegações finais orais pela defesa (art. 403, *caput*) – por acusado, 20 minutos, prorrogáveis, em geral, por mais 10 minutos (art. 411, *caput* c/c §§ 4º e 5º). Ademais, se houver manifestação do assistente do Ministério Público, terá o acréscimo de 10 minutos (art. 411, § 6º). Isso tudo pode totalizar 40 minutos por cada acusado;

i.11) decisão, na audiência (“encerrados os debates”) ou, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos, em dez dias (art. 411, § 9º), a saber: decisão de pronúncia (art. 413), sentença de impronúncia (art. 414), sentença de absolvição sumária (art. 415) e decisão de desclassificação da competência do júri (art. 419). A decisão/sentença deverá ser proferida (na audiência) ou prolatada (após audiência), em até 90 dias após o oferecimento da denúncia/queixa (art. 412). Aqui também vigora o princípio da identidade física do juiz no processo penal, uma vez que “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (art. 394, § 5º, c/c art. 399, § 2º, subsidiariamente)⁷⁶;

i.12) lavratura do termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo  fatos relevantes ocorridos na audiência (art. 394, § 5º, c/c art. 405, *caput*). Além desse registro resumido dos fatos, também é cabível o registro detalhado (gravação magnética, estenotipia, audiovisual etc.) do art. 405, §§ 1º e 2º, do CPP c/c art. 394, § 5º, por aplicação subsidiária;

j) se houver decisão de pronúncia:

j.1) intimação da decisão de pronúncia (art. 420);

j.2) preclusão da decisão de pronúncia e encaminhamento dos autos ao juiz presidente do tribunal do júri (art. 421, *caput*).

O art. 412 do CPP estabelece que o “O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias”. No procedimento da primeira fase (*iudicium accusationis*), esse prazo é contado, a nosso ver, do oferecimento da denúncia/queixa até a prolação da decisão/sentença, como se depreende da referência ao procedimento como um todo, sem nenhum outro marco temporal

⁷⁶ Tratamos do princípio da identidade física do juiz no item 9.2.10, a que fazemos remissão.

próximo. Essa é uma forma significativamente diferente da adotada nos arts. 400 e 531 do CPP, conforme vimos no item 9.3, a que fazemos remissão.

Por que não contar o referido prazo a partir da prisão em flagrante? Cabem aqui os argumentos já expendidos no procedimento ordinário. O referido procedimento do júri (*iudicium accusationis*) é procedimento judicial, previsto na parte do CPP correspondente aos procedimentos do processo propriamente dito. Assim, não se refere aos prazos da investigação criminal, que é procedimento administrativo, cujos prazos são previstos em dispositivos legais próprios.

Nessa linha, como já o dissemos, tampouco se podem contar os cinco dias para oferecimento da denúncia/queixa no referido prazo, pois esses cinco dias ainda se encontram no procedimento administrativo. Não se pode dizer que o processo iniciou e, portanto, o procedimento judicial começou, enquanto a denúncia/queixa não for oferecida, ou seja, entregue na secretaria judicial (ou, se for o caso, no distribuidor judicial), o que pode ser feito no final dos cinco dias.

Desse modo, o prazo da primeira fase (*iudicium accusationis*) do procedimento de competência do tribunal do júri, a nosso ver, é 106 dias, nas Justiças estaduais e distrital, com indiciado/acusado preso, contado da data da prisão em flagrante (ou, se for o caso, da prisão preventiva) até a prolação da decisão/sentença (pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação), assim composto:

- a) conclusão do inquérito policial – 10 dias (art. 10, *caput*, CPP);
- b) vista ao Ministério Público – 1 dia (art. 800, III, CPP, por analogia);
- c) oferecimento da denúncia – 5 dias (art. 46, CPP);

d) audiência de instrução e decisão/sentença – 90 dias (arts. 411, § 9º, e 412, CPP). Nesses 90 dias após o oferecimento da denúncia ou queixa, ocorrerão todos os atos intermediários, como conclusão ao juiz, recebimento da denúncia/queixa, citação, resposta escrita do acusado à acusação, manifestação da acusação sobre resposta, eventual absolvição sumária inicial, despachos preparatórios, diligências, intimações para comparecimento à audiência de instrução e prolação da decisão/sentença.

Na Justiça Federal, o prazo de conclusão do inquérito policial é de 15 dias para o indiciado preso, pode  ser prorrogado por mais quinze dias, por requerimento fundamentado da autoridade policial (art. 66 da Lei 5.010/1966). Desse modo, o respectivo prazo da primeira fase (*iudicium accusationis*) do procedimento de competência do tribunal do júri poderá ser de 111 dias ou, se houver prorrogação do inquérito policial, de 126 dias.

Ademais, pode haver fatores dilatatórios, como a hipótese do art. 408. O acusado não apresenta resposta à acusação (“defesa prévia”). Teremos pelos menos 1 dia para fazer conclusão ao juiz quanto à não-resposta, 1 dia para o juiz nomear defensor dativo ou defensor *ad hoc*, tempo indeterminado para notificar o defensor (1, 5, 10 dias?), 10 dias para o defensor nomeado apresentar resposta à acusação. Supondo o mínimo, teríamos pelos menos mais 13 dias.

O *iudicium accusationis* (procedimento de competência do tribunal do júri) e o procedimento comum sumário têm as mesmas normas sobre a não-previsão de requerimento de diligências imprescindíveis na audiência, a produção de provas numa única audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 411, § 2º, no júri, e art. 533 c/c art. 400, § 1º, no sumário), a inquirição da testemunha que comparecer, independentemente de suspensão da audiência, observada a ordem de inquirição (art. 411, § 8º c/c *caput*,

no júri, e art. 536 c/c art. 531, no sumário), o não-adiamento de ato algum, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer (art. 411, § 7º, no júri, e art. 535, no sumário) e memoriais (de alegações finais orais).

O *iudicium accusationis* do procedimento de competência do tribunal do júri não prevê requerimento de diligências imprescindíveis pelas partes ou determinação judicial de ofício, cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (arts. 402 e 404).

Inspirada a legislação pelos princípios da celeridade e da oralidade e, por conseguinte, como corolário, pelo princípio da concentração, novamente se reforça que “As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” (art. 411, § 2º, no júri, e, com redação semelhante, art. 533 c/c art. 400, § 1º, no sumário). Essa urgência é tal que o art. 411, § 8º c/c *caput*, do CPP estabelece que “A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência”, salvo se não for possível observar a ordem de as testemunhas arroladas pela acusação serem ouvidas antes das arroladas pela defesa (art. 411, § 8º c/c *caput*, no júri, e, com redação semelhante, art. 536 c/c art. 531, no sumário).

Por isso, quando o art. 411, § 7º, do CPP diz que “Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer”, certamente se refere a provas imprescindíveis já requeridas por ocasião da denúncia, queixa ou resposta do acusado (“defesa prévia”), daí referir-se à prova *faltante*. (art. 411, § 7º, no júri, e, com redação quase idêntica, art. 535, no sumário).

Isso não significa que o juiz jamais possa determinar provas imprescindíveis cuja necessidade tenha surgido na audiência, mas deve lembrar-se que as normas do *iudicium accusationis* e do procedimento sumário são concretizações dos princípios constitucionais acusatório e da celeridade, os quais, por sua vez, são garantidos pela oralidade e pela concentração da causa.

Em outras palavras, estas provas posteriores somente devem ser determinadas se houver razões muito fortes, geralmente decorrentes da garantia de direitos fundamentais e da ampla defesa. O juiz não deve subverter o sistema constitucional, seduzido pela norma infr

O *iudicium accusationis* e o procedimento sumário não prevêm a possibilidade de substituir as alegações finais orais por memoriais escritos, os quais seriam oferecidos posteriormente. Aplicam-se, aqui, *mutatis mutandis*, as mesmas observações feitas acima quanto à não-previsão de requerimento de diligências na audiência. Somente por razões suficientemente fortes para superar os princípios constitucionais que informam o procedimento sumário pode o juiz aplicar o art. 403, § 3º, do CPP a este procedimento. Entretanto, pensamos que memoriais escritos podem ser entregues juntamente com as alegações finais orais, para facilitar e, assim, acelerar o julgamento do juiz, o que será de especial relevância em casos complexos. O juiz togado não se deixaria influenciar e, portanto, perder a imparcialidade, por memoriais bem escritos, diversamente do que se supõe que poderia ocorrer com um juiz leigo como é o jurado.

Duas observações devem ser feitas quanto à condução coercitiva de quem deva comparecer (art. 411, § 7º, no júri, e art. 535, no sumário).

Primeira, seria abuso de autoridade fazê-lo relativamente a uma testemunha que não tivesse sido regulamentemente intimada ou que faltasse justificadamente.

Segunda, o acusado não pode ser conduzido coercitivamente, pois tem o direito de não comparecer, com fundamento nos princípios constitucionais da não-auto-incriminação ou *nemo tenetur se detegere* (implícito no direito constitucional ao silêncio) e ampla defesa. O réu não tem o dever de autodefesa e pode preferir ter apenas a defesa técnica. Isso foi reforçado com as modificações feitas pela Lei 11.689/2008, pois o processo não mais fica parado aguardando intimação da pronúncia em crime inafiançável (pode ser feita por edital) e o acusado solto pode, agora, não comparecer na sessão de julgamento perante o tribunal do júri (art. 457, *caput*).

O principal óbice ao andamento do procedimento será, certamente, o disposto no art. 411, § 8º c/c *caput*, do CPP (ou art. 536 c/c art. 531, no procedimento sumário). Se faltar uma testemunha arrolada pela acusação e esta insistir em sua oitiva, não poderão, nos termos legais, ser ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa. Trata-se de aplicação estrita do princípio do contraditório.

Entendemos que as partes e seus representantes podem desistir da oitiva de alguma testemunha, seja a desistência feita pelo Ministério Público, defensor constituído ou defensor público, bem como concordar e até requerer a inversão de oitiva de testemunhas, com o que o procedimento poderia prosseguir. Vejamos os argumentos.

Primeiro, o contraditório é entre as partes, e não, propriamente, entre as provas. Assim, o que não se pode alterar é a ordem da oportunidade de contradizer. Por exemplo, a defesa deve inquirir a testemunha arrolada pela acusação após a própria acusação ter feito suas perguntas.

Segundo, o princípio da ampla não é absoluto nem impõe uma ordem necessária de produção de provas. A defesa pode preferir a celeridade do procedimento à obediência da seqüência de oitivas, como estratégia para chegar ao ponto que realmente lhe interesse. A previsão legal da ordem de oitivas é uma garantia da defesa e não uma *camisa-de-força*, a qual poderia prejudicar a própria estratégia defensiva. No caso concreto, portanto, a defesa pode avaliar se essa garantia lhe é necessária ou não.

Terceiro, as próprias partes escolheram as testemunhas que queriam que fosse ouvidas, o que fazem muitas vezes, sem uma visão clara da relevância da testemunha. Não há óbice constitucional ou legal a que as partes dialoguem com alguma testemunha previamente à audiência, para avaliar melhor sua relevância. O que as partes não podem é induzir seu depoimento, afetar a compreensão que a testemunha tem dos fatos ou arrefecer seu ânimo de dizer a verdade do que sabe. O certo é que, independentemente do que conversem previamente com a testemunha, suas declarações somente têm validade se produzidas no processo, com o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Enfim, até à audiência de instrução, as partes podem ter concluído pela irrelevância do depoimento da testemunha, que seja apenas em determinado momento como é possível no procedimento do júri, diante do que poderiam desistir da oitiva, nos termos do art. 401, § 2º, do CPP (procedimento ordinário), aplicável a outros procedimentos subsidiariamente (art. 394, § 4º, CPP), salvo se o juiz quiser ouvi-la de ofício (art. 209, CPP). Também pode a defesa avaliar que a inversão de determinada oitiva não prejudica sua estratégia defensiva.

9.5.2.2 *Iudicium causae* – segunda fase

A segunda fase ou *iudicium causae* é a seguinte:

- a) preclusão da decisão de pronúncia (art. 421, *caput*, e art. 428, *caput, fine*);
- b) recebimento dos autos (art. 422) pelo juiz presidente do tribunal do júri (ou, se for o caso, juiz “preparador” – art. 424, *caput*);
- c) ordem judicial de intimação do órgão do Ministério Público, do querelante (no caso de queixa) e do defensor (art. 422);
- d) intimações (art. 422);
- e) apresentação de rol de testemunhas, juntada de documentos e requerimento de diligências (em 5 dias da intimação) (art. 422);
- f) “despacho saneador” (art. 423):
 - f.1) deliberação judicial sobre requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no júri (art. 423, *caput*);
 - f.2) ordem de diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa (art. 423, I);
 - f.3) relatório judicial sucinto do processo (art. 423, II);
 - f.4) determinação de inclusão do processo em pauta da reunião do tribunal do júri (art. 423, II, *fine*);
- g) sorteio dos 25 jurados e convocação dos jurados (arts. 432 a 435);
- h) sessão de julgamento:
 - h.1) preliminarmente (art. 462), diligências dos arts. 454 a 461 – casos de isenção e dispensa de jurados e pedido de adiamento de julgamento (art. 454), falta do Ministério Público (art. 455), falta do advogado do acusado (art. 456), falta do acusado solto ou preso (art. 457), falta de testemunha (arts. 458 e 461);
 - h.2) verificação das cédulas dos 25 jurados e chamada deles (art. 462);
 - h.3) comparecendo, pelo menos, 15 jurados, juiz presidente declara instalados os trabalhos e anuncia julgamento do processo (art. 463, *caput*);
 - h.4) pregão f  pelo oficial de justiça (art. 463, § 1º);
 - h.5) recolhimento das testemunhas separadamente (art. 460);
 - h.6) formação do conselho de sentença – esclarecimento sobre impedimentos, suspeição e incompatibilidades (art. 466, *caput*); advertência dos jurados sobre incomunicabilidade e não-manifestação de opinião sobre o processo (art. 466, § 1º); verificação, na urna, das cédulas dos jurados presentes e sorteio dos sete jurados (art. 467); recusas peremptórias ou imotivadas (arts. 468 e 469); decisão sobre arguição de impedimento, suspeição ou incompatibilidade contra o juiz presidente, o órgão do Ministério Público, jurado ou qualquer funcionário (art. 470); compromisso do jurado (art. 472 e 473, *caput*);
 - h.7) jurado do conselho de sentença recebe cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo (art. 472, *caput, c/c art. 423, II*);
 - h.7) inquirição das testemunhas arroladas pela acusação (art. 473, *caput*);
 - h.8) inquirição das testemunhas arroladas pela defesa (art. 473, § 1º);

h.9) acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, esclarecimento dos peritos (art. 473, § 3º);

h.10) leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não-repetíveis⁷⁷ (art. 473, § 3º, *fine*);

h.11) interrogatório do acusado, se estiver presente (art. 474);

h.12) alegações finais orais do Ministério Público e, depois, do assistente do Ministério Público (ou, se for o caso, querelante e, depois, Ministério Público) – 1h30min ou, havendo mais de um acusado, 2h30min (art. 476, *caput* e §§ 1º e 2º, e art. 477);

h.13) alegações finais orais da defesa – 1h30min ou, havendo mais de um acusado, 2h30min (art. 476, § 3º, e art. 477);

h.14) réplica da acusação – 1 h ou, havendo mais de um acusado, 2 h (art. 476, § 4º, e art. 477);

h.15) tréplica da defesa – 1 h ou, havendo mais de um acusado, 2 h (art. 476, § 4º, e art. 477);

h.16) juiz presidente indaga dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos (art. 480, § 1º);

h.17) juiz presidente presta esclarecimento à vista dos autos (art. 480, § 2º);

h.18) jurados têm acesso aos autos e aos instrumentos do crime, se solicitaram ao juiz presidente (art. 480, § 3º);

h.19) eventual suspensão da sessão pelo tempo indispensável à realização das diligências requeridas ou entendidas necessárias, mantida a incomunicabilidade (art. 497, VII). A suspensão pode ocorrer neste momento, em razão de pedido de esclarecimento de jurado, ou no início, para conduzir testemunha imprescindível (art. 461, *caput* e § 1º);

h.20) eventual  dissolução do conselho de sentença para realizar diligências (art. 481);

h.21) juiz presidente lê os quesitos, indaga das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer e, então, decide eventual requerimento/reclamação (art. 484, *caput*, e 497, XI);

h.22) juiz presidente explica o significado de cada quesito aos jurados e esclarece dúvidas (art. 484, parágrafo único, e art. 485, *caput*);

h.23) recolhimento do juiz presidente, dos jurados do conselho de sentença, do Ministério Público, do assistente do Ministério Público (se houver), do querelante (se houver), do defensor do acusado, do escrivão e do oficial de justiça à sala especial (réu e demais pessoas permanecem do lado de fora); na falta da sala especial, juiz determina saída do público (art. 485, *caput* e § 1º);

⁷⁷ Sobre a noção de provas antecipadas, cautelares e não-repetíveis, *vide* item 15.1.1, a que fazemos remissão.

h.24) juiz adverte partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do conselho (art. 485, § 2º);

h.25) votação – veredictos (art. 486 a 490);

h.26) assinatura do termo de votação (art. 491);

h.27) prolação da sentença (art. 492) com eventual interrupção da sessão para elaboração (art. 497, VIII);

h.28) leitura da sentença pelo juiz presidente em plenário (art. 493);

h.29) encerramento da sessão de instrução e julgamento (art. 493);

i) lavratura e assinatura da ata dos trabalhos (art. 494 a 496).

Nos itens seguintes, abordaremos cada passo do *iudicium causae*.

9.5.3 Acusação e instrução preliminar – juntada de documentos

A seção “da acusação e da instrução preliminar” encontra-se nos arts. 406 a 412 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008.

Essa seção trata da primeira fase do procedimento da competência do tribunal do júri (*iudicium accusationis*) até antes da sua fase decisória (pronúncia, impronúncia etc.).

Tratamos do assunto detalhadamente no item 9.5.2.1, a que fazemos remissão.

Antes da Lei 11.689/2008, basicamente, a primeira fase do procedimento dos crimes de competência do tribunal do júri (*iudicium accusationis*) tinha duas diferenças em relação ao procedimento comum ordinário.

Primeiro, não havia a fase de diligência do art. 499 do CPP no *iudicium accusationis*. Após a oitiva das testemunhas de defesa, passava-se diretamente à fase de alegações finais escritas (art. 406, CPP). No mais, seguia a mesma seqüência do procedimento comum ordinário.

Segundo, por expressa vedação legal, não se podiam juntar documentos aos autos na fase da alegações escritas (art. 406, § 2º, do CPP). No procedimento comum ordinário, os documentos podem ser juntados a qualquer momento.

Poderíamos pensar  em fundamento no art. 406, § 3º, do CPP (redação da Lei 11.689/2008), que a defesa somente poderia juntar documentos até a resposta do acusado e que, portanto, a acusação já teria juntado eventual documento na denúncia.

Mas o certo é que o CPP não mais veda a juntada de documentos no *iudicium accusationis* e, portanto, poderão ser juntados inclusive na própria audiência de instrução e julgamento, dando-se vista às partes.

9.5.4 Pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e “desclassificação”

9.5.4.1 Fase decisória no iudicium accusationis

A seção “da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária” abrange os arts. 413 a 421 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008). Também trata da decisão comumente denominada “desclassificação”.

No fim da primeira fase, as partes se empenharam nas respectivas alegações finais orais, durante os debates (art. 411, CPP), para persuadirem racionalmente o

juiz quanto às suas teses. Anteriormente, as alegações eram escritas, nos termos do anterior art. 406 do CPP.

Para o TJMG, ainda que faltem as alegações finais dessa fase, o procedimento poderá prosseguir. Nesse sentido, o TJMG editou a Súmula 41: *Nos processos de competência do Júri, a falta de alegações finais (art. 406, CPP) não acarreta nulidade (aprovada por unanimidade).*

Em seguida, o *juiz sumariante* tomará, normalmente, uma das seguintes quatro decisões: admitir que a acusação seja levada ao tribunal do júri (pronúncia), inadmitir a acusação sem absolver (impronúncia), absolver em determinadas hipóteses (absolvição sumária) ou desclassificar a infração penal para uma outra que não seja de competência do tribunal do júri (desclassificação).

Pode haver outras possibilidades, como declarar a extinção da punibilidade ou ordenar, “antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (art. 156, II, 2ª parte, do CPP, com a redação da Lei 11.690/2008).

9.5.4.2 Pronúncia

Pronúncia é a decisão interlocutória mista não-terminativa, em que o juiz, fundamentadamente, “se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”, admite que a acusação seja levada a julgamento pelo tribunal do júri, ao qual competirá absolver ou condenar⁷⁸.

Nos termos do art. 413, *caput*, CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008): *O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.*

A exigência de *suficiência* dos indícios agora é prevista legalmente pelo art. 413 do CPP. Anteriormente, era inferida do dispositivo sobre a impronúncia, que faz referência expressa a *indícios suficientes* (anterior art. 409, *caput*, CPP, agora art. 414, *caput*, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008). Mas poderia ser obtida por interpretação sistemática da Constituição Federal⁷⁹.

A Lei 11.689/2008 alterou a expressão “existência do crime” do anterior⁸⁰ art. 408 para “materialidade do fato” no novo art. 413.

A “materialidade do fato”, nesse contexto, significa os aspectos objetivos do tipo de crime (tipicidade), como a conduta (objetivamente considerada), elementos objetivos, sujeito passivo (objetivamente considerado), objeto material (ou da ação), resultado e nexa de causalidade.

Quando o art. 413 do CPP é contrastado com os dispositivos sobre impronúncia e absolvição sumária, facilmente se conclui que, nessa fase do *iudicium accusationis*, vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Ou seja, na dúvida, o juiz pronuncia o réu, mandando-o a julgamento perante o tribunal do júri.

⁷⁸ Há quem coloque a decisão de pronúncia como interlocutória simples, mas a “carga decisória” da pronúncia é muito forte, especialmente pela possibilidade de atingir, *a priori*, o direito de punir, quando, por exemplo, o juiz singular “decota” (exclui) qualificadoras de forma definitiva

⁷⁹ A respeito da *suficiência probatória*, veja o item 7.6.2.4 sobre provas preliminares suficientes (justa causa) e probabilidade condenatória.

⁸⁰ Na redação revogada: “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.”

Essa dúvida diz respeito aos aspectos subjetivos do tipo (dolo, culpa, elementos subjetivos), à ilicitude (legítima defesa etc.) e à culpabilidade. Por exemplo, se o juiz está em dúvida se houve ou não legítima defesa, mas está convencido que objetivamente ocorreu a conduta prevista no tipo penal (efetuaram disparos de arma de fogo, causando a morte da vítima), ele aplica o princípio do *in dubio pro societate* e pronuncia o réu.

Isso ocorre porque, nesse momento, não se está condenando nem absolvendo, mas apenas admitindo-se que o réu seja julgado pelo tribunal do júri.

Nesse sentido, somente em situações manifestamente improcedentes a jurisprudência tem admitido que se subtraia a causa do tribunal do júri, inclusive quanto às qualificadoras. Por exemplo, o TJMG editou a Súmula 64, por unanimidade: *Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes.*

O princípio do *in dubio pro reo* (princípio do *favor rei*) aplica-se apenas no momento em que se pode condenar, e, nesse momento, no *iudicium accusationis*, não há condenação.

Não pode haver, quanto aos aspectos objetivos do crime, o grau de dúvida que é possível quanto aos demais aspectos, pois a lei exige que o juiz esteja “convencido da materialidade do crime”.

A expressão “materialidade do crime” também tem outro sentido mais restrito, como *corpo de delito*, ou seja, conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal.

O CPP, ao mesmo tempo em que exige fundamentação no *caput* do art. 413 do CPP, até porque é imposição constitucional (art. 93, IX, CR), limita-a, em seu § 1º, “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”.

Essa limitação procura evitar a indevida influência do juiz togado sobre o jurado. Uma fundamentação da pronúncia mais definitiva, indicando futura condenação, poderia levar o jurado a formar sua convicção sobre o réu dever ser condenado, o que afetaria a imparcialidade do jurado e, por conseguinte, violaria o princípio constitucional do juiz natural.

Todavia, a norma infraconstitucional limitou mais do que poderia, uma vez que a Constituição exige fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX). Por conseguinte, o juiz deve referir as provas produzidas, mas apenas até o ponto que justifique o convencimento sobre a materialidade do crime e a existência de indícios *suficientes* de autoria ou participação. Violação de direito fundamental não é fundamentar, mas sim levar causas temerárias ao tribunal do júri.

O importante é que o juiz evite qualquer discurso persuasivo em relação ao futuro conselho de sentença, ou seja, que não tenha uma fundamentação condenatória. O direito não é ciência exata e, portanto, não há um marco preciso de até onde pode ir. Entretanto, se tiver essa fundamentação persuasiva, poderá ser, em grau recursal, decretada a ineficácia da pronúncia, por nulidade decorrente da violação de normas constitucional (art. 5º, LIII, CR – princípio do juiz natural) e legal (art. 413, § 1º, CR).

Revogados os §§ 1º e 2º do anterior art. 408 do CPP pela Lei 11.689/2008, não mais existe, no texto legal, a prisão decorrente de decisão de pronúncia. Anteriormente, já entendíamos que somente era cabível a prisão se houvesse razão cautelar⁸¹.

Doravante, nos termos do art. 413, § 3º, do CPP, se o acusado estiver preso, o juiz deverá decidir, na pronúncia, motivadamente, a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou de medida restritiva de liberdade anteriormente decretada. Se o acusado estiver solto, também motivadamente decidirá sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das “medidas previstas no Título IX do Livro I” do CPP, que trata da prisão e liberdade provisórias.

De maneira apropriada, a lei refere-se a “medida restritiva de liberdade” e “quaisquer das medidas previstas”, significando, a rigor, medidas cautelares pessoais.

Por um lado, a redação já antecipa futura modificação do CPP, que incluirá outras espécies de medidas cautelares pessoais no referido título do CPP (*vide* PL 4208/2001).

Por outro, conforme levantamento que fizemos no item 16.9, há uma imensa variedade de medidas cautelares pessoais geralmente esquecidas pela doutrina e jurisprudência e que podem, desde já, servir como alternativas à prisão provisória. A Lei 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”) também trouxe novas medidas cautelares pessoais.

Enfim, nos termos legais, qualquer medida cautelar pessoal que esteja aplicada ou que vá ser aplicada ao acusado deve ser justificada cautelarmente na pronúncia.

Trataremos da prisão e liberdade provisórias nos itens próprios (*vide* itens 16.1, 16.5, 17.9).

Nessa fase, “O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave” (art. 418 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008, anteriormente no art. 408, § 4º, CPP). Trata-se da *emendatio libelli*, também prevista na sentença condenatória do júri singular, no art. 383 do CPP. Nessa hipótese, o fato encontra-se totalmente descrito na denúncia ou queixa.

Como *emendatio libelli*, também se situa a desclassificação de crime do júri para crime do júri, o que, a rigor, é uma pronúncia. Por exemplo, seria o caso de o juiz sumariante decotar uma qualificadora, o que pode ser denominado *desqualificação*. Isto pode ser feito pelo juiz sumariante na pronúncia, pelo tribunal *ad quem* em recurso em sentido estrito contra a pronúncia, ou pelo tribunal do júri no julgamento.

A lei continua a não exigir a aplicação do regime da *mutatio libelli* nessa fase do procedimento do júri. A jurisprudência majoritária deve continuar, após as Leis 11.689/2008 (júri) e 11.719/2008 (*mutatio libelli*), a entender que o juiz deve aplicar o disposto no art. 384 do CPP (*mutatio libelli*), se verificar que pode reconhecer, na decisão de pronúncia, uma elementar não descrita explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa, nem em aditamento.

⁸¹ Justificamos a necessidade de razão cautelar nos itens 16.1.2 e 16.5.

Portanto, por exemplo, se o juiz identificar uma qualificadora não descrita na denúncia, deverá determinar vista dos autos ao promotor de Justiça, para aditá-la⁸², abrindo-se, em seguida, o prazo de cinco dias à defesa e, se admitir o aditamento, poderá, a requerimento das partes, designar dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório, realização de debates e julgamento (art. 384, CPP). Tal posicionamento objetiva melhor atender ao princípio constitucional da ampla defesa. O juiz deve fazer o mesmo na hipótese de causa de aumento de pena. Sobre *emendatio* e *mutatio libelli*, veja itens específicos (21.2.3, 21.2.4 e 21.2.5).

Na decisão de pronúncia, devem constar apenas tipo básico, qualificadoras e causas de aumento de pena, sem referência a circunstâncias agravantes, circunstâncias atenuantes e causas de diminuição da pena, conforme se depreende dos arts. 413, § 1º, e 492, inciso I, alíneas “b” e “c” (2ª parte), do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008).

“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”, a separação facultativa do processo (art. 417 c/c art. 80 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008, anteriormente no art. 408, § 5º, CPP).

A decisão de pronúncia não, propriamente, *transita em julgado*, mas sim ocorre sua preclusão *pro judicato*, a qual não faz coisa julgada, apesar de haver preclusão das vias recursais, sob a cláusula *rebus sic stantibus*. Isso significa que, após preclusão da pronúncia, ela poderá ser alterada; “havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público”. Após, “os autos serão conclusos ao juiz para decisão” (art. 421, §§ 1º e 2º, CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008, anteriormente art. 416, CPP).

Observe que, “Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri” (art. 421 do CPP com a redação dada pela Lei 11.689/2008), quando e onde começará a segunda fase do procedimento de competência do tribunal do júri, o *iudicium causae*. Ora, se os autos já prosseguiram para o juiz-presidente, a este compete a providência de alteração da pronúncia por circunstância superveniente⁸³, salvo se a lei de organização e divisão judiciárias dispuser diversamente. Além, a respectiva lei de organização e divisão judiciárias poderá prever que o juiz sumariante também é o juiz-presidente do tribunal do júri.

Por exemplo, o réu é pronunciado por tentativa de homicídio e, após a preclusão da decisão de pronúncia, a vítima morre em decorrência da conduta incriminada, conforme laudo cadavérico juntado aos autos. Então, a decisão de pronúncia poderá ser alterada para homicídio consumado. Mas, como fazer essa modificação? O juiz deve abrir vista ao Ministério Público, nos termos do art. 384 do CPP, a fim de que adite a denúncia, incluindo a elementar do fato *morte*, que não se encontrava na denúncia. Após, continuasse o procedimento do art. 384, com manifestação do defensor sobre o aditamento, recebimento do aditamento, requerimento das partes, continuação da audiência de instrução, com testemunhas, novo interrogatório e alegações finais orais. Somente então, o juiz poderá prolatar a pronúncia, com a nova classificação legal de homicídio doloso, na forma consumada.

⁸² Se o promotor de Justiça (ou o procurador da República) não quiser aditar, o juiz deve aplicar o art. 28 do CPP, nos termos do art. 384, § 1º, CPP.

Se esse procedimento não fosse adotado, por um lado, estaria violado o princípio constitucional da demanda (ou iniciativa das partes), pois se trata de ação penal pública incondicionada e ao Ministério Público compete lhe dar início, e, por outro, com certeza não poderíamos dizer que estaria havendo *plenitude de defesa*, que é constitucionalmente garantida (art. 5º, XXXVIII, a, CR). Note que o réu pode até ter confessado que tentou matar a vítima, mas discordar de que os ferimentos que causou na vítima tenham acarretado sua morte, a qual, por exemplo, poderia ter ocorrido por outra conduta, como envenenamento praticado por um terceiro, sem qualquer ligação com o réu.

Até quando essa modificação pode ser feita? Como o art. 421 do CPP fala de um momento posterior ao *trânsito em julgado*, supõe-se que a modificação possa ocorrer na segunda fase (*iudicium causae*). Todavia, parece-nos que somente após os veredictos do conselho de sentença a matéria está realmente preclusa. Se alguém *aparecesse* com o laudo cadavérico nas mãos durante a sessão de julgamento e ainda não houvesse veredicto do conselho de sentença, isso anularia o julgamento se ele prosseguisse, no mínimo pela influência que geraria sobre a vontade dos jurados, os quais tiveram ciência dele naquele momento. Mas, após os veredictos, estes não mais poderiam ser alterados, tendo em vista sua soberania constitucionalmente estabelecida. Ademais, os jurados não teriam decidido contrariamente às provas dos autos, pois, até o momento em que prolataram seus veredictos, não havia prova da morte e, portanto, muito menos de sua relação de causalidade com a conduta do réu.

A pronúncia se trata de decisão interlocutória e não, propriamente, de sentença, pois não resolve definitivamente sobre a pretensão punitiva, apenas admitindo que a imputação seja levada a julgamento pelo tribunal do júri. Contudo, a decisão *tangencia* o mérito, não se tratando de decisão interlocutória simples, e sim de interlocutória mista. Por exemplo, se o juiz *decolar* qualificadoras de um crime de homicídio na pronúncia e ocorrer o trânsito em julgado, sem a superveniência de circunstância nova (art. 421, CPP), o *quantum* de satisfação do direito de punir do Estado estará afetado – não se pode dizer que uma pena mínima de seis anos seja a mesma coisa que uma pena mínima de doze anos. Mal comparando, ninguém dirá que alguém tem direito ao crédito e que cem libras são a mesma coisa que duzentas libras. Portanto, o juiz sumariante *reduz o mérito* previamente, impedindo que o tribunal do júri possa conhecer o fato delitivo e a autoria além do âmbito circunscrito por ele na pronúncia.

Interpretando o art. 117, II, do CP, o STJ editou a Súmula 191 do STJ, de 25.06.1997⁸³: *A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.*

9.5.4.3 Impronúncia

A impronúncia é a sentença em que, fundamentadamente, o juiz extingue o processo, não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 414 *caput*, c/c 416 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008, anteriormente no art. 409). Quanto à expressão “materialidade do fato”, são cabíveis as mesmas observações que fizemos sobre a pronúncia, a que fazemos remissão (item 9.5.3.4).

“Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova” (art. 414, parágrafo único, do CPP, com a

⁸³ Publicada no *DJ* 01.ago.1997, p. 33718.

redação dada pela Lei 11.689/2008, anteriormente no art. 409, parágrafo único). Substancialmente, a nova redação não mais possui a expressão “em qualquer tempo”, que era contraditória, pois pode ocorrer a extinção da punibilidade, inclusive pela prescrição (limite temporal).

A sentença de impronúncia faz apenas coisa julgada formal, ou seja, o processo é extinto e, nele, não se pode mais discutir a causa criminal. Contudo, não se forma a coisa julgada material, pois, a mesma causa poderá ser novamente discutida em outro processo contra o mesmo réu, uma vez que, enquanto não extinta a punibilidade, poderá ser instaurado processo contra o réu, se houver prova nova. A noção de “prova nova” já vimos por ocasião do arquivamento do inquérito policial – trata-se de prova substancialmente nova relativamente ao panorama probatório dentro do qual a impronúncia foi concebida.

Nessa fase não há condenação e a absolvição somente pode ocorrer nos casos do art. 415 do CPP (anteriormente art. 411).

A Lei 11.689/2008 modificou significativamente a impronúncia, tendo em vista as modificações que também fez na absolvição sumária do art. 415 do CPP.

Anteriormente, podiam estar provados (categoricamente) a inexistência do fato, não ser o acusado autor ou partícipe do fato, ou o fato não constituir infração penal e, ainda assim, haveria a impronúncia, uma vez que não eram previstas como hipóteses de absolvição sumária. Esta cobria apenas as hipóteses dos arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 28, § 1º, do Código Penal, nos termos do art. 411 do CPP, geralmente eximentes da ilicitude e dirimentes da culpabilidade. O problema é que, apesar dos esforços da doutrina, não fazia coisa julgada material e o caso podia ser reaberto.

Essas hipóteses não são mais de impronúncia, mas de absolvição sumária, fazendo coisa julgada material.

Doravante, em outras palavras, as hipóteses de impronúncia são, a nosso ver, a dúvida sobre a materialidade do fato e a dúvida (resultante da insuficiência de indícios) sobre a autoria ou a participação. Se tiver certeza de que não ocorreu o fato, não constitui crime (atipicidade absoluta) ou o acusado não foi autor ou partícipe, deve absolver sumariamente.

Obviamente, se é caso de atipicidade relativa, o juiz deve desclassificar, e não impronunciar (art. 419 do CPP com a redação dada pela Lei 11.689/2008).

Se, por exemplo, houver indícios de que o réu foi autor, mas esses indícios não forem suficientes para convencer o juiz de que o acusado foi o autor, o juiz não pode absolver, como faria se não fosse competência do júri (art. 386, VII, CPP – “não existir prova suficiente para a condenação” –, anteriormente no inciso VI), pois tais hipóteses não se encontram como hipóteses de absolvição sumária no art. 415 do CPP. Somente resta ao juiz impronunciar o réu.

Poder-se-ia argumentar que a impronúncia faria coisa julgada material, e não mais seria possível haver novo processo pelo mesmo fato e autor, uma vez que se trata de hipótese de absolvição no art. 386, VII, CPP.

Entretanto, estaríamos confundindo as partes fundamentadora e dispositiva da sentença de impronúncia. Conforme temos demonstrado⁸⁴, a qualidade e a eficácia da sentença são definidas pelo conteúdo da sua parte dispositiva, e não pela parte fundamentadora. A lei não atribuiu à sentença de impronúncia a qualidade de coisa

⁸⁴ Por exemplo, veja os itens 7.6.1.2 (natureza jurídica II – pressupostos processuais) e 7.6.2.4 (provas preliminares suficientes – justa causa – e probabilidade condenatória).

julgada *material*. Portanto, se a parte dispositiva a delimita como sentença de impronúncia, não podemos utilizar a parte fundamentadora para dizer que ela tem o mesmo regime jurídico da sentença absolutória.

Não fazer coisa julgada material tem reflexos muito graves para o acusado. Antes da modificação feita pela Lei 11.689/2008, se, por exemplo, duas testemunhas afirmassem categoricamente que um terceiro havia praticado o homicídio doloso, e não o réu, o juiz prolataria a sentença de impronúncia. Se, após o trânsito em julgado, ficasse provado que as testemunhas haviam prestado falso testemunho por dinheiro, nova ação penal poderia ser proposta em relação ao mesmo fato delitivo e mesmo suposto autor da infração penal, dando-se início a novo processo penal, que atravessaria novamente todo o caminho procedimental e mais uma vez se chegaria à fase da pronúncia, onde o juiz poderia pronunciar, impronunciar, desclassificar e absolver sumariamente. É o que continua a ocorrer nas hipóteses em que ainda cabe a impronúncia.

Um raciocínio respeitável e defendível que provavelmente se desenvolverá, em matéria de direito intertemporal, será o exposto a seguir. A nova disciplina da absolvição sumária afeta diretamente o poder de punir e, portanto, é norma mista, submetida aos princípios da temporalidade da lei penal. Ademais, é claramente mais benéfica ao acusado. Desse modo, não apenas se aplicaria imediatamente, mas também deveria retroagir para beneficiar os casos já julgados. Isso significaria que os efeitos das impronúncias já transitadas em julgado também possuiriam a qualidade de coisa julgada material, se elas foram prolatadas, conforme fundamentação, por estar provado, categoricamente, a inexistência do fato, não ser o acusado autor ou partícipe do fato, ou o fato não constituir infração penal.

Contudo, novamente estaríamos confundindo as partes fundamentadora e dispositiva da sentença de impronúncia. Não há como convolar, automaticamente, uma espécie de dispositivo (“impronúncia”) em outro (“absolvo”), e, conforme vimos, a qualidade e a eficácia da sentença são definidas pelo conteúdo da sua parte dispositiva, e não pela parte fundamentadora. Nessa linha, as eficácias das impronúncias prolatadas até 08.08.2008 que transitaram ou transitarem em julgado continuarão apenas com a qualidade de coisa julgada formal. Entretanto, as que ainda não transitaram em julgado até essa data, poderão ser convoladas em absolvição sumária pelo juiz sumariante, em juízo de retratação em recurso em sentido, ou pelo tribunal  quem.

Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a impronunciar o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente (art. 81, parágrafo único, CPP), para julgamento dos demais crimes conexos. Apesar de não haver previsão legal, seria conveniente se manterem cópias dos autos no juízo que impronunciou, para a eventualidade de surgirem *provas novas*, que possibilitariam nova ação penal pelo mesmo fato.

9.5.4.4 Desclassificação

Com a Lei 11.689/2008, o que a doutrina e jurisprudência, de modo geral, denominam “desclassificação”, no final do *iudicium accusationis*, não se encontra mais previsto no art. 410, mas no art. 419, *caput*, do CPP, com a seguinte redação:

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.

A lei de organização e divisão judiciária pode prever que o próprio juiz sumariante é o juiz competente nesses casos de desclassificação, mesmo havendo divisão de competência entre juiz do tribunal do júri de um lado e juízes diversos de outro. Portanto, temos que conferir cada lei dessa espécie, conforme a unidade federativa. Isso é desnecessário quando há um único juiz na comarca ou quando, mesmo havendo vários, todos têm competência cumulativa sobre todas as causas criminais.

A desclassificação aqui, note bem, não é para crime de competência do próprio tribunal do júri, como seria o caso de desclassificação de homicídio para infanticídio, pois, no caso, a rigor, seria uma pronúncia. Tampouco estamos tratando da *desqualificação*, em que o juiz (ou o tribunal *ad quem*) decota qualificadora, pois também se trata de pronúncia. Essas hipóteses seriam, em sentido amplo, também o que a doutrina denomina *desclassificação*, mas, no tema do júri, a lei utilizou denominações específicas.

O termo “desclassificação”, largamente empregado pela doutrina para tratar do art. 419 do CPP (e, anteriormente à Lei 11.689/2008, do art. 410), é inapropriado. Toda desclassificação, a rigor, é uma hipótese de *emendatio libelli* e, portanto, o fato desclassificado deve estar contido no fato originário. Contudo, no caso, o termo se aplica a qualquer fato que não seja de competência do tribunal do júri, ainda que não seja uma *redução* do fato originário, englobando, portanto, quaisquer hipóteses de declaração, de ofício, da incompetência do tribunal do júri. Assim, aplica-se, por exemplo, mesmo quando haja uma *ampliação* do fato originário, como seria o caso de o juiz sumariante concluir que se trata de um latrocínio, em que a morte dolosamente produzida foi apenas um meio para se subtrair uma coisa alheia móvel (art. 157, § 3º, CP).

Anteriormente à Lei 11.689/2008, nos termos do art. 410, 2ª parte, c/c art. 74, § 3º, do CPP, o juiz não podia desclassificar e, logo em seguida, mesmo sendo competente, proferir sentença condenatória ou absolutória. Em qualquer caso, fosse crime com pena de reclusão ou detenção, fosse contravenção, seria reaberto ao acusado prazo para defesa e indicação de testemunhas, prosseguindo-se, depois de encerrada a inquirição, de acordo com os arts. 499 e segs. do CPP. Não se admitiria, entretanto, que fossem arroladas testemunhas já anteriormente ouvidas (anterior art. 410, 3ª parte). Por exemplo, seria o caso de concluir que se tratava de latrocínio (art. 157, § 3º, CP) e não se  competente para processá-lo e julgá-lo. Neste exemplo, o juiz, mesmo sendo competente, não poderia prolatar a sentença condenatória imediatamente, pois teria que seguir o art. 499 e seguintes do CPP, ou seja, fase de diligências, novas alegações finais escritas, eventualmente diligência *ex officio* determinadas pelo juiz, manifestação das partes se houvesse prova produzida (por força dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa) e sentença (condenatória ou absolutória).

Entretanto, o novo art. 419 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008, nada estabeleceu a respeito. Como proceder?

Os regimes jurídicos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* podem solucionar a questão. Além disso, em caso de dúvida judicial, o juiz poderá aplicar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nessa linha, se for hipótese de *emendatio libelli*, ou seja, de desclassificação propriamente dita, por exemplo uma desclassificação de homicídio doloso para lesão corporal grave, e o juiz “sumariante” for competente para julgá-lo, ele poderá desclassificar e, em seguida, condenar. É o que se depreende da nova redação.

Se não for competente para julgar o fato desclassificado, o juiz sumariante remeterá o processo ao juiz competente, após a preclusão da decisão desclassificatória. Então, o juiz competente poderá prolatar diretamente a sentença condenatória ou absolutória.

Como não realizou a instrução criminal, o outro juiz poderá, antes de proferir a sentença, determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, nos termos do art. 156, II, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.690/2008). Uma vez realizadas, dará vista à acusação e à defesa para alegações finais, em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, após o que prolatará a sentença.

O juiz também poderá, independentemente de novas diligências, com base nos referidos princípios constitucionais, dar nova vista às partes, para oferecimento de novas alegações finais, após o que prolatará a sentença. Se não houver réu preso, essa dilação poderá ser aplicada sem problema (não haveria réu a ser solto por excesso de prazo), pois garante melhor tanto o contraditório quanto a ampla defesa e, assim, não acarretará qualquer nulidade.

Além disso, ainda que o juiz sumariante seja competente, ele não poderá imediatamente prolatar sentença condenatória, se a desclassificação ensejar, por exemplo, suspensão condicional do processo, nos termos do art. 383, § 1º, CPP.

Conforme vimos no item 21.2.3, o juiz prolatará a sentença desclassificatória e determinará vista dos autos ao Ministério Público, para fins de suspensão condicional do processo. Por exemplo, se o Ministério Público propuser a suspensão condicional e ela for aceita e homologada, o processo será suspenso; cumpridas as condições, será, depois, decretada a extinção da punibilidade, e não cumpridas injustificadamente, será, em seguida, prolatada a sentença condenatória (*vide*, ainda, item 9.9.2.6 sobre o *sursis* processual).

Se faltar ao menos uma elementar, a “desclassificação” será hipótese de *mutatio libelli*, devendo-se, então, aplicar as regras do art. 384 do CPP, que tratamos detalhadamente no item 21.2.4.3.

Se o juiz sumariante não for competente para o outro crime, isso será feito no outro juízo, onde será aberta vista ao respectivo acusador.

Não será mais o so de o outro acusador suscitar conflito negativo de competência, pois a matéria já estará preclusa. Se não quiser aditar a denúncia para inclusão de elementar, o juiz aplicará o art. 28 do CPP por força do art. 384, § 1º, do CPP, mas se, no final das contas, não houver aditamento no âmbito do procurador-geral do Ministério Público, o juiz julgará o fato típico que resta sem a elementar.

Se os autos forem remetidos os autos do processo a outro juiz, obviamente à disposição deste ficará o acusado preso, nos termos do art. 419, parágrafo único do CPP, conforme já era previsto no anterior art. 410, parágrafo único, do CPP.

Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente (art. 81, parágrafo único, CPP), para julgamento deste e dos demais crimes conexos. Salvo se ele também for competente, seja por ser o único juiz da comarca ou por ter competência cumulativa.

O recurso cabível contra a decisão desclassificatória continua a ser o recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, II, do CPP.

9.5.4.5 Absolvição sumária do art. 415 do CPP

A absolvição sumária é a sentença em que, fundamentadamente, o juiz, desde logo (isto é, sem admitir que vá para o tribunal do júri), extingue o processo, rejeitando a pretensão condenatória (ou absolutória imprópria), com um dos fundamentos especificados em lei (art. 415 c/c 416 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008, anteriormente no art. 411 do CPP).

A expressão “absolvição sumária” saiu da denominação da Seção I (acima do art. 406, anteriormente denominada “da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária” e, agora, “da acusação e da instrução preliminar”), mas continua no art. 416 do CPP.

Essa absolvição sumária do art. 415 do CPP (anterior art. 411) não deve ser confundida com a absolvição sumária do art. 397 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008, em vigor a partir de 22.08.2008).

Os fundamentos absolutórios do art. 415 do CPP são os seguintes, não-cumulativamente:

- 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.*

Se está provado que não constitui crime doloso contra a vida, mas é caso de atipicidade relativa, não se trata da hipótese do supracitado inciso III, mas de caso de desclassificação (art. 419 do CPP com a redação dada pela Lei 11.689/2008). Por exemplo, está provado que não é homicídio doloso, mas lesão corporal.

O parágrafo único do art. 415 estabelece que não se aplica o disposto no supracitado inciso IV ao caso de inimizabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva. Essa previsão ocorre porque as hipóteses dos demais incisos são mais benéficas do que a inimizabilidade absoluta, a qual pode acarretar absolvição imprópria, com imposição de medida de segurança. Por exemplo, o acusado pode ser inimputável mas ter agido em legítima defesa, não ser o autor da infração ou sequer o fato existiu.

Assim, se a defesa alegar a inimimizabilidade absoluta (art. 415, IV, 1ª parte) e também outra tese defensiva, o juiz não deve absolver sumariamente pela inimimizabilidade, impondo medida de segurança. Entretanto, se o juiz tiver certeza de outra hipótese do art. 415 do CPP poderá e deverá absolver sumariamente. Somente no caso de ter dúvida quanto a uma outra tese defensiva, o juiz deve, se for o caso, pronunciar, admitindo que o processo vá para o tribunal do júri, no qual, talvez, o acusado venha a ser absolvido pela outra tese, sem a imposição de medida de segurança.

Se a única tese defensiva é a inimimizabilidade absoluta (art. 26, *caput*, do CP), o juiz deve absolver sumariamente, desde logo, por eficiência constitucional, celeridade constitucional ou, nos termos tradicionais, economia processual, pois esse já seria, provavelmente, o resultado do julgamento pelo tribunal do júri. Entretanto, sendo fato típico e ilícito (note que a única tese é a inimimizabilidade), o juiz também imporá medida de segurança, nos termos do art. 97 do CP.

As hipóteses de cabimento da absolvição sumária do art. 415 do CPP foram bastante ampliadas pela Lei 11.689/2008.

A absolvição sumária somente cabia nas hipóteses que eram mencionadas na lei, como erro sobre elemento do tipo (art. 20, CP), discriminantes putativas (art. 20, § 1º, CP), erro sobre a ilicitude do fato (art. 21, CP), coação moral irresistível e obediência hierárquica (art. 22, CP), as causas de “exclusão” da ilicitude (eximentes) do art. 23 do CP (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito), a inimizabilidade do art. 26 do CP, a isenção de pena do art. 28, § 1º, do CP. Era como se entendia a expressão “circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu”, no anterior art. 411. Na prática geralmente eram eximentes de ilicitude (especialmente legítima defesa) e, em menor número, dirimente de culpabilidade (especialmente inimputabilidade).

Eram de impronúncia, fazendo apenas coisa julgada formal e não material, as hipóteses de estarem provados, alternativamente (isto é, qualquer uma das hipóteses), a inexistência do fato, não ser autor ou partícipe do fato, ou o fato não constituir infração penal. Agora, na absolvição sumária, conforme ocorre com as demais hipóteses desta, também ocorre a coisa julgada material em relação a tais matérias.

A nova disciplina da absolvição sumária afeta diretamente o poder de punir e, portanto, é norma mista. Assim, coloca-se a questão se afeta as impronúncias prolatadas até 08.08.2008, que tratamos no item 9.5.3.5 sobre impronúncia, a que fazemos remissão.

Por outro lado, não há dúvida de que as sentenças prolatadas a partir de 09.08.2008 devem submeter-se à nova disciplina do art. 415 do CPP.

O recurso cabível contra a sentença de absolvição sumária prolatada a partir de 09.08.2008 (data da vigência da Lei 11.689/2008) não é mais o recurso em sentido estrito (revogado inciso VI do art. 581 do CPP), mas a apelação, nos termos do art. 416 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008). Não mais ocorre o “recurso de ofício”

As absolvições sumárias prolatadas até 08.08.2008 estão sujeitas ao recurso em sentido em estrito, por ser o recurso ainda cabível na data da prolação da decisão, aplicando-se, de forma ultra-ativa, o revogado inciso VI do art. 581 do CPP. Se o juiz absolveu sumariamente até 08.08.2008, teve (ou, se ainda não o fez, tem) que “recorrer de ofício” da sua decisão (revogado art. 411, CPP), com efeito suspensivo e endereçado ao “Tribunal de Apelação”, ou seja, ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, conforme seja júri estadual ou federal. Esse “recurso de ofício”, a rigor, não é recurso (pois todo recurso deve ser voluntário), mas condição de eficácia da decisão; não havendo o reexame pelo tribunal, a decisão não transita em julgado. No tema, o TJMG, por unanimidade, editou a Súmula 9: *Está sujeita a recurso "ex officio" a sentença que absolver sumariamente o acusado (art. 411 CPP) e a que conceder a reabilitação*. Essa súmula procurou firmar posição quanto à constitucionalidade do *recurso de ofício* após a Constituição Federal de 1988, que não violaria o princípio da demanda.

A suspensividade do *efeito* do recurso consistia (e ainda consiste para as absolvições sumárias prolatadas até 08.08.2008), por exemplo, no impedimento de se remeterem os crimes conexos para o juiz que fosse competente (art. 81, parágrafo único, CPP), mas não impedia a soltura imediata do réu que estivesse eventualmente preso. Houve uma época em que a suspensividade de um recurso impedia a soltura de réus presos que fossem absolvidos, mas isso não se admite mais desde a Constituição anterior.

Nos procedimentos dos crimes que não são de competência do tribunal do júri, para que o juiz absolve, basta a dúvida se deve condenar ou absolver. Isso é

diferente na hipótese de absolvição sumária, pois deve haver prova plena no sentido da absolvição, uma vez que, absolvendo, o juiz está subtraindo do julgamento do tribunal do júri a causa e isto somente deve ser feito diante de prova categórica.

Conforme se depreende da confrontação entre as disposições sobre pronúncia, absolvição sumária e impronúncia, o CPP adota o princípio do *in dubio pro societate* nessa fase do *iudicium accusationis*, até porque o acusado não será condenado nessa fase e, se pronunciado, ainda poderá ser absolvido perante o tribunal do júri, o qual, apesar de sua soberania, adota o princípio do *in dubio pro reo*.

O juiz, portanto, somente deve absolver sumariamente, com fundamento no art. 415 do CPP, se o conjunto probatório demonstrar, de maneira concludente (ou seja, irrefutável), sob contraditório, que ocorreu uma das hipóteses previstas em seus incisos.

Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente (art. 81, parágrafo único, CPP), para julgamento dos demais crimes conexos. Note que, em qualquer outro juízo, a regra é o juiz ou tribunal permanecer competente para os crimes conexos, quando absolve o réu do fato delitivo que motivou a atração dos demais crimes, nos termos do art. 81, *caput*, do CPP. Seja como for, na maior parte do país, os juízes têm competência cumulativa e, portanto, eles também são competentes para os crimes conexos.

9.5.4.6 Intimação da decisão de pronúncia

Com as modificações feitas pela Lei 11.689/2008 no CPP, houve uma significativa modificação no que tange à intimação da pronúncia e conseqüente prosseguimento do procedimento.

Anteriormente, se o crime fosse afiançável, poderia ocorrer a intimação da pronúncia por edital (anterior art. 415, CPP), permitindo que o procedimento prosseguisse. No caso de crime afiançável, poderia o réu ser julgado pelo tribunal do júri à revelia, sem sua presença (art. 451, § 1º, CPP), se faltasse à sessão de julgamento injustificadamente. Os crimes dolosos contra a vida afiançáveis são apenas o infanticídio (art. 123, CP), o aborto praticado pela gestante e o aborto praticado com o consentimento da gestante (art. 124, CP).

Contudo, se o crime fosse inafiançável, a intimação da sentença de pronúncia seria sempre feita ao réu pessoalmente (anterior art. 414, CPP). Entretanto, o processo não prosseguiria até que o réu fosse intimado da sentença de pronúncia (“crise de instância”). Se houvesse mais de um réu, somente em relação ao que fosse intimado prosseguiria o procedimento (anterior art. 413, *caput* e parágrafo único, CPP). Nessa linha, a respeito, o TJMG havia editado a Súmula 31, por unanimidade: *Se o réu não é encontrado para intimação pessoal da sentença de pronúncia ou para recebimento da cópia do libelo, cabível sua prisão preventiva como único meio para assegurar o julgamento e a aplicação da lei penal.*

Ainda antes da Lei 11.689/2008, numa interpretação *a contrario sensu* do art. 451, § 1º, do CPP⁸⁵, tampouco poderia ocorrer a sessão de julgamento do tribunal do júri sem a presença do réu, na hipótese de crime inafiançável e isso considerando que já havia a intimação pessoal da pronúncia. Era um excesso de formalismo que não resistiria a uma reforma processual. Nessa linha de interpretação literal, ao juiz

⁸⁵ Ou seja, somente quanto ao crime afiançável se previa a realização do julgamento sem o réu.

presidente restava a decretação da prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, para que pudesse garantir a presença do réu, se sua falta fosse injustificada.

Mas, numa interpretação sistemática baseada na Constituição Federal, já podíamos concluir que o seu direito de não comparecer se encontrava ínsito no princípio constitucional da ampla defesa e no direito constitucional ao silêncio do réu. O réu não tem o dever de autodefesa e pode preferir ter apenas a defesa técnica. Por outro lado, não faria sentido obrigar o réu a ir à sessão de julgamento tão-somente para que ele pudesse exercitar seu direito ao silêncio.

O art. 420 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008) tem uma nova regulamentação a respeito:

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.

A nova regra é a intimação pessoal do acusado, independentemente de o crime ser afiançável ou inafiançável e de o acusado estar preso ou solto (art. 420, I, CPP).

Além do defensor nomeado (dativo e *ad hoc*) e do membro do Ministério Público, o defensor público também é intimado pessoalmente, na forma da respectiva lei específica (art. 44, I, c/c art. 142 da Lei Complementar 80/1996). O defensor constituído, o querelante e o assistente do Ministério Público podem ser intimados por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca (art. 420, II, c/c 370, § 1º, CPP).

Todavia, se o acusado solto não for encontrado, ele será intimado por edital, com o que o procedimento poderá prosseguir para eventuais recursos, preclusão da pronúncia e segunda fase (*iudicium causae*) do procedimento, inclusive com julgamento perante o tribunal do júri.

Essa mudança ocorreu porque, se o acusado solto não foi encontrado por ocasião da citação, por estar em local ignorado ou inacessível, ele foi citado por edital e, não tendo comparecido e nem constituído defensor, o processo e a prescrição já foram suspensos, nos termos do art. 366 do CPP.

Desse modo, se o procedimento chegou ao momento da intimação da pronúncia, isso significa que já houve a citação pessoal ou por hora certa do acusado. Não seria o caso, portanto, de haver duas possibilidades de suspensão do processo, uma na citação e outra na intimação da pronúncia (“não prosseguirá”). Supõe-se que o acusado já teve ciência formal da acusação⁸⁶ e, por conseguinte, no momento da pronúncia, se ele não foi encontrado, o procedimento poderá prosseguir.

O que fazer com os milhares de processos penais que estão “paralisados”, aguardando a intimação pessoal da decisão de pronúncia ao acusado, em crime inafiançável? A nova regulamentação tem aplicabilidade imediata e, assim, devem os acusados ser intimados por edital e deve o procedimento prosseguir? E com os processos já iniciados que se encaminham para o momento da pronúncia?

Ingressamos, assim, nas questões de direito intertemporal.

⁸⁶ A citação por hora certa ainda gerará muita polêmica se o acusado efetivamente teve ciência da acusação.

A resposta não é fácil porque, apesar da referida “paralisação” do procedimento, a prescrição continua a correr.

Se o acusado não for encontrado por tempo suficiente, ocorrerá a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima abstrata (homicídio simples em vinte anos), ou que sabe, se for encontrado antes disso, chegue a ser condenado, mas ocorra a prescrição retroativa pela pena concreta aplicada na sentença (mudança da faixa de prescrição – homicídio simples com pena aplicada de seis anos, prescreve em dozes anos).

A continuação da prescrição com o procedimento parado é muito benéfico para o acusado do ponto de vista do direito penal.

Portanto, a mudança da norma processual, estabelecendo a intimação por edital e o prosseguimento do procedimento, tem reflexos penais. Trata-se, dessa forma, de norma mista (ou norma híbrida, norma processual material, norma simultaneamente penal e processual penal etc.), aplicando-se os princípios da temporalidade da lei penal (princípio da retroatividade da lei mais benéfica, princípio da ultra-atividade da lei mais benéfica e princípio da irretroatividade da lei mais gravosa).

A solução, a nosso ver, passa pelos marcos temporais de duas normas mistas, correspondentes ao art. 366 do CPP e ao novo art. 420 do CPP.

O art. 366 do CPP teve sua redação dada pela Lei 9.271/1996 e entrou em vigor em 17.06.1996. Foi considerado prejudicial ao acusado, em razão da suspensão da prescrição, e, conseqüentemente, não se aplica aos crimes praticados anteriormente à sua vigência.

Em um crime doloso contra a vida ocorrido até 16.06.1996, o réu poderá ser citado por edital e, sem suspensão do processo e da prescrição, o procedimento prosseguirá até o momento da pronúncia. Se isso ocorrer, a modificação da Lei 11.689/2008 será frustrada, pois chegará à pronúncia um caso com citação por edital, sem que o réu tivesse comparecido ou constituído defensor, ou seja, não há como supor que ele tenha tido ciência do conteúdo da acusação.

Já os crimes praticados de 17.04.1996 a 08.08.2008 estão submetidos ao art. 366 do CPP. Isso significa que ou há suspensão (por que réu foi citado por edital e não compareceu, nem constituiu defensor) e, então, o procedimento não prosseguirá até o momento da pronúncia, ou há citação pessoal (ou, doravante, citação por hora certa)⁸⁷ e o procedimento chegará até a fase da pronúncia.

Havendo citação pessoal (ou, doravante, citação por hora certa), quando então pôde ter ocorrido a suspensão se a citação fosse por edital, não faz sentido que possa ocorrer outra “suspensão” (“paralisação”), agora por força do revogado art. 414 do CPP. O princípio constitucional da temporalidade penal deve ser ponderado em face do princípio constitucional da igualdade. Não se justifica constitucionalmente, a nosso ver, que haja uma classe de indivíduos privilegiados com possibilidade de duas “suspensões”, a saber, aqueles que tenham praticado crime de 17.04.1996 a 08.08.2008. Portanto, pensamos, nesse período, também se aplica o novo art. 420 do CPP.

⁸⁷ O raciocínio quanto à citação por hora certa demanda maior análise, pois, por mais que se acredite que, por exemplo, o denunciado está se ocultando (como deve estar certificado pelo oficial de justiça), o certo é que a citação não foi efetivamente pessoal, ao contrário do preconiza a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/1992).

É possível, no entanto, considerando apenas o princípio da temporalidade da lei penal, que haja orientação da doutrina e da jurisprudência pela aplicação conjunta, nesse período, do art. 366 do CPP e do revogado art. 414 do CPP, com a dupla “suspensão”, até porque, afinal de contas, essa já era a situação de quem se encontrava nesse período. Mas não nos parece que haja, após ter sido regularmente citado, propriamente um “direito de fuga” e, desse modo, um “direito” a não ser mais encontrado para a intimação pessoal e a ter o processo “paralisado”. O que efetivamente pensamos que o acusado podia (e pode), do ponto de vista constitucional, era não comparecer, coisa que é bastante diferente de desaparecer.

O novo art. 420 do CPP teve sua redação dada pela Lei 11.689/2008 e entrou em vigor em 09.08.2008. Por qualquer ponto de vista, penal ou processual, os crimes praticados a partir desta data estarão submetidos à nova disciplina.

Em síntese, considerando que ambos contêm normas mistas, entendemos que o art. 420 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008) deve ser aplicado em consonância com o art. 366 do CPP (com a redação dada pela Lei 9.271/1996), da seguinte forma:

a) nos crimes praticados a partir de 09.08.2008, aplica-se o novo art. 420 do CPP (bem como o art. 366 do CPP), seja do ponto de vista penal, seja processual penal, com o que ocorrerá apenas a suspensão do art. 366 do CPP;

b) nos crimes praticados de 17.04.1996 a 08.08.2008, aplica-se o art. 366 do CPP e, portanto, também se aplica o novo art. 420 do CPP, com fundamento nos princípios constitucionais da temporalidade da lei penal e da igualdade, onde haverá apenas a suspensão do art. 366 do CPP. Porém, é possível que haja orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido da aplicação conjunta do art. 366 do CPP e do revogado art. 414 do CPP, com dupla “suspensão” dos crimes praticados nesse período;

c) nos crimes praticados até 16.04.1996, não se aplica o art. 366 do CPP e, portanto, também não se aplica o novo art. 420 do CPP, devendo aplicar-se a disciplina do revogado art. 414 c/c art. 413 do CPP, apenas com a “suspensão” do art. 414 do CPP.

Do ponto de vista prático da administração da justiça, essa interpretação possibilita que não haja  colapso da justiça com o andamento de milhares de processos que aguardam a intimação pessoal nos termos do revogado art. 414 c/c 413 do CPP, ao mesmo em que enseja a continuação do andamento dos processos em que já houve a regular citação pessoal (ou por hora certa) do acusado.

Diversamente, entende o Centro de Apoio Operacional Criminal, do Ministério Público de São Paulo⁸⁸:

Não existe mais a chamada "crise de instância", consistente na suspensão do processo pela não intimação do acusado solto da decisão de pronúncia, em virtude de não ter sido localizado. Agora a intimação será por edital e, por se tratar de norma processual, se aplica aos processos que se encontravam suspensos. É dizer: aperfeiçoada a intimação por edital, os processos voltarão a tramitar.

O CPP não estabeleceu o prazo para a intimação da pronúncia, por edital, em relação ao acusado que não for encontrado. Entretanto, o art. 370, *caput*, estabelece

⁸⁸ SÃO PAULO. Ministério Público do Estado. Centro de Apoio Operacional Criminal. *Reuniões de trabalho para discussão das alterações no CPP: entendimentos provisórios do CAOCRIM*. São Paulo, 2008. Disponível em: <www.sp.mg.gov.br>. Acesso em: 28 ago.2008.

que, “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”, ou seja, os dispositivos sobre citação.

Conforme demonstramos no item 20.3.7.1, o art. 364 do CPP não revogado, como se conclui por interpretação sistemática.

Portanto, o prazo da intimação, por edital, da pronúncia, poderá ser fixado entre 15 e 90 dias, de acordo com as circunstâncias. Findo o prazo, contado da publicação na imprensa, o acusado será considerado intimado.

9.5.5 Preparação do processo para julgamento

A seção “da preparação do processo para julgamento” abrange os arts. 422 a 424 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008).

Não consideramos essa preparação do processo como uma fase autônoma, mas parte do *iudicium causae*, conforme vimos no item 9.5.2.1, a que fazemos remissão.

A grande novidade é não haver mais o libelo (ou libelo-crime acusatório), nem a contrariedade.

Entretanto, continuam a existir os atos que também eram praticados juntamente com o libelo e a contrariedade, que eram o arrolamento de testemunhas, o requerimento de diligências e a juntada de documentos.

Nos termos do art. 422 do CPP:

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.

Depois, há algo similar a um “despacho saneador”, nos termos do art. 423 do CPP:

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.

Portanto, o relatório não é mais feito pelo juiz-presidente na sessão de julgamento, como era previsto no art. 466 do CPP.

Doravante, o juiz presidente deve elaborar um relatório sucinto do processo anteriormente, que será recebido pelo jurado logo após a formação do conselho de sentença (art. 472, parágrafo único, CPP).

O fato de não mais haver libelo não faz com que esse relatório tenha que ser detalhado, para que o jurado pudesse entender melhor a acusação. Na verdade, isso seria subestimar a capacidade de entendimento do jurado que compõe o conselho de sentença.

Para não violar o princípio do juiz natural, o juiz-presidente deve evitar qualquer influência indevida sobre a formação da convicção do “conselho de sentença”,

restringindo-se a indicar o passo-a-passo do procedimento, sem qualquer pré-julgamento do que compete internamente ao conselho de sentença.

O que delimita a acusação é a decisão da pronúncia, cuja cópia será entregue ao jurado também logo após a formação do conselho de sentença (art. 472, parágrafo único, CPP).

Ademais, a instrução criminal perante o tribunal do júri, os debates e a eventual consulta dos jurados aos autos do processo complementam as informações necessárias.

A lei local de organização judiciária pode não atribuir ao juiz-presidente do Tribunal do Júri o preparo do processo para julgamento. Neste caso, o juiz competente remeterá ao juiz presidente os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio dos jurados que serão convocados para o julgamento. “Deverão ser remetidos, também, os processos preparados até o encerramento da reunião, para a realização de julgamento” (art. 424 c/c art. 433 do CPP).

Portanto, a lei de organização judiciária pode atribuir ao juiz “sumariante” realizar esse preparo, bem como prever a figura de um “juiz preparador”.

Vejamos como eram os institutos do libelo e da contrariedade.

Preclusa a decisão de pronúncia, o escrivão imediatamente dava vista dos autos ao órgão do Ministério Público pelo prazo de cinco dias, para oferecer o libelo acusatório. Aqui ingressávamos na segunda fase do procedimento dos crimes de competência do tribunal do júri (*iudicium causae*).

No caso de queixa, o acusador particular era intimado a apresentar o libelo dentro de dois dias; se não o fizesse, o juiz “o haveria por lançado” e mandaria os autos ao Ministério Público (revogado art. 420, CPP). “O haverá por lançado” significava que a omissão seria registrada em termo e o acusador particular seria excluído do processo, em razão de perempção (art. 60, III, CPP), devendo o Ministério Público assumir a posição de autor e oferecer o libelo. A perempção, no caso, não era causa extintiva da punibilidade, pois o crime também era de ação penal pública e, por isto, o MP assumia a titularidade.

Se o acusador particular e o Ministério Público estivessem em litisconsórcio ativo, em razão da coação de um crime de ação penal privada (exclusiva ou personalíssima) com um crime doloso contra a vida (ação penal pública), e o querelante deixasse de apresentar o libelo quanto ao crime de ação penal privada, ocorreria a perempção (art. 60, III, CPP) como causa extintiva da punibilidade, relativamente ao crime de ação penal privada. O processo somente prosseguiria quanto ao crime doloso contra a vida.

Havia uma certa correspondência entre libelo e denúncia, bem como entre defesa prévia e contrariedade.

Costuma-se dizer, no meio forense, que o libelo devia ser *cópia fiel* da pronúncia, mas essa idéia era bastante inadequada, pois o libelo devia corresponder ao que se encontrava na pronúncia apenas quanto ao tipo básico, tipo qualificado e causas de aumento de pena. Por exemplo, se a pronúncia reconhecesse apenas homicídio simples, *decotando* a qualificadora do motivo fútil que se encontrava na denúncia, não poderia o acusador incluir a circunstância no libelo como qualificadora (art. 121, § 2º, II, CP) ou como agravante (art. 61, II, a, CP).

Como a pronúncia não devia (e ainda não deve) se referir a circunstâncias agravantes *em sentido estrito* (arts. 61 e 62 do CP)⁸⁹, o Ministério Público deveria incluí-las no libelo, salvo na hipótese de a circunstância ser também prevista como qualificadora e o juiz ter decotado a qualificadora na pronúncia. Por outro lado, como a pronúncia não devia conter causas de diminuição de pena, agravantes *em sentido estrito* e atenuantes, o libelo não tinha que corresponder à pronúncia (não tinha que ser *cópia fiel*), se ela constava alguma agravante.

O libelo, assinado pelo promotor, continha (revogado art. 417, CPP):

I – o nome do réu;

II – a exposição, deduzida por artigos, do fato criminoso;

III – a indicação das circunstâncias agravantes, expressamente definidas na lei penal, e de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena;

IV – a indicação da medida de segurança aplicável.

Havendo mais de um réu, haverá um libelo para cada um (revogado art. 417, § 1º, CPP).

O libelo era elaborado em articulados. Por exemplo, para um crime de homicídio: 1) provará que, no dia tal, às tantas horas, no lugar tal, o réu desferiu facadas na vítima fulana de tal; 2) provará que estas facadas foram a causa eficiente da morte da vítima; 3) provará que o réu agiu por motivo fútil, tão-somente porque a vítima falou que não gostava do time de futebol tal.

Se o réu estivesse respondendo a mais de um crime, haveria apenas um libelo para este réu, mas o acusador deveria fazer uma série de articulados para cada crime.

Com o libelo poderia o promotor apresentar o rol das testemunhas que deviam depor em plenário, até o máximo de cinco, juntar documentos e requerer diligências (revogado art. 417, § 2º, CPP).

O juiz não receberia o libelo a que faltassem os requisitos legais, devolvendo ao órgão do Ministério Público, para apresentação de outro, no prazo de 48 horas (revogado art. 418, CPP).

Se findasse o prazo legal sem que seja oferecido o libelo, o fato seria comunicado ao procurador-geral e, neste caso, seria o libelo oferecido pelo substituto legal (revogado art. 419, CPP).

Recebido o libelo, o escrivão, dentro de três dias, entregaria ao réu, mediante recibo de seu punho ou de alguém a seu rogo, a respectiva cópia, com o rol de testemunhas, notificado o defensor para que, no prazo de cinco dias, oferecesse a *contrariedade*; se o réu estivesse afiançado, o escrivão daria cópia ao seu defensor, exigindo recibo, que se juntaria aos autos (revogado art. 421, CPP).

A falta do libelo ou a falta da entrega da respectiva cópia do libelo, com o rol de testemunhas, ao réu acarretavam a nulidade absoluta do processo (art. 564, III, f, CPP).

O que fazer se o réu não fosse encontrado para que lhe fosse entregue a cópia do libelo? A respeito, o TJMG havia editado a Súmula 31, por unanimidade: *Se o réu não é encontrado para intimação pessoal da sentença de pronúncia ou para*

⁸⁹ Note que temos posição firmada de que as causas de aumento de pena devem estar pronúncia.

recebimento da cópia do libelo, cabível sua prisão preventiva como único meio para assegurar o julgamento e a aplicação da lei penal.

Ao oferecer a contrariedade, o defensor poderia apresentar o rol de testemunhas que deviam depor no plenário, até o máximo de cinco, juntar documentos e requerer diligências (revogado art. 412, parágrafo único, CPP).

A contrariedade costumava ser uma peça singela, onde a defesa não mostrava sua linha defensiva, deixando para fazê-lo apenas no plenário de julgamento perante o tribunal do júri. A importância estava no prazo da contrariedade, no qual se podiam arrolar testemunhas e requerer diligências, de forma análoga à defesa prévia.

Se a acusação ou a defesa, respectivamente no libelo ou na contrariedade, arrolassem testemunhas, constando na peça que o faziam “sob a cláusula da imprescindibilidade”, o julgamento poderia ser adiado, se a testemunha não fosse intimada para nele comparecer, ou o julgamento aguardaria até que a testemunha fosse conduzida. Certamente isto podia ocorrer quanto às testemunhas que residiam na comarca, pois as de fora da comarca não estavam obrigadas a comparecer no júri.

9.5.6 Alistamento dos jurados

A seção “do alistamento dos jurados” abrange os arts. 425 e 426 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008).

O juiz-presidente do tribunal do júri forma uma lista geral de jurados (art. 426, *caput*), requisitando possíveis nomes a vários órgãos e instituições diferentes (art. 425, § 2º).

Essa lista geral é publicada na imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano (art. 426, *caput*) e pode ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz-presidente até o dia 10 de novembro, data da publicação definitiva (art. 426, § 1º).

Os nomes dos jurados com seus endereços ficam registrados em cartões iguais e guardados em uma urna (geral) fechada a chave (art. 426, § 3º).

Aliás, cabe recurso em sentido estrito contra a decisão que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir (art. 581, XIV, CPP). Podem recorrer o Ministério Público, o jurado incluído ou excluído, bem como os advogados em geral, porque em sua atividade profissional se inclui a de velar pela regularidade da constituição dos órgãos jurisdicionais, em especial após a Constituição Federal de 1988. Com a inclusão da Defensoria Pública no rol dos que fiscalizam a constituição da lista geral (art. 426, § 3º), pensamos que defensores públicos também podem recorrer.

A Lei 11.689/2008 trouxe modificações interessantes.

Aumentou o número de alistados pelo presidente do tribunal do júri, por exemplo de 800 a 1500 jurados nas comarcas de um milhão de habitantes (art. 425, *caput*). A idéia é garantir a realização dos júris, tendo um maior número de alistados. Entretanto, já era difícil formar as listas anteriormente, com números menores.

Doravante, o jurado que tiver integrado o conselho de sentença nos doze meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído (art. 426, § 4º). Com esse “rodízio”, evita-se o jurado “profissional”, o que poderia ocorrer com a participação reiterada de uma pessoa em julgamentos do tribunal do júri, frustrando o objetivo para o qual foi instituído o tribunal do júri.

9.5.7 Desaforamento

A seção “do desaforamento” abrange os arts. 427 e 428 do CPP (com a redação da Lei 11.689/2008).

O desaforamento é “transferência” (modificação da competência) do julgamento de um processo do tribunal do júri, de um foro para outro, apenas quanto ao julgamento, ou seja, de um tribunal do júri para outro situado em comarca ou foro distinto, enquanto o processo continua em tramitação no juízo de origem. As hipóteses de cabimento encontram-se estabelecidas nos arts. 427, *caput*, e 428, *caput*. O desaforamento do julgamento é feito para outra comarca ou foro distinto onde não subsistam os motivos (hipóteses de cabimento) que o ensejaram, preferindo-se os mais próximos (art. 427, *caput*, *fine*).

A Lei 11.689/2008 fez diversas modificações no instituto do desaforamento, como a possibilidade de o assistente requerê-lo, a distribuição imediata, a preferência de julgamento do desaforamento, a suspensão de julgamento pelo júri, hipótese de não-admissão, a hipótese de cabimento do excesso de serviço (com redução do prazo do julgamento pelo tribunal do júri para seis meses) etc.

Há quatro hipóteses de cabimento de desaforamento:

- a) interesse da ordem pública (art. 427, *caput*);
- b) dúvida sobre a imparcialidade do júri (art. 427, *caput*);
- c) dúvida sobre segurança pessoal do acusado (art. 427, *caput*)

d) comprovado excesso de serviço, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do “trânsito em julgado” (preclusão) da decisão de pronúncia (art. 428, *caput*).

Também há hipótese de não-cabimento: “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” (art. 427, § 4º).

Podem requerer o desaforamento (art. 427, *caput*):

- a) Ministério Público 
- b) assistente do Ministério Público;
- c) querelante
- d) acusado.

Além disso, o juiz competente (do tribunal do júri) poderá, de ofício, fazer representação pelo desaforamento (art. 427, *caput*).

A decisão de desaforamento é jurisdicional, e não administrativa. Portanto, o requerimento da parte (ou representação do juiz) será julgado por câmara ou turma competente do “tribunal” (de 2º grau), ou seja, tribunal de justiça ou tribunal regional federal.

A possibilidade de suspensão do julgamento pelo júri, enquanto tramita o processo de desaforamento, agora tem previsão expressa: “Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.” (art. 427, § 2º).

“Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada” (art. 427, § 3º).

Quanto à defesa, há a Súmula 712 do STF: *É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa*. Assim, respeita-se não apenas o contraditório, mas também a plenitude da defesa.

Na hipótese de “excesso de serviço”, há previsão de oitiva tanto do juiz presidente quanto da parte contrária (art. 428, *caput*).

Todavia, em respeito ao princípio constitucional do contraditório, pensamos que a parte contrária deve ser sempre ouvido.

No caso do “excesso de serviço”, para a contagem do referido prazo de seis meses, não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa (art. 428, § 1º).

Por fim, se os seis meses tiverem transcorrido e “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” (art. 428, § 2º).

9.5.8 Organização da pauta

A seção “da organização da pauta” abrange os arts. 429 a 431 do CPP (com a redação da Lei 11.689/2008).

Salvo motivo relevante que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência os acusados presos, dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão e, por fim, em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados (art. 429, *caput*).

Interessante notar que o assistente do Ministério Público somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar (art. 430).

Nos termos do art. 431 do CPP, nessa fase é o momento de intimar, para a sessão de julgamento perante o tribunal do júri, as partes, o ofendido, se for possível, as testemunhas e, quando houver requerimento, os peritos, mas as intimações devem observar, no que couber, o disposto no art. 420 do CPP.

9.5.9 Sorteio e convocação dos jurados

A seção “do sorteio e convocação dos jurados” abrange os arts. 432 a 435 do CPP (com a redação da Lei 11.689/2008).

O sorteio dos 25 jurados para participarem da reunião periódica ou extraordinária é feito retirando-se cada cartão individual da urna geral que contém os cartões com os nomes de todos os jurados da lista geral (art. 433, *caput*).

Não há mais a figura esdrúxula de um menor de dezoito anos ter que retirar cada cartão da urna geral (revogado art. 428 do CPP).

Com a modificação legal, a fim de agilizar (e modernizar), doravante os jurados sorteados serão convocados pelo correio ou por qualquer outro meio hábil (por exemplo, telefone) para comparecer no dia e hora designados para a reunião (art. 434, *caput*).

9.5.10 Função do jurado

A seção “da função do jurado” abrange os arts. 436 a 446 do CPP (com a redação da Lei 11.689/2008).

Com a “reforma processual”, ampliou-se a faixa etária para ser jurado, agora dos 18 anos (art. 436, *caput*) aos 70 anos (art. 437, IX), atualizando-se o mínimo conforme maioria civil e o máximo segundo o aumento da expectativa de vida do brasileiro em geral.

Aqueles dispositivos legais estabelecem a obrigatoriedade do serviço do júri (art. 436), multa para a recusa injustificada ao serviço do júri (art. 436, § 2º), os isentos (art. 437), o serviço alternativo para a recusa ao serviço do júri fundada em certas convicções (art. 438), direitos dos jurados como prisão especial (art. 438) e preferências em licitações e provimentos de cargos (art. 439), multa por ausência sem causa legítima em sessão de julgamento ou por retirada antes da dispensa judicial (art. 442) etc.

A maioria das hipóteses de “isenção” (art. 437) nos parecem verdadeiros impedimentos, tendo em vista a tripartição dos poderes (art. 2º, CR).

Por exemplo, seria incompatível a condição de membro do Ministério Público, que tem a função de “acusar”, com a de jurado, na função jurisdicional, e isso também ocorre com os agentes políticos do executivo (presidente da República, ministros de estados, governadores, secretários de estados e prefeitos municipais) e legislativos (membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais).

Também o magistrado, a nosso ver, não pode exercer a função jurisdicional de jurado, pois, já estando investido de jurisdição, não tem competência para julgar o fato submetido ao tribunal do júri.

Inovação interessante foi a regulamentação do disposto no art. 15, IV, c/c art. 5º, VIII, da Constituição no que tange ao serviço do júri. Trata-se do serviço alternativo diante da recusa fundada em certas convicções, referindo expressamente os “princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”:

Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importa o 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.

9.5.11 Composição do tribunal do júri, formação e dissolução do conselho de sentença

9.5.11.1 Composição do tribunal do júri

A seção “da composição do tribunal do júri e da formação do conselho de sentença” abrange os arts. 447 a 452 (com a redação da Lei 11.689/2008).

Já a dissolução do conselho é tratada pelo CPP em outra seção (“dos debates”), no art. 481.

O tribunal do júri é composto por um juiz togado (juiz de direito ou juiz federal), que é seu presidente, e por vinte e cinco jurados que serão sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento (art. 447).

Com a “reforma processual”, o número de jurados foi aumentado de 21 para 25, objetivando garantir a formação do conselho de sentença. Era muito comum (e veremos se não continua a ser) que não houvesse ao menos sete jurados para formar tal conselho, em virtude de ausências e de recusas motivadas e imotivadas ao jurado.

9.5.11.2 Impedimentos, incompatibilidades e suspeição de jurados

O rol de incompatibilidades (entre jurados para servir no mesmo conselho) foi atualizado constitucionalmente, pois também ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar (art. 448, § 1º).

Por exemplo, há incompatibilidade em servir no mesmo conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado.

Exercendo funções jurisdicionais, obviamente continua a aplicar-se aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados (art. 448, § 2º).

Desse modo, pode haver impedimento ou suspeição em razão de parentesco do jurado com o juiz, com o promotor, com o advogado, com o réu ou com a vítima, na forma do disposto sobre os impedimentos ou a suspeição dos juízes togados. Quanto aos juízes togados, os casos de impedimento se encontram no art. 252, os de incompatibilidade no art. 253 e os de suspeição no art. 254, todos do CPP, que são aplicáveis aos jurados no que for cabível.

9.5.11.3 Impedimentos decorrentes de participação em julgamento anterior

Finalmente, consolidando a doutrina e a jurisprudência já existentes, foram estabelecidas as conseqüências de participação em julgamento anterior e da predisposição condenatória ou absolutória. Desse modo, não poderá servir o jurado que tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior (inciso I), no caso do concurso de pessoas, houver integrado o conselho de sentença que julgou o outro acusado (inciso II) e tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado (inciso III do art. 449).

A nosso ver, “ter funcionado em julgamento anterior” e “houver integrado o conselho de sentença” devem ser considerados apenas a partir do momento em que o jurado tiver conhecimento formal do conteúdo da acusação e isso somente ocorrerá após o juramento do art. 472, quando receber cópia da pronúncia e do relatório (art. 472, parágrafo único). Certamente, o fato de estar presente para ser sorteado a integrar o conselho de sentença não se inclui na vedação.

Nessa linha de raciocínio, se, por um lapso, os jurados não receberem cópia da pronúncia e do relatório, o impedimento surgirá a partir do primeiro ato seguinte que ocorrer, como as declarações do ofendido, a inquirição de testemunhas, o interrogatório ou até mesmo os debates orais.

É tão comum não haver quórum para formação do conselho, que há necessidade de contagem formal dos jurados presentes. Assim, “Os jurados

excluídos por impedimento, suspeição ou incompatibilidade serão considerados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão” (art. 451).

9.5.11.4 Competência para mais de um julgamento

Como formar conselho pode não ser fácil, convém aproveitá-lo se já formado. Desse modo, “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” (art. 452). Esse outro processo não deve incorrer na vedação referida do art. 449.

9.5.11.5 Dissolução do conselho de sentença

“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” (art. 481).

“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” (art. 481, parágrafo único).

Também poderá ocorrer a dissolução do conselho de sentença (art. 497, V, CPP) quando o juiz considerar o réu indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor.

Entretanto, entendemos que o juiz-presidente, ao contrário do disposto na lei, não pode simplesmente nomear outro defensor. Se for defensor dativo, não temos dúvida de que seja possível o juiz nomear outro. Se for defensor público, deverá oficiar à Defensoria Pública, solicitando a designação de outro. Contudo, se for defensor constituído, pensamos que o juiz deve notificar o réu para constituir outro defensor, pois, segundo o princípio constitucional da plenitude de defesa, o réu pode escolher a defesa técnica que melhor atenda a seus interesses. Se o réu insistir em manter o mesmo defensor constituído, pensamos que o julgamento deverá ser feito com ele. Somente em situações extremas poderia o juiz-presidente fazer a substituição, como ficar  plutamente claro que o réu quer se defender, o defensor não o faz e o réu não sabe como proceder.

A dissolução do conselho de sentença pode ocorrer por outros motivos, como a violação da incomunicabilidade dos jurados.

9.5.12 Reunião e sessões do tribunal do júri

9.5.12.1 Geral

A sessão “da reunião e das sessões do tribunal do júri” abrange os arts. 453 a 472 do CPP (com a redação da Lei 11.689/2008). Dos 92 artigos do procedimento do tribunal do júri, é a mais extensa, com 20 artigos.

A “reunião periódica”, como o adjetivo indica, é aquela que se realiza regularmente, podendo haver, ainda, “reunião extraordinária” (art. art. 428, § 2º, art. 429, §§ 1º e 2º, art. 432 e art. 433). Cada reunião do tribunal do júri pode ter várias sessões de julgamento, relativas a diferentes processos.

Para cada reunião, constitui-se o tribunal do júri, com o juiz-presidente e os 25 jurados (sorteados da urna geral).

Para cada sessão, forma-se um conselho de sentença, com os sete jurados, podendo, conforme vimos, o mesmo conselho de sentença conhecer processos diferentes, se satisfeito o disposto no art. 452.

9.5.12.2 Abertura, isenções e dispensas de jurados, adiamento, falta das partes e não-comparecimento do acusado ou de testemunha

O art. 454 do CPP estabelece que, "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."

Conforme vimos no item 9.5.10, a maioria das hipóteses de "isenção" nos parecem capazes de atravessar esse momento preclusivo, tendo em vista a tripartição dos poderes (art. 2º, CR). Desse modo, nesses casos, vemos impedimento, e não mera "isenção", diante do que essa matéria pode ser conhecida posteriormente ou acarretar a nulidade do julgamento.

Os arts. 455 e 456 estabelecem as conseqüências, respectivamente, da falta do Ministério Público e do advogado do acusado, mas a novidade se encontra no art. 457.

O julgamento não mais será adiado pelo não comparecimento do acusado solto que tiver sido regularmente intimado (art. 457, *caput*, CPP), com o que a plenitude da defesa (art. 5º, XXVIII, "a", CR) foi, finalmente, concretizada nesse aspecto.

Quanto ao acusado preso, se 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 (art. 457, § 2º).

Não se pode, portanto, supor que o acusado preso não deseje comparecer à sessão de julgamento, até mesmo para melhor desenvolver sua autodefesa – o acusado preso também deve subscrever o pedido de dispensa, mais uma vez garantindo-se a plenitude da defesa.

Tampouco será adiado o julgamento diante do não comparecimento do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado (art. 457, *caput*).

Continua a haver a hipótese de imprescindibilidade de oitiva de testemunha, devendo-se atentar para uma modificação significativa – deve ter havido requerimento de intimação *por mandado*. Desse modo, nos termos do 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."

O juiz poderá suspender os trabalhos, sem desconstituir o conselho de sentença, e mandará conduzi-la (art. 461, § 1º). Também poderá adiar o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução; entretanto, terá que dissolver o conselho, nos termos do art. 481, *caput*, CPP.

Mesmo diante da cláusula da imprescindibilidade, "O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça" (art. 461, § 2º).

9.5.12.3 Número mínimo de jurados para instalação

Como ocorria anteriormente, a sessão de julgamento do tribunal do júri não poderá ser instalada com menos de quinze jurados (art. 463, CPP), o que, se ocorrer, caracterizará nulidade absoluta (art. 564, III, “i”, CPP). Nesse número, computam-se, inclusive, os jurados excluídos por impedimento ou suspeição (§ 2º).

Não havendo o referido número, proceder-se-á ao sorteio de tantos suplentes “quantos necessários”, e designar-se-á nova data para a sessão do júri (art. 464) – “quantos necessários” certamente até completar o número de 25 jurados. Isso não será necessário se não houver outros julgamentos a serem realizados.

9.5.12.4 Sorteio e recusas motivadas

O juiz-presidente não pode, sem sorteio, escolher os sete jurados que integrarão o conselho de sentença, dentre os 25 que compõem o tribunal do júri. A falta de sorteio dos jurados, no número legal, caracteriza nulidade absoluta (art. 564, III, “j”, CPP).

Antes do sorteio dos membros do conselho de sentença, o juiz-presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos jurados (art. 466, *caput*, c/c arts. 448 e 449 do CPP), aos quais se aplicam também os relativos juízes togados (arts. 252, 253 e 254 do CPP)⁹⁰.

O próprio jurado sorteado para compor o conselho de sentença deve alegar seu impedimento, incompatibilidade ou suspeição.

Contudo, se não o fizer e o juiz não determinar de ofício a exclusão do jurado, as partes poderão fazer *recusa motivada* do jurado, arguindo o impedimento, incompatibilidade ou suspeição oralmente. O juiz-presidente do tribunal do júri a decidirá *de plano*⁹¹ e a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada, o que tudo constará da ata (art. 106, CPP).

“Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão computados para a constituição do número legal” (art. 463, § 2º, CPP), aqui incluídas as hipóteses de incompatibilidade. O CPP emprega “impedido” em sentido lato, incluindo incompatibilidades e impedimentos.

Nos exatos termos  (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.”

9.5.12.5 Incomunicabilidade

Uma vez sorteados, os jurados não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa (art. 466, § 1º, c/c art. 436, § 2º) e a incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça (art. 466, § 2º).

⁹⁰ Tratamos dos temas da suspeição, do impedimento e das incompatibilidades nos itens 10.2.2. e 10.2.7.

⁹¹ *Decidir de plano* significa decidir com os elementos probatórios que lhe forem apresentados naquele momento, sem dilação probatória.

Isso não significa que os jurados integrantes do conselho de sentença não possam conversar ou, mais amplamente, comunicar-se. Isso não pode ser feito sobre, especificamente, o processo em que julgarão.

A inobservância da incomunicabilidade acarreta nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, “j”, do CPP.

Se o juiz-presidente suspender a sessão pelo tempo indispensável à realização das diligências requeridas ou entendidas necessárias, deverá ser mantida a incomunicabilidade dos jurados (art. 497, VII).

9.5.12.5 Sorteio, recusas imotivadas, “estouro de urna” e separação de julgamento

Acima, vimos como se dão as recusas motivadas.

Mas as partes também dispõem de *recusas imotivadas* ou *peremptórias*.

Sorteado o jurado, à medida que as cédulas forem retiradas da urna, o juiz as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até três cada parte, sem dar os motivos da recusa (art. 468, *caput*, CPP). O juiz lê o nome do jurado e diz (conforme tradicionalmente se faz) “diga a defesa”, no que esta responde “aceito” ou “recuso”, e, depois, se foi aceito o jurado, o juiz fala “diga o Ministério Público” (ou “diga a acusação”), no que este pode aceitar ou recusar o jurado, em ambos os casos sem precisarem dar os motivos.

Note que, na parte ativa, quem faz a recusa, nos termos legais, é o Ministério Público, e não eventual acusador particular, nem o assistente do Ministério Público.

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” (art. 468, parágrafo único, CPP).

Os critérios para as recusas das partes são subjetivos. As partes não revelam porque estão recusando o jurado. Por exemplo, se se trata de um crime de homicídio que o réu praticou contra sua mulher e o amante desta, pode ser que se recusem jurados do sexo feminino, para se tentar compor um júri masculino, que talvez seja mais sensível a uma tese defensiva do tipo “legítima defesa da honra”.

Se houver mais de um réu, as recusas podem levar ao *estouro da urna*, não restando, suficientemente, jurado para compor o conselho de sentença. A urna, no caso, é a que contém o nome dos 25 jurados anteriormente sorteados e convocados para a sessão de julgamento. Não se refere à *urna geral*, que pode conter centenas de nomes.

Por exemplo, vamos supor que compareceram apenas quinze jurados, que é o mínimo legal para instalar a sessão de julgamento. Se um réu recusa três, o outro réu recusa mais três e a acusação recusa mais três jurados, sobraram apenas seis jurados, que é número insuficiente para compor o conselho de sentença, pois este tem que ter sete jurados.

Se, em consequência do impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa, não houver número para a formação do Conselho (“estouro de urna”), o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, após sorteados os suplentes” (art. 471 c/c art. 464, CPP).

As recusas peremptórias podem levar à *separação do julgamento*, quando houver dois ou mais réus, fazendo com que um ou alguns sejam julgados numa sessão de julgamento, enquanto outro ou outros sejam julgados em outra sessão.

“Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato ou, em caso de co-autoria, aplicar-se-á o critério de preferência disposto no art. 429” do CPP, ou seja, os acusados presos primeiramente etc., nos termos do art. 469, § 2º.

Portanto, após a Lei 11.689/2008, o primeiro a ser julgado não é mais quem deu causa à separação (ou seja, quem recusou imotivadamente, forçando a separação), mas o autor do fato ou, em caso de co-autoria, aquele que tiver a preferência.

Entretanto, ainda poderá ser quem deu causa à separação, no caso de co-autoria, se todos satisfizerem os critérios do art. 429 do CPP.

Se forem dois ou mais os acusados, as recusas poderão ser feitas por um só defensor (art. 469, *caput*).

Se os réus tiverem defensores diferentes e não tiver havido acordo entre eles para que um só dos defensores faça as recusas, cada réu terá direito a três recusas imotivadas.

Antes da Lei 11.689/2008, não havia como o acusador impedir a separação do julgamento se os defensores estivessem combinados e soubessem como fazer, mas o Ministério Público podia (e ainda pode) tentar.

Cada vez que um dos réus recusava um jurado e outro réu aceitava aquele mesmo jurado, podia haver a separação do julgamento. Se o Ministério Público quisesse a separação, bastava aceitar o jurado, e então seria julgado o réu que aceitou, sendo adiado o julgamento quanto ao réu que recusou para o primeiro dia desimpedido, pois foi o que recusou que havia dado causa à separação. Se o Ministério Público não quisesse a separação do julgamento, deveria recusar o jurado, pois sua recusa fazia com que o jurado não servisse para qualquer dos réus.

O problema é que o Ministério Público somente tinha (e continua a ter) direito a três recusas, não importando se há acusador particular e membro do Ministério Público ou membro do Ministério Público e assistente de acusação. Por três vezes, o membro do Ministério Público podia tentar evitar a separação, mas, depois de gastar suas três recusas, a separação dependeria apenas da defesa (se soubessem agir até esse momento).

A Lei 11.689/2008 introduziu uma significativa novidade para dificultar a separação do julgamento, pois, doravante, a separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de sete jurados para compor o conselho de sentença (art. 469, § 1º).

Isso significa que, mesmo esgotadas as três recusas do Ministério Público, se o defensor do réu A recusar um jurado e o defensor do réu B o aceitar, ainda assim a separação do julgamento poderá ocorrer ou não, quando, anteriormente à Lei 11.689/2008, ocorreria. Se ainda houver jurados suficientes para compor o conselho de sentença (com sete jurados), o juiz prosseguirá a votação, considerando que o jurado recusado por um dos defensores não serve para quaisquer dos réus.

Aqui está a novidade: a recusa feita pelo defensor de um acusado faz com que o jurado também não seja bom para acusado diverso.

Porém, mesmo tendo sido recusado, no exemplo, pelo defensor do réu A, o juiz continuará e perguntará ao defensor do réu B se ele aceita ou recusa aquele jurado já recusado. Por que faria isso se o jurado já foi recusado por uma das partes?

Porque, no final do sorteio, se houver separação do julgamento, o juiz contará todos os jurados aceitos pelo réu a ser julgado imediatamente (e não recusados pelo Ministério Público).

O art. 468, parágrafo único, do CPP dispõe que “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.”

Esse dispositivo, a nosso ver, não significa o que literalmente aparenta, ou seja, que, se o defensor do réu A recusar, não haverá necessidade de perguntar ao defensor do réu B se ele aceita ou não o jurado em tela.

O art. 468, parágrafo único, deve ser interpretado, sistematicamente, em consonância com o art. 469, § 2º. Se pode ocorrer a separação do julgamento, não faz sentido que não seja computado o jurado aceito pelo defensor do réu que será imediatamente julgado, ainda que o defensor do outro réu o tenha recusado. Há dois objetivos principais pelo conjunto de regras, que são o de formar o conselho de sentença e o de evitar a separação do julgamento. Não “computar” o referido jurado seria frustrar exatamente um dos objetivos legais, que também é norma legal.

Ademais, haveria uma desigualdade entre as partes do pólo “passivo”, se o defensor do réu A recusasse e o defensor do réu B não tivesse oportunidade de se manifestar. Muita discussão poderia haver sobre quem seria o primeiro ou o segundo réu e por qual critério (quem, “por azar”, teve o nome escrito primeiramente na capa de autuação, o autor do fato etc.).

De forma prática, o juiz-presidente não terá que se preocupar e, simplesmente, quanto a cada jurado sorteado, perguntará a todas as partes (por exemplo, ao defensor A, ao defensor B e ao Ministério Público) se cada uma aceita ou recusa aquele determinado jurado.

Irá descartando definitivamente cada jurado recusado pelo Ministério Público, mas apenas provisoriamente cada jurado recusado por um dos defensores.

Se, no final do sorteio, conseguiu formar o conselho de sentença (com sete jurados), sem necessitar de nenhum dos jurados recusados por um dos defensores, todos os acusados serão julgados imediatamente. Um exemplo bastante didático com dois acusados seria haver, seqüencialmente, nove recusas imotivadas; a partir do décimo jurado sorteado, o juiz não perguntaria mais a ninguém se aceita ou recusa, pois todos já teriam esgotado suas recusas, e ele simplesmente iria sorteando até compor o conselho (supondo, no caso, que pelo menos quinze jurados compareceram).

Se, no final do sorteio, não restam jurados suficientes para compor um conselho sem que haja um jurado recusado por um dos defensores de acusado, mas ainda é possível compor um conselho de sentença para o que tem preferência, o juiz julgará primeiramente o autor do fato ou, havendo co-autores, o que satisfizer a preferência do art. 429, nos termos do art. 469, § 2º. Nesse ponto, o juiz contará todos os jurados que foram aceitos pelo que tem preferência, mas, ao mesmo tempo, não tenham sido recusados pelo Ministério Público.

Importante ressaltar que a recusa da “acusação” é feita apenas pelo Ministério Público, que é uno, e, dessa forma, sua recusa afasta definitivamente o jurado, para todos os acusados.

SEPARAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRA VONTADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO antes da Lei 11.689/2008			
RÉU A	RÉU B	PROMOTOR	RESULTADO
1) Aceita jurado	Recusa jurado	Recusa jurado	Jurado recusado
2) Aceita jurado	Aceita jurado	Aceita jurado	Jurado aceito
3) Recusa jurado	Aceita jurado	Recusa jurado	Jurado recusado
4) Recusa jurado	Aceita jurado	Recusa jurado	Jurado recusado. Acabaram as recusas do acusador
5) Recusa jurado	Aceita jurado	Não se manifesta, pois acabaram suas recusas	Separação do julgamento. O réu B será julgado e o réu A terá o julgamento adiado (revogado art. 461, CPP), pois foi quem deu causa à separação com sua recusa



SEPARAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRA VONTADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO após a Lei 11.689/2008			
RÉU A	RÉU B	PROMOTOR	RESULTADO
1) Aceita jurado	Recusa jurado	Recusa jurado	Jurado recusado
2) Aceita jurado	Aceita jurado	Aceita jurado	Jurado aceito
3) Recusa jurado	Aceita jurado	Recusa jurado	Jurado recusado
4) Recusa jurado	Aceita jurado	Recusa jurado	Jurado recusado. Acabaram as recusas do acusador
5) Recusa jurado	Aceita jurado	Não se manifesta, pois acabaram suas recusas	Jurado recusado provisoriamente para todos, mas poderá vir a compor conselho para o réu B, se houver separação e este preferir ao réu A.
6) Não se manifesta, pois acabaram suas recusas	Recusa jurado	Não se manifesta, pois acabaram suas recusas	Idem
7) Não se manifesta, pois acabaram suas recusas	Recusa jurado (Acabaram recusas do réu B) 	Não se manifesta, pois acabaram suas recusas	Acabaram recusas de todos. Se há jurados suficientes, o sorteio prossegue sem perguntar a ninguém, até compor conselho
			Se não há jurados suficientes, ocorrerá a separação do julgamento. Será julgado primeiramente o que tiver preferência, nos termos do 469, § 2º, c/c art. 429 do CPP (autor do fato em primeiro lugar etc.)

Formado o conselho de sentença, o juiz-presidente fará a exortação para o compromisso do jurado, utilizando uma das raras fórmulas sacramentais existentes no direito brasileiro: “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.” Diante disso, cada jurado responderá: “Assim o prometo” (art. 472, CPP).

Em seguida, o jurado receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo (art. 472, parágrafo único).

9.5.13 Instrução em plenário – declarações do ofendido, inquirições de testemunhas, peritos, interrogatório e algemas

9.5.13.1 Momento da instrução

O plenário do júri é o tribunal do júri pronto para julgar, ou seja, o juiz-presidente mais o conselho de sentença já formado (com sete jurados). Por metonímia, também significa o local onde se encontra reunido esse tribunal.

A seção “da instrução em plenário” abrange os arts. 473 a 475 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008).

Mesmo após essa “fase” da instrução em plenário, poderá haver alguma instrução, conforme previsão de reinquirição de testemunhas durante os debates (art. 476, § 4º) e a “verificação de fato” que possa ser realizado imediatamente (art. 481).

A instrução, no plenário do tribunal do júri, inicia-se após o compromisso dos jurados para compor o conselho de sentença (art. 473, *caput, initio*).

9.5.13.2 Inquirição das testemunhas e ofendidos

A doutrina entendia que as partes podiam inquirir diretamente as testemunhas e o ofendido, com base em interpretação sistemática.

Doravante, com a modificação da Lei 11.689/2008, que introduziu o vocábulo “diretamente”, não há mais qualquer dúvida de que o “sistema” de inquirição não é o presidencial.

Assim, nos termos do art. 473 do CPP: “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.”

Com a “reforma processual penal”, nos demais procedimentos o juiz é o último a formular perguntas (art. 212, parágrafo único, com a redação dada pela Lei 11.690/2008), o que também ocorre na primeira fase do procedimento do júri ou *iudicium accusationis* (vide item 9.5.2.1, onde tratamos do assunto).

Todavia, na segunda fase (ou *iudicium causae*), o art. 473 do CPP especifica que o juiz é o primeiro a formular perguntas.

Em respeito ao princípio do contraditório, “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” acima (art. 473, § 1º).

O “sistema presidencial” ainda perdura em parte, uma vez que “Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente” (art. 473, § 2º). Também exercendo a jurisdição, parece-nos que devem perguntar logo após o juiz-presidente, ou seja, antes das partes. Mas, a nosso ver,

não há nulidade se formularem as perguntas ao final, pois é uma orientação geral do art. 212 do CPP que o “juiz” possa fazer perguntas no final.

9.5.13.3 Esclarecimento dos peritos, acareações, reconhecimentos e leitura de peças

O art. 473, § 3º, estabelece que “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”⁹².

Da mesma forma que ocorre na primeira fase (art. 411, § 1º), deve haver prévio requerimento para se tomarem esclarecimentos dos peritos (art. 431).

Todavia, se algum jurado quiser tais esclarecimentos, não for possível providenciar o comparecimento imediato do perito e o juiz considerar tais esclarecimentos como essenciais, deverá ser dissolvido o conselho de sentença, conforme se depreende do art. 481 do CPP. Tendo em vista o princípio do juiz natural, não nos parece que o jurado do conselho de sentença somente pudesse pedir esclarecimento de peritos que tivessem comparecido.

Não há mais a regra anterior que possibilitava a leitura de quaisquer peças dos autos, no plenário do júri, o que poderia durar horas. Doravante, somente é possível a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

Desse modo, com a modificação legal, o dispositivo parece agora admitir que sejam realizadas oitivas por carta precatória, também na segunda fase do procedimento do júri, cujos termos poderiam ser lidos no plenário do júri. Observe que a testemunha que não se reside ou tem domicílio na comarca ou foro do tribunal do júri não tem o dever de comparecer na sessão de julgamento, apesar de poder fazê-lo espontaneamente.

9.5.13.4 Interrogatório do acusado

Da mesma forma que ocorreu com os procedimento ordinário (art. 400, *caput*) e sumário (art. 531), o interrogatório do acusado é o último ato a ser praticado na instrução. Reforça-se,  tanto, sua “natureza” de meio de defesa, apesar de também continuar meio de prova. A anterioridade do interrogatório convinha a uma perspectiva inquisitiva, que partia do pressuposto de que o acusado era culpado.

No interrogatório, os jurados também formularão perguntas, mas por meio do juiz-presidente (art. 474, § 2º), sendo cabível aqui, *mutatis mutandis*, o que já dissemos sobre a seqüência de quem formula perguntas quanto às testemunhas.

Observe que o art. 474 do CPP não mencionou o juiz-presidente como um daqueles que formulam perguntas no interrogatório, a não ser como intermediário das perguntas dos jurados.

Todavia, isso não oferece dificuldade. O *caput* do art. 474 diz que o interrogatório será feito na forma do capítulo que trata do interrogatório (art. 185 a 196), com as modificações do art. 474. Como o interrogatório é um ato tipicamente judicial, a modificação no art. 474 diz respeito, especialmente, à inquirição pelos jurados.

⁹² Sobre a noção de provas antecipadas, cautelares e não-repetíveis, *vide* item 15.1.1, a que fazemos remissão.

Ademais, é importante ressaltar que, diversamente dos jurados, as partes formularão suas perguntas *diretamente* ao acusado, não se adotando, portanto, o “sistema presidencial” (art. 474, § 1º).

Em nosso entendimento, o juiz deve ser o primeiro a formular perguntas no interrogatório, da mesma forma que sustentamos, nos procedimentos ordinário e sumário, por interpretação sistemática (*vide* item 9.3).

O § 3º do art. 474 do CPP estabelece, expressamente, que “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.”

De fato, com ou sem razão, o uso em si de algemas, no plenário, é uma “humilhação pública” e pode influenciar, em alguma medida, a convicção condenatória do jurado.

9.5.13.5 Uso de algemas

Ademais, o STF editou a Súmula Vinculante n. 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.”

9.5.13.6 Registros, contraditório e plenitude da defesa

O art. 475 do CPP estabelece que “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” (*caput*), bem como que “A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos” (parágrafo único).

Mas a forma de registro não pode impedir o contraditório e a plenitude de defesa. Seria o caso se a técnica utilizada fosse a estenotipia, sem que houvesse uma gravação entregue imediatamente às partes, uma vez que poderia inviabilizar (informações codificadas,  por exemplo, a interposição de apelação em razão de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”).

9.5.14 Debates – duração, apartes, referência à pronúncia, leitura de documentos e diligências

Debates, no caso, são as alegações finais orais das partes, logo após finda a instrução criminal, no plenário do tribunal do júri.

Os debates são orais, conforme se depreende das disposições legais – “será concedida a palavra” (art. 476, *caput*), “o assistente falará” (art. 476, § 1º), “falará em primeiro lugar o querelante” (art. 476, § 2º), “terá a palavra a defesa” (art. 476, § 3º).

Todavia, pensamos que portadores de deficiência física sensorial podem, em tese, participar dos debates, senão seria uma discriminação não admitida pela Constituição.

Aliás, “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (art. 37,

VIII, CR). Assim, o órgão do Ministério Público pode ser portador de deficiência física sensorial e, por conseguinte, por igualdade, também o advogado.

Seria o caso de um promotor de justiça ou de um advogado com mudez, se a deficiência puder ser superada no caso concreto. Por exemplo, no caso de mudez, as perguntas de inquirições e as alegações finais poderiam ser formuladas por escrito e alguém as leria em voz alta, ou, ainda, poderia ser utilizado um aparelho simulador de voz.

Nessa linha de raciocínio, no caso de cegueira, se a parte, por exemplo, já teve acesso ao conteúdo, poderia se manifestar oralmente, sem maiores problemas.

Nos debates, o tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia (não mais duas horas) para cada, e de uma hora para a réplica (não meia hora) e outro tanto para tréplica (art. 477, *caput*), ou seja, respectivamente: 1h30min, 1h30min, 1 h e 1 h.

Havendo mais de um acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de uma hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica (art. 477, § 2º), ou seja, respectivamente: 2h30min, 2h30min, 2 h e 2 h.

Todavia, 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 acima (art. 477, § 1º).

Os apartes foram regulamentados com a Lei 11.689/2008. Compete ao juiz presidente “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” (art. 497, XII).

O assistente do Ministério Público falará depois do Ministério Público, mas, “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” do CPP (art. 476, §§ 1º e 2º).

Nos termos do polêmico art. 478 do CPP:

Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão  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.

Prima facie, o inciso I é constitucional. Ele não veda a referência à decisão de pronúncia (e decisões posteriores), o que, aliás, violaria o princípio constitucional do devido processo legal.

O que se encontra vedado é a referência à pronúncia “como argumento de autoridade”, ou seja, a vedação é ao modo de se referir.

Com base em interpretação constitucional, isso já não era possível independentemente de previsão legal. O conselho de sentença tem uma competência interna que lhe é específica e para a qual é o “juiz natural” (ou “juiz constitucional”).

Se a decisão de pronúncia, prolatada pelo juiz “togado” (juiz de direito ou juiz federal) for utilizada “como argumento de autoridade”, isso poderá influenciar

indevidamente a convicção do jurado integrante do conselho de sentença, talvez por acreditar que o juiz “togado” seja “mais capacitado” a julgar. Dessa forma, o jurado teria sua imparcialidade afetada e, em última análise, isso violaria o princípio constitucional do “juiz natural” (art. 5º, LIII, CR). Ademais, violaria a própria razão de existir do tribunal do júri, que é expressão da soberania popular, e não do “juízo técnico”. Essa “influência indevida” não pode ser feita seja pela acusação, seja pela defesa.

Aliás, não haveria mesmo porque vedar a referência à pronúncia.

Por um lado, o jurado receberá, logo após o compromisso legal (e, portanto, antes dos debates), cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo (art. 472, parágrafo único, CPP).

Por outro, a decisão pronúncia é que delimita a acusação que chega ao conselho de sentença.

Assim, realmente, violaria o princípio do devido processo legal que as partes não pudessem fazer-lhes referências, no mínimo para esclarecer exatamente em que consiste a acusação (para o que a denúncia ou queixa não são suficientes, tendo em vista o teor da pronúncia).

Destino muito diferente não tem o “uso de algemas”, empregadas no acusado, no plenário do júri. O fato circunstancial desse uso pode não ter qualquer relação com o suposto fato delitivo e a exploração retórica disso também pode influenciar indevidamente a imparcialidade do jurado.

Todavia, não haverá como evitar que o próprio jurado, em sua independência jurisdicional (art. 2º, CR), observe diretamente o acusado algemado, subsidiado por comportamento aparentemente agressivo do acusado no plenário, para formar sua convicção de que realmente poderia o acusado ter praticado a conduta delitiva que lhe é imputada.

Admitamos que o direito ao silêncio “do preso”, previsto na Constituição (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/1992, art. 8º, número 2, alínea g), abranja o preso e o solto, o indiciado e o réu, e, enfim, para qualquer pessoa, em qualquer procedimento, mesmo chamada a depor na condição da testemunha, quanto à parte da declaração que possa auto-incriminá-la.

Ora, sendo uma garantia constitucional fundamental do acusado, portanto norma constitucional específica, tampouco se pode usar o silêncio deliberado do acusado como argumento que lhe seja prejudicial.

Outro destino não tem a “ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo”. A própria lei dispensou o acusado de comparecer ao plenário do júri (art. 457, *caput* e § 2º), do que se conclui, obviamente, que, se não comparecer, tampouco será interrogado no plenário do júri. Logo, não se pode “censurar” o réu de estar, exatamente, observando a lei, além de que, no júri, vigora o princípio da *plenitude* da defesa, que nos parece ser mais amplo do que *ampla* defesa.

“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” (art. 479, *caput*).

O novo prazo instituído pela Lei 11.689/2008 pode acarretar, no caso concreto, violação do contraditório e da plenitude de defesa.

Anteriormente, tinha que haver comunicação à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de três dias (anterior art. 475). Conforme se depreende do texto legal, os três dias, doravante, são contados da data do julgamento, o que significa que a parte contrária poderá ser intimada inclusive um dia antes. Dependendo do volume de informação, não haverá um efetivo contraditório e, se tiver sido juntado pela acusação, tampouco plenitude de defesa.

O juiz-presidente, portanto, deverá atentar para eventual violação dos princípios constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa, se necessário adiando o julgamento.

A proibição de tais leituras ou exposições dizem respeito a conteúdo que versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados, incluindo-se, na proibição, a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado (art. 479, parágrafo único).

Portanto, ainda que não haja comunicação à parte contrária, não se compreende na proibição, por exemplo, a leitura de jornais que versem sobre fatos não relacionados à matéria de fato do processo e a leitura de livros de doutrina ou de jurisprudência.

No item 15.9, ao qual nos remetemos, há exemplo de fotografias coloridas, cujos microfilmes estavam nos autos e que foram apresentadas na sessão de julgamento do júri, acarretando sua nulidade.

9.5.15 Questionário e sua votação

A seção “do questionário e sua votação” abrange os arts. 482 a 491 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008).

A maior parte das dificuldades no procedimento dos crimes de competência do tribunal do júri encontrava-se no questionário, responsável pela maioria das anulações de julgamentos. Era uma fonte quase inesgotável de nulidades e veremos se, com as modificações da Lei 11.689/2008, isso continuará ou não.

Essa lei modificou inteiramente o capítulo sobre procedimento de competência do tribunal do júri (ainda  tenha repetido várias regras), com 92 artigos (art. 406 a 497), bem como alterou outros três (derrogado o art. 581 e ab-rogado os arts. 607 e 608).

Certamente as modificações tanto do questionário quanto da votação serão consideradas as mais significativas pela comunidade jurídica, ainda que consideremos a exigência de motivação de qualquer medida cautelar pessoal por ocasião da pronúncia (art. 413, § 3º – reforço da natureza cautelar) e a oitiva direta de testemunhas na primeira e segunda fases (modifica a “lógica” de atuação das partes e do juiz – reforço do princípio acusatório) como também muito importantes.

Os jurados estão submetidos ao princípio da íntima convicção. Eles não podem explicitar os motivos pelos quais tomaram esta ou aquela decisão. Simplesmente respondem aos quesitos (perguntas) elaboradas pelo juiz e, mesmo assim, em votação secreta. Cada jurado recebe uma cédula com um “sim” e outra com um “não”. O juiz formula a pergunta e um oficial de Justiça vai recebendo as cédulas com a resposta numa sacola, sem ver o conteúdo. Outro oficial de Justiça passa outra sacola, com as cédulas que não serviram à pergunta feita.

Antes da Lei 11.689/2008, o juiz retirava as cédulas da sacola que continham as respostas, contava o número de “sim” e de “não”. As decisões do conselho de sentença são por maioria (anterior art. 485 do CPP). Se havia quatro “sim” e três “não”, significava que o conselho tinha votado “sim” para a pergunta feita, ou seja, tinha proferido o veredicto ou, em outras palavras, julgado a matéria contida na pergunta feita.

Podia ser razoavelmente difícil elaborar quesitos para um crime qualificado, com causa de aumento de pena e circunstância agravante, teses de legítima defesa, excesso doloso e culposo, circunstâncias atenuantes... E tudo isso de uma forma que o jurado, que podia (e pode) ser um leigo em direito, entendesse o conteúdo da pergunta. Impunha-se, portanto, que o legislador tivesse a coragem e a vontade política de enfrentar a questão da simplificação dos quesitos no tribunal do júri.

Uma novidade significativa é relativa à votação. A Lei 11.689/2008 procurou concretizar o preceito constitucional de “sigilo das votações” (art. 5º, XXXVIII, “b”, CR).

“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*.” (art. 486).

“Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas.” (art. 487).

Bem sabemos que “As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.” (art. 489).

Mas, então, vem o que realmente é novidade. Quando, sobre determinado quesito, o juiz-presidente chegar à contagem de quatro “sim” ou de quatro “não”, ele não prosseguirá a contagem da votação, a fim de preservar o sigilo das votações (art. 483, §§ 1º e 2º).

Por um lado, se houve quatro “sim” ou “não”, já ocorreu a maioria de votos exigida pelo art. 489. Por outro, se a votação prosseguisse até o fim, obtendo-se a unanimidade, saberíamos que todos os jurados votaram, conforme o caso, “sim” ou “não”. O sigilo das votações, assim, foi levado ao seu extremo, com o que, em última análise, preserva-se a imparcialidade do jurado.

Nessa linha de preservação do sigilo, o juiz-presidente deverá zelar pela efetiva mistura das cédulas que contêm o veredicto (por exemplo, sacudindo a sacola), para que não se façam inferências do tipo: as últimas cédulas foram dos jurados A, B e C, e as primeiras a serem retiradas votaram “sim”, portanto eles devem ter votado “sim”.

Os §§ 1º e 2º do art. 483 referem expressamente apenas os incisos I (materialidade do fato) e II (autoria ou participação). Então, não haveria a contagem dos setes votos apenas em relação aos incisos I e II? Afinal, também temos o inciso III (absolvição), inciso IV (causa de diminuição de pena) e inciso V (circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena).

Pensamos que a limitação da contagem dos votos aplica-se a todas as hipóteses. Primeiro, não faria sentido que não pudéssemos saber a unanimidade absoluta de votos nos incisos I e II e isso ocorresse no inciso III, no qual também pode ocorrer absolvição. Segundo, a expressão “materialidade do delito” tem um sentido lato capaz de abranger hipóteses do inciso V. Terceiro, em interpretação constitucional, a limitação da contagem tanto preserva melhor o sigilo das votações quanto a imparcialidade do jurado e, por conseguinte, o princípio do “juiz natural”.

No que tange à imparcialidade, o jurado ficará mais tranqüilo para votar como entenda que deva, sem amedrontar-se com a repercussão pública de seu voto. Desse modo, aproxima-se das prerrogativas do juiz “togado” e, por conseguinte, há uma maior efetividade da independência jurisdicional (art. 2º, CR).

Vejamos o texto legal sobre tema e elaboração do questionário:

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.

Por ter sido extinto pela Lei 11.689/2008, o libelo-crime acusatório não é mais referência para elaboração de quesitos.

A fonte primária que delimita a acusação, doravante, é a pronúncia (ou as decisões posteriores que julgaram admissível a acusação).

Na linha da plenitude da defesa, o próprio réu pode fazer sua autodefesa, a par da defesa técnica pelo advogado ou defensor público, pois o interrogatório também é fonte para elaboração de quesitos.

Por fim, o juiz-presidente ficará atento às alegações das partes, a partir das quais também elaborará os quesitos cabíveis.

O CPP estabeleceu uma ordenação “básica” dos quesitos até o § 3º do art. 483. Vejamos até o § 3º, deixando os §§ 4º a 6º para depois:

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.

§ 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.

[...].

Os §§ 1º e 2º tratam da limitação da contagem dos votos dos jurados, a fim de preservar o sigilo das votações, conforme já vimos.

Mas a modificação mais profunda no procedimento do tribunal do júri, feita pela Lei 11.689/2008, encontra-se no § 2º do art. 483, com o quesito absolutório genérico ou geral. Após os jurados terem respondido afirmativamente, por quatro votos, os quesitos relativos à “materialidade do fato” e à autoria (ou participação), será formulado um quesito absolutório geral, com a seguinte redação: “O jurado absolve o acusado?”.

Todas ou quase todas as teses defensivas estarão reunidas nesse único quesito genérico. Dissemos “quase todas” porque, por exemplo, a negativa de existência do crime ou a negativa de autoria já podem ter sido acolhidas anteriormente. Ademais, ainda pode haver, separadamente, causa de diminuição de pena ou, conforme veremos, também a desclassificação.

Assim, pode haver várias teses defensivas, ainda que contraditórias ou alternativas, reunidas nesse único quesito geral. Nele estarão quase todas as causas de “exclusão” do crime (como a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal, que são causas de “exclusão” da ilicitude ou eximentes) e causas de “isenção” da pena (como a coação moral irresistível, que é causa de “exclusão” da culpabilidade ou dirimente).

Prevalecerá a “intenção global” de absolver e não o que cada jurado pensa sobre determinada tese. Anteriormente, se três jurados votassem pela legítima defesa real e dois pela legítima defesa putativa, ainda assim haveria condenação, porque não teria ocorrido maioria de votos quanto a nenhuma das teses, formuladas como quesitos distintos.

Doravante, conforme exemplo de Arruda e Silva⁹³, se um jurado votar pela legítima defesa real, outro pela legítima defesa putativa, um terceiro pelo estado de necessidade e um quarto pela mera “clemência”⁹⁴, todas essas teses estarão contidas, simultaneamente, no quesito único absolutório geral. O acusado será absolvido e não saberemos se todos votaram em uma única tese ou se cada um votou em uma das teses defensivas.

Conforme bem colocado por Arruda e Silva⁹⁵:

O impasse atinge a fase recursal, já que não será possível saber qual a tese acolhida. Parece-nos que a acusação, desejando recorrer da decisão dos jurados, deverá rebater todas as teses apresentadas em plenário e demonstrar que são elas manifestamente contrárias às provas dos autos.

O Juízo de 2º grau enfrentará a mesma dificuldade no julgamento do recurso, uma vez que deverá apreciar cada uma das teses apresentadas pela defesa constantes da ata de julgamento.

Se os jurados do conselho de sentença responderem negativamente, por quatro votos, ao quesito absolutório geral, então terão condenado o acusado. Em seguida, o julgamento prosseguirá, devendo, conforme o caso concreto, ser formulados, seqüencialmente, quesitos sobre: “I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa; II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena,

⁹³ ARRUDA, Eloísa de Souza; SILVA, César Dario Mariano da. *Questionário no julgamento pelo júri*. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/rev_quest_julg_juri.doc>.

Acesso em: 29 jul.2008.

⁹⁴ Entende, intimamente, que houve o crime, mas, por mera indulgência, decide absolver.

⁹⁵ Op. cit.

reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação” (art. 483, § 3º).

Portanto, se tiver sido alegada alguma causa de diminuição da pena (homicídio “privilegiado”) do art. 121, § 1º, do Código Penal (motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima), o respectivo quesito virá logo após o quesito absolutório genérico.

Com isso, foi acolhido legalmente o entendimento do STF de que o quesito do *homicídio privilegiado* (art. 121, § 1º, CP), que é um conjunto de causas de diminuição de pena, devia ficar com os demais quesitos de defesa, antes das qualificadoras, o que seria uma aplicação da Súmula 162 do STF⁹⁶, na qual a expressão “circunstâncias agravantes” se encontrava em sentido amplo, abrangendo qualificadoras e causas de aumento de pena.

Os §§ 4º e 5º do art. 483 do CPP têm gerado alguma perplexidade na comunidade jurídica:

§ 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.

A doutrina, de modo geral, não encontrou solução satisfatória, especialmente quanto ao quesito desclassificatório do § 4º, conforme se verifica, por exemplo, em Guilherme de Souza Nucci⁹⁷, ou não encontrou solução alguma, em Ivan Luís Marques da Silva⁹⁸. Eloísa de Souza Arruda e César Dario Mariano da Silva⁹⁹, por sua vez, desenvolveram sugestões interessantes. Andrey Borges de Mendonça¹⁰⁰ acompanhou Arruda e Silva.

⁹⁶ Súmula 162 do STF: *É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes.* O TJMG, por unanimidade, editou a Súmula 33 no mesmo sentido: *É absoluta a nulidade do julgamento, pelo Júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes (Súmula 162 STF).*

⁹⁷ NUCCI, *Tribunal do júri*, 2006, p. 236-239. Ele manteve a seqüência clássica, ignorando o § 4º do art. 483: “1. No dia __, às __ horas, no interior do estabelecimento comercial situado na __, bairro de __, nestas Comarca, a vítima ‘F’ recebeu tiros de arma de fogo, causando-lhe as lesões descritas no laudo necroscópico de fls. __? 2. Essas lesões deram causa à morte da vítima? 3. O réu ‘R’, qualificado a fls. __, concorreu para o crime, desferindo os disparos de arma de fogo contra a vítima ‘F’?” Ora, se for negado o 2º quesito, terá ocorrido desclassificação. Mas este quesito, sendo desclassificatório, deveria estar “após o 2º”, nos termos do referido dispositivo legal.

⁹⁸ SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 168-170.

⁹⁹ ARRUDA e SILVA, *Questionário no julgamento pelo júri*, 2008. No ponto, eles propuseram o seguinte questionário, para uma outra tese defensiva desclassificatória única: “1) Os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico de fls. 25 foram a causa da morte da vítima João Paulo dos Santos? 2) O acusado Carlos da Silva, no dia 25 de janeiro de 2006, por volta das 23h, na Rua do Porto, n. 26, Jabaquara, nesta Comarca de São Paulo, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, causando-lhe esses ferimentos? 3) Ao efetuar os disparos de arma de fogo o acusado quis o evento morte ou assumiu o risco de produzi-lo? 4) O jurado absolve o acusado?”. Se o primeiro quesito for positivo, a lesão corporal terá causado a morte, em uma formulação igual a do homicídio simples, ou seja, teria havido dolo quanto à lesão e à morte. Assim, com a negativa do terceiro quesito, o dolo seria excluído, restando a culpa e, portanto, pode haver dúvida se a desclassificação foi para lesão corporal seguida de morte (que nos parece ser o pretendido por Arruda e Silva) ou, diversamente, para homicídio culposo.

¹⁰⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 121-122.

A dificuldade se encontra em saber como o quesito desclassificatório (para outra infração de competência do juiz singular) pode ficar “após o 2º” quesito. Como se não bastasse, “conforme o caso”, deverá ficar após o 3º quesito! Afinal de contas, como deve ficar (“será”) após o 2º quesito (autoria?), se diz respeito à “materialidade do fato” e esta se encontraria no 1º quesito?

Pensamos que a solução pode ser encontrada por análise semântica e interpretação “topológica”.

O art. 483 não disse que os incisos I a V são quesitos, mas temas, como se constata pela sua formulação “indagando sobre” materialidade do fato, autoria ou participação etc.

Fazer quesito “sobre” algo significa a respeito do tema especificado. Não significa que há apenas um quesito sobre cada tema.

Portanto, por essa análise semântica, concluímos que o tema “materialidade do fato” pode ser desdobrado em mais de um quesito, resolvendo a primeira parte do problema posto.

Adiante, fará sentido a qualificação de “básica” que atribuímos à ordenação dos quesitos estabelecida nos cinco primeiros incisos até o § 3º do art. 483.

O art. 483, *caput*, incisos I a V, não estabeleceu uma ordenação ou seqüência imutável. Se assim fosse, não haveria necessidade dos §§ 4º e 5º para também estabelecerem determinada seqüência.

Quando examinamos a disposição dos §§ 4º e 5º, no art. 483, colocados depois da seqüência ou ordem já estabelecida anteriormente (interpretação “topológica”), concluímos que eles estabelecem exceções a essa ordenação, com o que resolvemos a segunda parte do problema.

Um exemplo didático esclarecerá nosso entendimento. Suponhamos que a tese defensiva seja a negativa denexo causal entre lesão e morte. A “materialidade do fato”, então, será desdobrada em quesito sobre “lesividade” e quesito sobre letalidade. Por exemplo, o questionário, havendo quesito desclassificatório como tese defensiva única, pode ser formulado da seguinte forma:

1º) Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais descritas no laudo de exame cadavérico?

2º) O acusado José Pereira foi o autor desses disparos?

3º) Essas lesões corporais causaram a morte da vítima?

4º) O jurado absolve o acusado?

Como se verifica, o quesito desclassificatório (3º) se encontra após o 2º quesito (autoria), desmembrado da “materialidade do fato” (1º quesito), nos exatos termos do art. 483, incisos I e II do *caput* c/c § 4º.

Por que não referimos dia, hora e local no possível modelo acima, do tipo no dia *tal*, às *tantas horas*, na rua *tal*, cidade *tal*, disparos de arma de fogo foram efetuados etc.? Por que não dissemos “essas lesões corporais foram a *causa eficiente* da morte da vítima”? Por que não mencionar as folhas dos autos em que se encontra o laudo de exame cadavérico?

Porque, nesse caso exemplificado, não houve qualquer controvérsia sobre dia, hora e local do suposto fato, nem sobre o laudo de exame cadavérico estar nos autos do processo. Ademais, o jurado não é um autômato que necessite da qualificação

“eficiente” na causa para entender o que causa a morte de alguém (sem contar a discussão filosófica sobre o que é “causa eficiente”).

Desse modo, cumprimos a diretriz de que “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” (art. 482, parágrafo único). Certamente, se houver polêmica relevante sobre hora, data ou local, da qual se depreenda, por exemplo, que não estar em determinado local significaria que não foi o réu, deve haver a informação no questionário.

Se, no mesmo exemplo, a referida tese desclassificatória fosse subsidiária, o modelo poderia ser o seguinte, com o quesito desclassificatório após o 3º quesito (absolvição), nos termos do art. 483, § 4º, *fine*:

1º) Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais descritas no laudo de exame cadavérico?

2º) O acusado José Pereira foi o autor desses disparos?

3º) O jurado absolve o acusado?

4º) Essas lesões corporais causaram a morte da vítima?

De modo geral, um possível modelo para homicídio simples poderia ser:

1º) Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais que lhe causaram a morte? (materialidade do fato);

2º) O acusado José Pereira foi o autor desses disparos? (autoria);

3º) O jurado absolve o acusado? (quesito absolutório genérico ou geral).

Nesse modelo de homicídio simples, diversamente de como se formulava antes da Lei 11.689/2008, observe que não desmembramos a lesividade (lesões corporais) da letalidade (morte): “1º) Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais descritas no laudo de exame cadavérico de fl. 53? 2º) Essas lesões corporais causaram a morte da vítima José da Silva?”. Ora, se fosse negado o 2º quesito, teria ocorrido desclassificação de homicídio doloso para lesão corporal. Mas este quesito, sendo desclassificatório, deveria estar “após o 2º” (autoria), nos termos do § 4º do art. 483 do CPP.

Portanto, doravante, se não há tese desclassificatória, como no exemplo que contesta o nexos causal entre lesões corporais e morte, não deve mais haver o referido desmembramento.

De modo geral, um possível modelo para homicídio qualificado¹⁰¹ poderia ser:

¹⁰¹ ARRUDA e SILVA (*Questionário no julgamento pelo júri*, 2008) propõem o seguinte modelo para homicídio qualificado: “1) Os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico de fls. 25 foram a causa da morte da vítima João Paulo dos Santos? 2) O acusado Carlos da Silva, no dia 25 de janeiro de 2006, por volta das 23h, na Rua do Porto, n. 26, Jabaquara, nesta Comarca de São Paulo, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, causando-lhe esses ferimentos? 3) O jurado absolve o acusado? 4) Ao efetuar os disparos de arma de fogo pelas costas o acusado agiu à traição?”. Uma possível objeção a esse modelo é o fato de a materialidade, juntamente com a autoria, também se encontrar no 2º quesito (“efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, causando-lhe esses ferimentos”), com o que não se observaria a ordenação exigida pelo art. 483 (primeiramente materialidade do fato e, depois, a autoria).

1º) Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais que lhe causaram a morte? (materialidade do fato);

2º) O acusado José Pereira foi o autor desses disparos? (autoria);

3º) O jurado absolve o acusado? (quesito absolutório genérico ou geral)¹⁰²;

4º) O acusado agiu impelido por motivo de relevante valor social? (causa especial de diminuição de pena – homicídio “privilegiado”);

5º) O acusado agiu mediante emprego de fogo? (qualificadora);

6º) a vítima era menor de quatorze anos? (causa especial de aumento de pena – art. 121, § 4º, 2ª parte, CP).

Uma variação do 1º quesito acima, com um pouco mais de informação, seria: Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais que lhe causaram a morte, descritas no laudo de exame cadavérico?

Uma variação mais complexa para o 1º quesito acima poderia ser: no dia 29 de agosto de 2009, às 21 horas, na Av. Afonso Pena, em frente ao número 1230, no município de Belo Horizonte/MG, disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais que lhe causaram a morte, descritas no laudo de exame cadavérico de fl. 115?

Variações para o 4º e o 5º quesitos podem especificar em que consistem as hipóteses. Por exemplo: “O acusado agiu mediante emprego de fogo, consistente em entornar álcool no corpo da vítima, incendiando-a em seguida?”

Entretanto, entendemos que o disposto no art. 482, parágrafo único, exige uma simplificação dos quesitos, conforme proposto no modelo sem variações, a não ser que a informação seja realmente necessária no contexto da acusação ou da defesa. Ademais, não devemos subestimar, abstratamente, a inteligência do jurado. No exemplo acima, se não há dúvida quanto ao laudo de exame cadavérico, entendemos que não deve ser incluído “automaticamente” no quesito; essa inclusão seria feita por mera tradição, e não para melhor compreensão (nos termos legais, clareza e “necessária” precisão).

Um modelo para homicídio na forma tentada poderia ser o seguinte:

1º) Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais que lhe causaram a morte? (materialidade do fato);

2º) O acusado José Pereira foi o autor desses disparos? (autoria);

3º) Assim agindo, o acusado iniciou a execução de crime de homicídio, que não se consumou por razões alheias à sua vontade? (tentativa);

4º) O jurado absolve o acusado? (quesito absolutório genérico ou geral).

Nos exatos termos do § 5º do art. 483, o quesito relativo à tentativa (3º quesito) encontra-se após o 2º quesito (autoria). Também em razão do disposto no art. 482, parágrafo único, não especificamos em que consistiram as circunstâncias alheias. Mas o quesito pode ser complementado: “Assim agindo, o acusado iniciou a

¹⁰² Até aqui, teríamos um questionário de homicídio simples, se não continuássemos com os demais quesitos.

execução de crime de homicídio, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, consistentes em ter sido impedido por terceiros?”.

Um modelo para concurso de pessoas poderia ser:

1º) Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais que lhe causaram a morte? (materialidade do fato);

2º) Terceira pessoa foi a autora desses disparos, tendo o acusado José Pereira concorrido para o crime, fornecendo-lhe a arma de fogo? (autoria);

3º) O jurado absolve o acusado? (quesito absolutório genérico ou geral).

As causas “excludentes” de ilicitude podem ter ocorrido com excesso. Se for alegado o excesso culposo¹⁰³, deverá ser formulado o respectivo quesito, após o quesito absolutório genérico¹⁰⁴. Se for respondido negativamente o quesito absolutório genérico, passa-se ao quesito do excesso culposo. Se for respondido afirmativamente o quesito do excesso culposo, terá ocorrido desclassificação imprópria, para crime culposo, competindo ao juiz-presidente a condenação, e não ao conselho de sentença. Se for respondido negativamente o quesito do excesso culposo, terá havido crime doloso contra a vida, de competência do tribunal do júri, prosseguindo-se, se houver, os demais quesitos, como causa de aumento de pena.

Um modelo para o excesso culposo poderia ser:

1º) Disparos de arma de fogo foram efetuados contra a vítima José da Silva, produzindo-lhe as lesões corporais que lhe causaram a morte? (materialidade do fato);

2º) O acusado José Pereira foi o autor desses disparos? (autoria);

3º) O jurado absolve o acusado? (quesito absolutório genérico ou geral)

4º) O acusado excedeu culposamente aos limites da legítima defesa?

No exemplo acima, tem-se a idéia de que não houve um início de legítima defesa que, dolosamente, “transformou-se” em crime doloso contra a vida, mas o tempo inteiro apenas o crime doloso contra a vida.

Se houver tanto alegação de excesso culposo quanto de excesso doloso, o 4º quesito poderá ser “O excesso do acusado foi culposo?”. Se for respondido negativamente, significa que o excesso foi doloso e, portanto, trata-se de crime doloso contra a vida, devendo prosseguir-se, se for o caso, a votação.

Haverá os mais variados modelos de questionários, segundo a preferência de cada juiz.

A hipótese de haver “divergência sobre a tipificação do delito”, prevista no § 5º do art. 483, tendo em vista sua indeterminação conceitual, talvez possibilite quesitos para solucionar variados problemas.

Observe que, “Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas” (art. 483, § 6º).

¹⁰³ Não é quesito obrigatório, tendo em vista a nova previsão de quesito absolutório genérico, o qual reúne, em um único quesito, aqueles que, anteriormente, eram indagados separadamente e podiam levar a quesitos sobre excesso.

¹⁰⁴ ARRUDA e SILVA, *Questionário no julgamento pelo júri*, 2008; NUCCI, *Tribunal do júri*, 2008, p. 327.

As circunstâncias agravantes e atenuantes não devem constar da pronúncia e não há mais libelo nem contrariedade para alegar, respectivamente, agravantes e atenuantes. Então, elas são alegadas apenas oralmente, no plenário, tendo como destinatário o juiz-presidente.

Ademais, não há mais o quesito genérico obrigatório sobre circunstância atenuante. Dessa forma, foi afastada a Súmula 156 do STF (*É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório*).

Segundo o texto legal, compete ao juiz-presidente, ao proferir a sentença, considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes alegadas nos debates (art. 492, I, “b”). Portanto, não deve mais haver quesitos a respeito formulados ao conselho de sentença¹⁰⁵. Todavia, as partes devem alegá-las durante os debates, no plenário do júri.

Ainda quanto à ordenação de quesitos, sucessivamente, sobre causas de diminuição de pena, qualificadoras e causas de aumento de pena, as qualificadoras necessariamente devem vir antes das causas de aumento de pena propriamente ditas, pois estas são aplicadas sobre a pena delimitada pela qualificadora e, assim, não seria formalmente lógico perguntar-se sobre o aumento antes de se saber se a coisa a ser aumentada existe ou não (como também não o é relativamente às causas de diminuição).

O júri, entretanto, tem a peculiaridade de estar submetido ao princípio constitucional da plenitude da defesa, o que acaba por afetar a ordenação dos quesitos.

Não altera o cálculo da pena se as causas de aumento ou de diminuição vêm primeiro; portanto, tanto faz, do ponto de vista matemático, qual das duas categorias é submetida primeiramente aos jurados. Contudo, o conselho de sentença não calcula a pena, e sim afirma a existência ou não de uma *circunstância*, o que faz com que a lógica do cálculo da pena não lhe seja cabível adequadamente.

Nessa linha, vimos que o STF já entendia, antes do art. 483, § 3º, I (com a redação dada pela Lei 11.689/2008), que o quesito do *homicídio privilegiado* (art. 121, § 1º, CP) vinha antes do relativo às qualificadoras.

Como o princípio da plenitude de defesa tem natureza constitucional, ele deve prevalecer sobre interpretação literal baseada em dispositivos legais infraconstitucionais. Assim, também já pensávamos que a melhor exegese era no sentido da antecedência de quesito do *homicídio privilegiado*, ou seja, seu posicionamento juntamente com as demais teses defensivas, antes das qualificadoras e das causas de aumento de pena.

Esse entendimento era reforçado pelo fato de que o quesito sobre a causa subjetiva de diminuição de pena que é o *homicídio privilegiado* pode ser prejudicial de qualificadora subjetiva ou mesmo de causa de aumento subjetiva. Por exemplo, se o conselho de sentença reconhece que o réu agiu impelido por motivo¹⁰⁶ de *relevante valor moral* (art. 121, § 1º, CP), esse veredicto é prejudicial ao quesito relativo ao réu

¹⁰⁵ NUCCI (*Tribunal do júri*, 2008, p. 222-225), diversamente, entende que as circunstâncias agravantes e atenuantes “podem” ser submetidas, como quesitos, ao conselho de sentença, com fundamento na soberania dos veredictos, no art. 482 do CPP (matéria de fato) e na plenitude de defesa. O juiz-presidente pode conhecer as circunstâncias alegadas nos debates. Mas a defesa pode exigir a formulação de quesitos ao conselho de sentença tanto de agravantes quanto de atenuantes, a fim de vincular o juiz-presidente ao veredicto do tribunal do júri. Assim, tanto o juiz poderia ser “forçado” a não-reconhecer agravante quanto a reconhecer atenuante, conforme decidido pelo conselho de sentença.

¹⁰⁶ Logo é circunstância de caráter *subjetivo*, ou seja, circunstância relativa ao réu.

ter agido por motivo *torpe* (qualificadora do art. 121, § 2º, I, CP), o qual, portanto, não será submetido aos jurados. Algo não pode ser relevante moralmente e, ao mesmo tempo, ser torpe, o que significa revelar caráter ignóbil, infame, vil, indecoroso ou contrariar os bons costumes, a decência ou a moral¹⁰⁷.

Pensamos que essa mesma lógica deve ser utilizada toda vez que um quesito relativo a uma circunstância subjetiva benéfica ao réu puder prejudicar um quesito relativo a uma circunstância subjetiva prejudicial ao réu. Isso significa que outras causas de diminuição de pena também podem estar junto aos demais quesitos de defesa, ou seja, antes das qualificadoras. O raciocínio que preside essa ordenação, por conseguinte, não é o matemático, mas o estratégico-defensivo. Portanto, para quem admitir que as circunstâncias agravantes e atenuantes ainda podem ser submetidas ao conselho de sentença, deve atentar para essa “lógica do júri”, se, no caso concreto, nos depararmos com a mesma razão que leva o homicídio privilegiado a anteceder às qualificadoras subjetivas.

É importante notar, conforme a Súmula 54 do TJMG, aprovada por unanimidade, que *Não há incompatibilidade na coexistência de circunstâncias que qualificam o homicídio com as que o tornam privilegiado, desde que sejam aquelas de natureza objetiva*. Por exemplo, alguém pode ter praticado o crime de homicídio doloso por motivo de relevante valor social (circunstância de natureza *subjetiva*) e, ao mesmo tempo, ter empregado recurso que tornou impossível a defesa do ofendido (circunstância de natureza *objetiva*).

Não devemos confundir a ordenação de quesitos para o conselho de sentença com a ordenação da dosimetria da pena para o juiz-presidente. Quanto ao cálculo da pena feito na elaboração da sentença ou acórdão condenatórios, conforme veremos no item 21.3.2.1 (fases do cálculo da pena em geral), o Código Penal adotou o *sistema trifásico*, no art. 68 do CP, segundo o qual primeiro vem o cálculo da pena-base (tipo básico e qualificadoras), em seguida as circunstâncias atenuantes e agravantes (segunda fase) e, por último, as causas de diminuição e de aumento (terceira fase), mas são cinco as operações (pena-base, circunstâncias atenuantes, circunstâncias agravantes, causas de diminuição e causas de aumento).

Segundo Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco, a matéria do crime continuado não deve ser objeto de questionário submetido ao conselho de sentença, pois constitui apenas rio para aplicação da pena, de competência do juiz-presidente e sujeita à modificação em grau de apelação, nos termos do art. 593, III, c, do CPP¹⁰⁸. Guilherme de Souza Nucci entende que o quesito sobre continuidade delitiva deve ser submetido ao conselho de sentença, quando requerido por qualquer das partes, tendo em vista a soberania dos veredictos e o princípio da plenitude da defesa; se ninguém requerer, fica o magistrado livre para considerá-lo existente ou não¹⁰⁹.

Quanto ao concurso formal, o STF entendeu que, não tendo a defesa pedido a inclusão de quesito pertinente ao concurso formal de crimes nem protestado oportunamente contra a pretendida omissão, compete ao juiz-presidente do tribunal

¹⁰⁷ DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, 2002.

¹⁰⁸ Nesse sentido, MARREY, FRANCO e STOCO, *Teoria e prática do júri*, 1991, p. 240, citando acórdão do STF, HC 53175, rel. min. Thompson Flores, j. 13.mai.1975, DJU, p. 5737, 15.ago.1975.

¹⁰⁹ NUCCI, *Código de Processo Penal comentado*, 2004, p. 748-50, art. 484, item 334.

do júri, quando da prolação da sentença, decidir a matéria, mesmo porque versa ela exclusivamente sobre critério para fixação da pena¹¹⁰.

Tendo em vista o princípio constitucional da plenitude da defesa, pensamos que é juridicamente defensável que todas as matérias relativas à defesa se constituam em quesitos. Desse modo, também pode haver quesitos sobre concurso formal e crime continuado. Além disso, todos os quesitos defensivos remanescentes devem situar-se logo após o quesito absolutório genérico, inclusive quaisquer causas de diminuição de pena e circunstâncias atenuantes (se admitirmos que as atenuantes ainda possam ser formuladas ao conselho de sentença), ficando as qualificadoras, causas de aumento de pena e circunstâncias agravantes *stricto sensu* (se admitirmos que as agravantes ainda possam ser formuladas ao conselho de sentença) para momento posterior. Somente assim poderíamos dizer que há *plenitude* de defesa, sobretudo relativamente às teses acusatórias.

Por fim, se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o juiz-presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas (art. 490, *caput*).

E se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação (art. 490, parágrafo único). É o que ocorre quando o homicídio privilegiado é reconhecido anteriormente a uma qualificadora de natureza subjetiva, prejudicando-a.

9.5.16 Sentença

9.5.16.1 Condenação

A seção “da sentença” abrange os arts. 492 e 493 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008).

O juiz-presidente prolatará a sentença conforme o que foi decidido (*veredicto*) pelo tribunal do júri, ou seja, mais especificamente, pelo conselho de sentença.

Na sentença condenatória, o juiz-presidente (art. 492, I):

- a) fixará a pena  se;
- b) considerará às 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;
- f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; [...]

Da mesma forma que ocorre com o cálculo da pena feito na elaboração da sentença ou acórdão condenatórios em geral (*vide* item 21.3.2.1 sobre fases do cálculo da pena), a sentença condenatória, no júri, segue o Código Penal. Este adotou o “sistema trifásico”, no art. 68, segundo o qual primeiro vem o cálculo da pena-base (tipo básico e qualificadoras), em seguida as circunstâncias atenuantes e

¹¹⁰ STF, HC 54.955-MG, rel. min. Cunha Peixoto, *apud* MARREY, FRANCO e STOCO, *Teoria e prática do júri*, 1991, p. 603, item 118.10.

agravantes (segunda fase) e, por último, as causas de diminuição e de aumento (terceira fase), mas são cinco as operações (pena-base, circunstâncias atenuantes, circunstâncias agravantes, causas de diminuição e causas de aumento).

A fundamentação da sentença, no que tange à “matéria de fato” decidida pelo conselho de sentença, consistirá em referir cada veredicto proferido (materialidade, autoria, causa de diminuição de pena, qualificadora, causa de aumento de pena), sem examinar a prova produzida. Isso ocorre porque o conselho de sentença decide conforme o princípio da íntima convicção, garantido pelo sigilo das votações. Ao estabelecer tal sigilo, a própria Constituição criou uma exceção ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, pelo menos nos termos em que deve ser cumprido pelos demais órgãos jurisdicionais.

O juiz deverá observar as demais disposições do art. 387 do CPP, que tratam da sentença condenatória em geral.

Desse modo, deverá fundamentar a matéria que lhe compete internamente no tribunal do júri, inclusive examinando a prova produzida em que baseia sua decisão. Por exemplo, é o que ocorre com a dosimetria da pena, segundo as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, nos termos do art. 492, I, “d”, c/c art. 387, II e III, do CPP.

O juiz somente poderá considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes que tiverem sido alegadas nos debates pelas partes. Mas, conforme novidade da Lei 11.689/2008, poderá fazê-lo como competência interna dele, sem quesitos submetidos ao conselho de sentença. Portanto, também deverá fundamentar as circunstâncias agravantes e atenuantes que reconhecer.

Obviamente, para quem entende que as agravantes e as atenuantes ainda podem ser submetidas ao conselho de sentença, o juiz, quando isso ocorrer, estará adstrito ao respectivo veredicto proferido, conforme ocorria antes da Lei 11.689/2008.

Outra novidade na sentença condenatória do júri (e em geral) é que o juiz-presidente, também como sua competência interna (relativamente ao tribunal do júri), “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (art. 492, I, “d”, c/c art. 387, IV, CPP). Transitada em julgado a sentença penal condenatória, a execução civil poderá ser efetuada pelo valor fixado, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (art. 63, parágrafo único, CPP).

Os novos dispositivos legais do art. 413, § 3º, e art. 492, I, “e”, e a revogação dos §§ 2º e 3º do anterior art. 408, efetuados pela Lei 11.689/2008, e o novo dispositivo do art. 387, parágrafo único, e a revogação do art. 594, todos do CPP, efetuados pela Lei 11.719/2008, afirmaram, categoricamente, a natureza cautelar da prisão durante o processo penal, bem como o direito de recorrer, independentemente de recolhimento à prisão.

Portanto, seja para determinar a prisão do réu que se encontrava solto ou para manter preso o acusado que já se encontrava preso, o juiz-presidente, na sentença condenatória, deverá fundamentar, cautelarmente, conforme o caso, tanto a ordem de prisão quanto a manutenção da prisão, segundo os “requisitos” da prisão preventiva (art. 492, I, “e”, c/c art. 312, CPP). O fundamento cautelar da “conveniência da instrução criminal” não é mais cabível, pois a instrução já foi encerrada.

Seja como for, doravante o direito de recorrer independe de eventual recolhimento à prisão (art. 492, I, “d”, c/c art. 387, parágrafo único, CPP).

Além da prisão preventiva ou em vez dela, o juiz-presidente poderá impor ou manter outras medidas cautelares pessoais, como ocorre nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 492, I, “d”, c/c art. 387, parágrafo único – “outra medida cautelar”)¹¹¹.

Apesar de o art. 492, I, “f”, dizer que o juiz-presidente estabelecerá os “efeitos genéricos” da condenação, eles independem de ser motivadamente declarados ou mesmo referidos na sentença condenatória, nos termos do art. 91 do CP c/c art. 92, parágrafo único, do CP (*a contrario sensu*).

São efeitos genéricos da condenação (art. 91, CP): “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.”

Talvez o “efeito genérico” no art. 492, I, “f”, do CPP diga respeito não propriamente a algo que é genérico, que é a certeza da obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (91, I, CP), mas a algo que, a rigor, é específico, que é a novidade da fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração (art. 492, I, “d”, art. c/c 387, IV, CPP)¹¹².

São efeitos específicos da condenação (estes, sim, não-automáticos e dependentes de serem motivadamente declarados na sentença) a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado, e a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso (art. 92, CP).

9.5.16.2 Absolvição

Na sentença absolutória do júri, o juiz-presidente (art. 492, II):

- 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.

As “medidas restritivas provisoriamente decretadas” que estejam instrumentalmente ligadas ao processo penal devem ser, logicamente, revogadas, pois a “medida definitiva” que é a absolvição foi tomada, sendo incompatível com a manutenção daquelas. É o que ocorre, por exemplo, com as medidas cautelares pessoais (prisão preventiva, liberdade provisória, suspensão da posse ou restrição do porte de armas, proibição de aproximação, proibição de contato, proibição de freqüentação de determinados lugares etc.) e medidas cautelares reais (seqüestro, arresto, especialização de hipoteca legal).

Todavia, as medidas que estejam instrumentalmente voltadas para o processo civil não devem ser afetadas, por estarem sujeitas ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, como medida cautelar civil relativa ao direito de família. Isso pode ocorrer com “medidas protetivas”, enquanto medidas cautelares civis, dos arts. 22 e 23 da Lei 11.340/2006 (Lei “Maria da Penha”), como é o caso da restrição ou suspensão de

¹¹¹ Tratamos das “medidas protetivas” da Lei 11.340/2006 (Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) no item 9.12.4.5, a que fazemos remissão.

¹¹² No mesmo sentido: MENDONÇA, *Nova reforma do Código de Processo Penal*, 2008, p. 123.

visita (art. 22, IV), a prestação de alimentos provisionais ou provisórios (art. 22, V), a determinação do afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos (art. 23, III), a determinação da separação de corpos (art. 23, IV) etc.

As “medidas protetivas” que têm caráter dúplice ou tríplice, se foram aplicadas instrumentalmente dirigidas ao processo penal, como medidas cautelares processuais penais, também deverão ser revogadas.

Na absolvição própria, o acusado é, pura e simplesmente, absolvido, sem imposição de medida de segurança.

Na absolvição imprópria, o acusado é absolvido por inimizabilidade (art. 26, CP), mas está sujeito a medidas de segurança (arts. 96 a 98 do CP). Observe que, no caso, o fato é típico e ilícito, somente tendo “faltado” a inimizabilidade.

Se, apesar de inimizável, o acusado agiu, por exemplo, em legítima defesa real, ele deve ser absolvido no sentido próprio, sem medida de segurança, conforme deve ter sido reconhecido pelo conselho de sentença.

Vimos que, se a inimizabilidade era a única tese defensiva, o próprio juiz “sumariamente”, monocraticamente, já pode ter prolatado a sentença absolutória sumária (art. 415, IV e parágrafo único), não tendo o processo, portanto, chegado ao tribunal do júri.

Conforme entende, acertadamente, MENDONÇA¹¹³, se, além da inimizabilidade, houver outras teses defensivas, o quesito genérico absolutório deverá ser desmembrado, para, logo após o quesito absolutório genérico, formular-se quesito especificamente sobre imposição de medida de segurança, por exemplo¹¹⁴ “deve ser aplicada medida de segurança ao acusado?”.

De fato, se houvesse, por exemplo, duas teses defensivas, como legítima defesa real e inimizabilidade, não se saberia por qual motivo os jurados absolveram, diante do quesito genérico “o jurado absolve o acusado?”. Seria uma absolvição própria (legítima defesa), sem medida de segurança, ou uma absolvição imprópria (fato típico e ilícito e inimizabilidade), com imposição de medida de segurança? A solução proposta resolve o problema.

9.5.16.3 Desclassificação juizados especiais criminais

A desclassificação, aqui, é de crime doloso contra a vida para crime diverso, decidida pelo conselho de sentença no tribunal do júri.

Por exemplo, o conselho de sentença afirmou a lesividade (lesões corporais) e a autoria, mas negou a letalidade, ou seja, que as lesões corporais fossem a causa da morte da vítima, desclassificando, portanto, de homicídio doloso para lesão corporal.

De quem é a competência para julgar o crime desclassificado?

Nos termos do art. 492, § 1º, do CPP:

¹¹³ MENDONÇA, *Nova reforma do Código de Processo Penal*, 2008, p. 134.

¹¹⁴ NUCCI, *Tribunal do júri*, 2008, p. 329, por exemplo, apesar de também entender imprescindível quesito a respeito, formula-o da maneira “clássica”: “O réu, padecendo de doença mental (ou, conforme o caso, em virtude de desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato (ou, conforme o caso, era inteiramente incapaz de se determinar de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato)?” Entretanto, consideramos a formulação supracitada de Mendonça muito mais simples e consonante o art. 482, parágrafo único, do CPP.

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.

Não ocorre *perpetuatio jurisdictionis* (“perpetuação da jurisdição”) em relação ao conselho de sentença, diante da mudança do “estado de direito” do crime doloso contra a vida para crime diverso. Por outra perspectiva, o conselho de sentença não “prorroga” sua competência, para também julgar o crime desclassificado, o qual, originária e abstratamente, não é de sua competência.

Como a competência do tribunal do júri para os crimes dolosos contra a vida é competência mínima (art. 5º, XXXVIII, “d”, CR – “assegurados”), poderia a lei estabelecer que, mesmo desclassificando, ele continuaria competente para julgar o crime desclassificado, por meio do conselho de sentença. Mas isso não ocorreu e, nos exatos termos legais, a competência é do juiz-presidente.

Quanto ao juiz-presidente, tampouco se trata de *perpetuatio jurisdictionis*.¹¹⁵ Se ele tinha competência cumulativa para ser presidente do tribunal do júri e para julgar, singularmente, o crime desclassificado, então, simplesmente, o fato retornou para seu juiz natural. Ou, se ele não tinha competência, abstratamente, para julgar o fato desclassificado, então ocorreu “prorrogação de competência”, tendo, no caso concreto, ampliado sua competência para julgá-lo, em razão do procedimento do tribunal do júri e da respectiva desclassificação pelo conselho de sentença.

A desclassificação pode ou não ser para infração penal de menor potencial ofensivo, definidas nos termos do art. 61 da Lei 9.099/1995, ou seja, as contravenções penais, bem como os crimes cuja pena máxima cominada (abstratamente prevista) seja igual ou inferior a dois anos, haja ou não cumulação desta pena com multa e independentemente de previsão de procedimento especial.

Se a desclassificação foi para infração penal de menor potencial ofensivo, não deveria o processo ser remetido aos juizados especiais criminais, por se trata de competência constitucionalmente estabelecida?

Os juizados especiais criminais não têm competência exclusiva sobre as infrações penais de menor potencial ofensivo. “Ser competente para” não significa “ter exclusividade para” ás, os vocábulos exclusivo, exclusiva e exclusivamente são utilizados diversas vezes na Constituição da República, a qual também usa a expressão “competência exclusiva” (art. 49, *caput*, art. 68, § 1º, art. 126, *caput*).

Ainda assim, poderíamos entender que há exclusividade. Todavia a parte final do inciso I do art. 98 da CR nos indica que eles são caracterizados não pela pretensa exclusividade de competência, mas por estarem submetidos, necessariamente, a “procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”

Desse modo, é constitucional a competência do juiz-presidente para julgar a infração penal de menor potencial ofensivo, vinda de desclassificação de suposto crime doloso contra a vida efetuada pelo conselho de sentença, nos termos do art. 492, § 1º, CPP.¹¹⁶

¹¹⁵ Diversamente entende MENDONÇA, *Nova reforma do Código de Processo Penal*, 2008, p. 134-135.

¹¹⁶ Na mesma linha de raciocínio, também são constitucionais os arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, da Lei 9.099/1995.

Havendo desclassificação para infração penal de menor potencial ofensivo, são aplicáveis os arts. 69 e seguintes da Lei 9.099/1999, podendo, portanto, ser cabíveis, conforme a respectiva hipótese legal:

- a) a composição do dano cível, que resulta na renúncia tácita ao direito de queixa ou de representação;
- b) a representação oral, nos crimes de ação penal pública condicionada;
- c) a transação penal (proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou de multa);
- d) suspensão condicional do processo.

Anteriormente, o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 já estabelecia que eram cabíveis, no tribunal do júri, a transação penal e a composição dos danos civis, nas hipóteses de conexão e continência. Mas, com a redação dada pela Lei 11.689/2008, o novo dispositivo legal não deixa dúvidas de que também cabe quanto à infração desclassificada.

Se a desclassificação ocorre para infração que não é de menor potencial ofensivo, por exemplo para lesão corporal seguida de morte, o juiz-presidente deve prolatar imediatamente a sentença condenatória.

Contudo, no caso de infração penal de menor potencial ofensivo, o juiz-presidente deve prolatar a decisão desclassificatória (esta é a “sentença” a ser prolatada “em seguida”), cujo fundamento é apenas o próprio veredicto do tribunal do júri (conselho de sentença), sem exame probatório, realizando os demais atos devidos (leitura pública da decisão, lavratura da ata etc.) e encerrando a sessão de julgamento. Não deve prolatar imediatamente a sentença condenatória, uma vez que talvez sejam cabíveis os referidos institutos dos arts. 69 *et seq* da Lei 9.099/1995.

Tampouco será o caso de receber novamente a denúncia, citar o acusado, fazer nova instrução criminal etc., como se fosse um procedimento sumaríssimo dos juizados especiais criminais.

Também não é hipótese de conflito negativo de competência, tendo em vista a soberania dos veredictos. Eventual impugnação deverá vir por meio de apelação (art. 593, CPP), se cabível (por exemplo, a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos – art. 593, III, “d”).

Na própria sessão de julgamento, o membro do Ministério Público já deverá ser intimado para se manifestar, inclusive sucessivamente se cabíveis ambas, sobre transação penal e sobre suspensão condicional do processo, seguindo-se os trâmites estabelecidos na Lei 9.099/1995.

Não sendo caso de transação penal e tendo sido proposta, aceita e homologada a suspensão condicional do processo, afinal o juiz-presidente declarará extinta a punibilidade, quando tiver transcorrido o prazo do *sursis* processual sem revogação (art. 89, § 5º, Lei 9.099/1995). Diversamente, se devidamente revogada a suspensão condicional do processo, prolatará a sentença condenatória.

Se a desclassificação foi feita para crime de ação penal pública condicionada à representação (condição de procedibilidade), por exemplo de homicídio doloso na forma tentada para lesão corporal leve, como proceder? Há prazo decadencial?

Por um lado, o ofendido deve ser “comunicado” da “sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem”, nos termos do art. 201, § 2º, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.690/2008). Portanto, pensamos que o ofendido

deve ser intimado tanto da decisão desclassificatória quanto, cumulativamente, da faculdade de, querendo, oferecer representação.

Por outro, não faria sentido que o prazo decadencial corresse contra o ofendido, tendo em vista que o Estado, por meio da investigação criminal, da denúncia, do recebimento desta e da pronúncia, fez com que acreditasse que não se tratava de crime de ação penal pública condicionada à representação. Todavia, tendo em vista os princípios constitucionais da duração razoável do processo e da celeridade, bem como o regime jurídico da condicionalidade à representação, com decadência e extinção da punibilidade, também não faz sentido que o ofendido não tenha prazo, nem consequência alguma decorrente de sua inércia.

Desse modo, a nosso ver, é cabível a aplicação analógica do art. 38 do CPP ao presente caso, conforme admite o art. 3º do CPP. O ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado da intimação da decisão desclassificatória (cumulada com intimação para, querendo, oferecer representação), de forma análoga a que ocorre do prazo contado do dia em que vem a saber quem foi o autor do crime¹¹⁷.

Comparecendo em juízo, o ofendido pode, desde logo, dizer que não deseja representar, diante do que o juiz declarará, imediatamente, a extinção da punibilidade¹¹⁸. O ofendido também poderá não se manifestar se fará ou não a representação, reservando-se o direito de melhor refletir a respeito; contudo, se não oferecer a representação em seis meses contados da referida intimação, ocorrerá a extinção da punibilidade.

Por fim, note que, nos termos da Súmula 191 do STJ, “A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o tribunal do júri venha a desclassificar o crime.”

9.5.16.4 Absolvção, desclassificação e crimes conexos

Quanto ao que ocorre com os crimes conexos, na primeira fase do procedimento do tribunal do júri (*iudicium accusationis*), diante da impronúncia, desclassificação e absolvição sumária, veja, respectivamente, a parte final dos itens 9.5.4.3, 9.5.4.4 e 9.5.4.5.

Se há vários crimes em julgamento perante o tribunal do júri, onde um é crime doloso contra a vida e  outros crimes foram atraídos para o júri por força de conexão ou continência, o crime doloso contra a vida deve ser julgado primeiramente.

Se, na primeira fase do procedimento do tribunal do júri (*iudicium accusationis*), ocorrem a desclassificação (para crime de competência do juiz singular), absolvição sumária ou impronúncia quanto ao crime que seria de competência do tribunal do júri, o que fazer com os crimes conexos que não eram de competência do tribunal do júri? É o tema do art. 81, parágrafo único, do CPP¹¹⁹. Nesses casos, os crimes conexos

¹¹⁷ Diversamente, NUCCI, *Tribunal do júri*, 2008, p. 351-352, entende que a mudança de classificação, por exemplo, de homicídio doloso na forma tentada para lesão corporal, trata-se de fato superveniente que “deve ser considerado para efeito de não impedir que a vítima exerça seu direito de representação, mas não há necessidade de se permitir a abertura de um prazo de seis meses para tanto”. Basta que ela seja intimada a comparecer ao Juizado, manifestando, por termo, seu intento. Caso não deseje a punição do agente, aí juiz pode extinguir a sua punibilidade de imediato.”

¹¹⁸ Conforme fundamentamos no item 9.9.2.3, entendemos que a renúncia ao direito de representação, pelo menos no âmbito da Lei 9.099/1995, é causa de extinção da punibilidade (art. 107, V, CP, por interpretação sistemática da Lei 9.099/1995).

¹¹⁹ Art. 81, parágrafo único, CPP: *Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente.*

serão remetidos ao juiz competente. Como não há tanto juiz para o imenso território brasileiro, geralmente o juiz sumariante também é o juiz competente, conforme respectiva lei de organização e divisão judiciária. A regra do parágrafo único do art. 81 do CPP, aplicável ao juiz sumariante, é diferente da regra geral do seu *caput*¹²⁰, que é aplicável aos demais órgãos jurisdicionais, conforme vimos no item 8.7.5, que trata da prorrogação de competência do 81 do CPP.

Quando o conselho de sentença condena ou absolve o crime doloso contra a vida, não há (nem havia antes da Lei 11.689/2008) dúvida de que prossegue julgando os crimes conexos *não-dolosos contra a vida* (ou seja, os crimes que seriam de competência do juiz singular, se não fosse a conexão). Quando condena ou absolve, o tribunal do júri está afirmando sua própria competência e, portanto, o conselho de sentença continua competente para julgar os crimes conexos. A hipótese de absolvição, que poderia ser questionável, foi expressamente prevista no art. 81, *caput*, do CPP, para qualquer órgão jurisdicional, inclusive, portanto, o tribunal do júri.

Também não oferece (nem oferecia antes da Lei 11.689/2008) dificuldade a hipótese de estar submetido ao tribunal do júri apenas crime doloso contra a vida. Nos termos do art. 74, § 3º, e art. 492, § 1º, do CPP (anteriormente § 2º), se o tribunal do júri, por meio do conselho de sentença, desclassificá-lo para crime de competência do juiz singular, ao juiz-presidente competirá julgá-lo, prolatando, conforme entendimento do juiz-presidente, a respectiva sentença.

Contudo, antes da Lei 11.689/2008, havia uma grande divergência, na doutrina e na jurisprudência, quanto a quem era competente para julgar os crimes conexos *não-dolosos contra a vida*, quando o conselho de sentença desclassificava o crime doloso contra a vida para crime diverso, se era o conselho de sentença (art. 81, *caput*) ou o juiz-presidente (art. 74, § 3º, c/c o antigo § 2º do art. 492).

O art. 492, § 2º, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008) solucionou a controvérsia:

§ 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.

Interessante notar que o texto legal pressupõe que há apenas um crime doloso contra a vida em julgamento. Mas, o que fazer se houver mais de um crime doloso contra a vida em julgamento, reunidos em razão de conexão ou continência, e apenas um deles for desclassificado?

Ora, tanto o crime desclassificado quanto os demais crimes conexos continuarão a ser julgados pelo conselho de sentença, pois este terá afirmado sua competência, quando condenar ou absolver pelo menos um dos crimes dolosos contra a vida.

9.5.16.5 Publicação e intimação

A publicação (no sentido técnico do processo penal) ocorrerá pela leitura da sentença no plenário do tribunal do júri. Nos termos do art. 493 do CPP, “A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento.”

¹²⁰ Art. 81, *caput*, CPP: *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.*

As partes presentes na sessão de julgamento estarão intimadas com a referida publicação, ou seja, com a leitura da sentença no plenário do tribunal do júri, nos termos do art. 798, § 5º, “b”, do CPP.

Se o julgamento foi realizado sem a presença do acusado (ausência agora admissível nos termos do art. 457, *caput* e § 2º), o acusado deverá ser intimado pessoalmente da decisão ou sentença.

Apesar dos dispositivos legais que dispensam a intimação do réu solto em alguns casos, é praticamente pacífica, na doutrina e na jurisprudência, a necessidade de intimação do réu, pessoalmente ou por edital (se não for encontrado) e do defensor, seja o réu preso, foragido ou em liberdade provisória e seja o defensor constituído ou dativo, em razão do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CR), salvo se for sentença absolutória própria (sem imposição de medida de segurança), quando se admite a intimação de um ou outro.

Impondo-se a intimação do réu e do defensor, o prazo recursal passa a correr da última intimação, indiferentemente da ordem.

9.5.17 Ata dos trabalhos

A seção “da ata dos trabalhos” abrange os arts. 494 a 496 do CPP (com da redação dada pela Lei 11.689/2008).

De cada sessão de julgamento do júri o escrivão lavrará ata, assinada pelo presidente e pelas partes (art. 494, CPP). Antes da Lei 11.689/2008, previa-se apenas as assinaturas do juiz-presidente e o membro do Ministério Público.

Doravante, tendo em vista o vocábulo “partes”, também o advogado ou defensor do acusado e, se presente, o advogado do assistente do Ministério Público deverão assiná-la.

O art. 495 do CPP estabelece que informações devem constar da ata.

Essas informações são especialmente importantes para a eventual interposição de recurso pelas partes.

Por exemplo, a ata pode evidenciar que ocorreu nulidade, ensejando apelação, nos termos do art. 593, III, “a”, do CPP.

O registro dos debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos (art. 495, XIV, do CPP) possibilitará, por exemplo, a apelação quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”), especialmente no que tange às teses defensivas, uma vez que o quesito absolutório genérico poderá impossibilitar, de modo geral, saber qual a tese alegada.

9.5.18 Atribuições do presidente do tribunal do júri

A seção “das atribuições do presidente do tribunal do júri” é constituída pelo art. 497 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008).

O juiz-presidente possui uma enorme variedade de atribuições, conforme art. 497 do CPP, além de outras.

Conforme já visto (item 9.5.14), com a Lei 11.689/2008 foi-lhe atribuída, expressamente, a competência para regulamentar os apartes (art. 497, XII).

12 PERSECUÇÃO CIVIL *IN IUDICIO* I: AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

[...]

12.3 Execução civil da sentença penal condenatória transitada em julgado

A sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo judicial (art. 584, II, CPC).

Conforme o novo inciso IV do art. 387 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008), o juiz fixará, na sentença penal condenatória, valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, a execução civil poderá ser efetuada por esse valor fixado (art. 63, parágrafo único, do CPP, acrescido pela Lei 11.719/2008).

Além da execução civil por esse valor fixado, também poderá ser feita a liquidação da sentença penal condenatória, no juízo cível, para a apuração do dano efetivamente sofrido. Após a liquidação, poderá ser intentada diretamente a execução civil, também quanto ao valor que excede àquele fixado originariamente na sentença penal condenatória.

[...]



14 SUJEITOS DO PROCESSO

14.3 Ministério Público

[...]

O art. 257 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008, é compatível com as normas constitucionais ao estabelecer que ao Ministério Público cabe: “I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II – fiscalizar a execução da lei”. Obviamente, se fosse diferente, prevaleceriam as normas constitucionais.

14.6 Defensor e curador

[...]

Nos termos do art. 264 do CPP, salvo motivo relevante, os advogados serão obrigados a prestar seu patrocínio aos acusados quando nomeados pelo Juiz (art. 264, CPP). Entretanto, segundo Scalabrini¹²¹:

No âmbito da assistência judiciária gratuita, o advogado somente está obrigado a atender as indicações vindas da OAB [o autor remete à Lei 8.906/1994 – EAOAB, art. 34, XII], sendo-lhe apenas facultado aceitar nomeação feita diretamente pelo juiz [Lei nº 1.060/50, art. 5º, § 3º]. “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público...” [EAOAB, art. 6º, caput]. A advocacia ad hoc é, portanto, voluntária e sua recusa não gera qualquer penalidade [para o autor, o art. 14, caput, da Lei 1.060/50 foi derogado pelo art. 6º, caput, do EAOAB].

O art. 265, *caput*, do CPP estabelece que “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz”. Além disso, impõe-lhe, no caso de descumprimento, a pena de multa de dez a cem salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

À primeira vista, tanto o “motivo imperioso” quanto a imposição de multa desafiam a constitucionalidade.

Quanto aos defensores públicos, têm regimes jurídicos previstos nas respectivas leis complementares (art. 134, § 1º, CR), que não podem ser afastados por lei ordinária.

Quanto aos advogados, como defensores constituídos, *ad hoc* ou dativos, não se lhes pode retirar, do ponto de vista constitucional, o direito de patrocinar ou não determinada causa ou cliente, nem invadir a competência administrativa específica da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por fim, não haveria devido processo legal, contraditório e ampla defesa quanto à imposição de multa, o que, constitucionalmente, melhor se adequaria a procedimento administrativo disciplinar da própria instituição, como OAB e Defensoria Pública. O processo penal, definitivamente, não é o procedimento adequado para o defensor se defender de eventual multa, pois não é réu nele, e sim o defensor *do réu*.

¹²¹ SCALABRINI, Jairo Henrique. Cartilha de prerrogativas e direitos do advogado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 912, 1 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7761>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

Certamente o defensor é responsável por seus atos, como seria o caso de, pura e simplesmente, abandonar seu cliente, causando-lhe prejuízo. Todavia, por um lado, eventual sanção disciplinar lhe deve ser imposta pela respectiva instituição, com o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e, por outro, a correspondente indenização ao cliente demanda ação civil específica. Na hipótese de o defensor, injustificadamente, deixar de defender seu cliente, por exemplo não comparecendo a uma audiência sem motivo, o juiz deve, isto sim, comunicar à respectiva instituição, para que esta tome as providências disciplinares que entender cabíveis.

O art. 265 do CPP vai mais longe e estabelece:

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

§ 2º 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.

A aplicação literal desses dispositivos, sem uma melhor avaliação pelo juiz, pode afrontar o princípio constitucional da ampla defesa. A celeridade processual não pode ser pretexto para se afrontarem, abusivamente, direitos fundamentais dos réus, transformando o direito de defesa em mera abstração. Como se verifica facilmente no cotidiano forense, normalmente defensores *ad hoc* e mesmo dativos ingressam em audiências de instrução incapazes de, efetivamente, defenderem seus clientes, por desconhecerem a causa. A defesa, assim, torna-se um faz-de-conta. O juiz não é um inquisidor, mas, antes de tudo, um garante de direitos fundamentais.

[...]



15 TEORIA DA PROVA

15.1 Introdução

15.1.1 Definições, finalidade, destinatário e elementos – provas antecipadas, cautelares e não-repetíveis, e elementos informativos

Prova, em sentido comum, é tudo que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. *Em sentido jurídico*, há quem empregue o vocábulo¹²² com o significado de atos e meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados; contudo, nessa linha, melhor ficaria como atos e meios utilizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados.

Entretanto, o vocábulo prova é polissêmico, possuindo vários sentidos, mesmo juridicamente; por exemplo: prova como fonte, prova como manifestação, prova como atividade, prova como resultado, prova como meio de prova e prova como meio de obtenção de prova.

A *prova como fonte* se refere às pessoas e coisas utilizadas como prova, consideradas como fontes dos estímulos sensoriais que chegam à percepção da entidade decisora (por exemplo, o juiz) sobre um fato.

A *prova como manifestação da fonte* refere-se à prova pessoal, na qual podemos distinguir entre a pessoa (por exemplo: a testemunha) e sua manifestação (por exemplo: o testemunho, as declarações ou depoimento da testemunha).

A *prova como atividade probatória* é o ato ou conjunto de atos tendentes a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou inexistência de um fato. Por exemplo, quando nos referimos a interrogatório como prova, estamos considerando a prova como atividade, ou seja, concentrando-nos no ato judicial de interrogar. Mas podemos nos referir a outros aspectos desse ato como a pessoa (o réu) e sua manifestação (as declarações do réu).

A *prova como resultado*, conforme Germano Marques da Silva¹²³, é a convicção da entidade decisora, formada no processo, sobre a existência ou não de uma dada situação de fato.

Podemos distinguir, ainda, entre meios de prova e meios de obtenção de prova¹²⁴. Os *meios de prova* são as coisas, pessoas e suas manifestações (declarações, documentos etc.) que podem levar estímulos sensoriais à percepção da entidade decisora e formar sua convicção sobre a existência ou não de um fato. Os *meios de obtenção de prova* são os meios que permitem a obtenção dessas coisas, pessoas e manifestações. Nesse sentido, por exemplo a busca de um documento, em cumprimento de um mandado de busca e apreensão, é um meio de obtenção de prova. O documento que está sendo procurado e que, se encontrado, poderá ser

¹²² ARANHA, *Da prova no processo penal*, 1994, p. 5.

¹²³ SILVA (Germano Marques da), *Curso de processo penal*, 1993, v. II, p. 81. Conforme nota de rodapé, esse autor se inspirou em João de Castro MENDES (*Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: 1961), que define a prova como resultado da seguinte forma: *Prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão.*

¹²⁴ SILVA (Germano Marques da), *Curso de processo penal*, 1993, v. II, p. 81.

apreendido é que é o meio de prova. A distinção não é absolutamente rigorosa, pois o cumprimento de um mandado de busca e apreensão que não tenha êxito pode, dependendo do caso, vir a formar a convicção de um juiz sobre a inexistência de um fato, cuja existência dependeria do documento procurado e não encontrado.

A *prova como meio*, assim, seria o instrumento probatório para formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou não de uma dada situação de fato¹²⁵.

A *finalidade da prova* é o convencimento do juiz, ou, em termos mais genéricos, a formação da convicção da entidade decisora sobre a existência ou não de um fato.

O *destinatário da prova* é o órgão jurisdicional (juiz ou tribunal) ou, em termos mais genéricos, é a entidade decisora.

Esses entendimentos sobre a finalidade e o destinatário da prova decorrem de, em última análise, competir ao órgão jurisdicional tanto decisões cruciais relativas ao andamento da investigação criminal quanto ao nascimento e prossecução do processo, como decidir sobre medidas cautelares pessoais (prisão provisória) e reais (busca e apreensão domiciliares), rejeitar liminarmente a denúncia ou queixa (iniciar ou não o processo penal propriamente dito), condenar ou absolver etc. Do ponto de vista lógico, contudo, a finalidade e o destinatário dependem do referencial ou perspectiva adotada.

Assim, se considerarmos que o Ministério Público é um órgão estatal e tem a atribuição de, na quase totalidade dos casos, propor a ação penal (requerer a instauração do processo penal propriamente dito), podemos dizer que, na fase pré-processual, as provas também têm como finalidade o convencimento do Ministério Público (ou a formação da sua *opinio delicti*) e como destinatário o MP.

Elementos de prova são todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção da entidade decisora (juiz, tribunal etc.).

Fato probando é o fato que se deseja provar.

Objeto da prova é o fato que exige comprovação (fato probando).

Sujeito da prova ou *fonte da prova* é a pessoa de quem provém a prova ou a coisa de onde promana a prova.

Forma da prova é o modo como se revela a prova.

Quanto à noção e ao regime jurídico da *prova emprestada*, tratamos do assunto no item 15.12.2.3 (descoberta de outras infrações penais e prova emprestada em processos criminais e civis), ao qual nos remetemos.

As *provas ilícitas* e *ilegítimas*, por sua vez, são tratadas logo adiante, no item 15.1.3.

Por fim, conforme vimos no item 5.10 (valor probatório e dispensabilidade), seria cabível se fazer a distinção entre "atos de investigação", que são as "provas" "coletadas" (realizadas) durante investigação criminal, e "atos de prova", que são aquelas produzidas durante o processo penal.

O art. 155, *caput*, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.690/2008), ao distinguir entre "prova produzida em contraditório judicial" e "elementos informativos colhidos na investigação".

¹²⁵ *Ibidem*, p. 82.

A insistência nessa distinção decorre da dificuldade cultural, baseada na tradição jurídica inquisitiva, de o juiz se “libertar” da prova coletada no inquérito policial.

Portanto, parte do falso pressuposto de que, distinguindo a terminologia, o juiz, finalmente, fundamentaria sua sentença exclusivamente na prova produzida em juízo, sob contraditório e ampla defesa. Ainda que a prova tivesse sido colhida na fase inquisitorial, ela deveria ser produzida no processo.

Contudo, a nova redação do *caput* do art. 155 do CPP, ao mesmo tempo que indica a distinção, torna-a ineficaz, pois possibilita que os “elementos informativos” sejam utilizados na fundamentação de sentença, conforme veremos no item 15.1.4.7.

Preferimos a terminologia “prova processual” (produzida em juízo, sob contraditório e ampla defesa) e “prova inquisitorial” (coletada na persecução criminal *extra iudicio*, seja pré-processualmente, em um inquérito policial ou outra investigação criminal, seja, simplesmente, fora do processo judicial). Afirmar que a prova é inquisitorial, a nosso ver, é bem mais efetivo para deixar claro que não houve contraditório, nem ampla defesa, em vez do eufemismo “elementos informativos”, os quais continuam, pelo menos no texto legal, a fundamentar sentença.

Enfim, há provas inquisitoriais (“elementos informativos ou “atos de investigação”) e provas processuais (“provas”, “prova produzida em contraditório judicial” ou “prova produzida sob contraditório e ampla defesa”).

As “provas cautelares”, as “provas antecipadas” e as “provas não repetíveis” são referidas no art. 155, *caput* (com a redação dada pela Lei 11.690/2008), e o art. 473, § 3º (com a redação dada pela Lei 11.689/2008), todos do CPP.

A “prova antecipada” é aquela produzida em juízo, sob contraditório e ampla defesa, antes do momento da instrução criminal, se determinadas razões cautelares ocorrerem. Pode ocorrer na fase pré-processual (durante inquérito policial ou outra investigação criminal) ou mesmo durante o processo penal *stricto sensu*.

Por exemplo, nos termos legais, se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice (ou idade avançada), inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista (CPP) ou esteja impossibilitada de depor (CPPM e CPC), o juiz poderá, “de ofício” ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente  depoimento (art. 225 do CPP, art. 363 do CPPM e arts. 847 do CPC).

No CPC, a produção antecipada de provas encontra-se prevista nos arts. 846 a 851, que são aplicáveis subsidiariamente ao processo penal.

Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.

Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439.

Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem.

No processo penal, a produção antecipada de provas somente deve ser admitida se estiverem presentes seus pressupostos de produção (art. 156, I, CPP): a) admissibilidade; b) necessidade; c) adequação; d) proporcionalidade em sentido estrito; e) possibilidade; f) urgência; g) relevância. Veja, a respeito, o item 15.1.7.4.

A prova antecipada é produzida sob contraditório e ampla defesa, sua produção exige fundamento cautelar e ela já é prova do processo penal *stricto sensu*.

A prova cautelar pode não ser produzida em juízo, sob contraditório, nem ser prova do processo penal *stricto sensu*. Por exemplo, a busca e apreensão não-domiciliar de coisa, na fase de inquérito policial, para preservá-la, possibilitando futuros exames. Todavia, a justificação, para subsidiar revisão criminal, é prova cautelar produzida em juízo, sob contraditório (arts. 861 a 866 do CPC c/c art. 3º do CPP).

A prova antecipada é uma prova cautelar, mas nem toda prova cautelar é, tecnicamente, uma prova antecipada.

A prova não repetível (ou não-repetível) é aquela que não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Por exemplo: a) uma perícia em lesões corporais, que, depois de examinadas, não deixaram mais vestígios; b) um reconhecimento de pessoa, cuja pessoa que reconheceu desapareceu ou faleceu.

Qualquer prova, em princípio, pode ser prova não-repetível, seja prova antecipada, cautelar, não-antecipada, inquisitorial ou processual.

Mesmo as provas não-repetíveis, como pode ocorrer com a perícia, devem ser contraditáveis, para que possam ser produzidas no processo penal principal. Por exemplo, pode-se questionar se determinado perito tem a competência técnica para tirar as conclusões que f

[...]



15.1.3 Provas ilícitas e ilegítimas

15.1.3.1 Noção, classificação e constitucionalidade da definição de prova ilícita

A Constituição Federal estabelece que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, LVI, da CR). Mas, o que seriam "provas obtidas por meios ilícitos"? Qual o regime jurídico de tais provas ou, em outras palavras, qual a consequência da obtenção da prova por meios ilícitos?

Vários autores brasileiros¹²⁶ se inspiraram em Pietro Nuvolone para estabelecer o que são as provas obtidas por meios ilícitos ou, mais sinteticamente, provas ilícitas, distinguindo-as das provas ilegítimas.

¹²⁶ Por exemplo, dentre outros: GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, *Nulidades no processo penal*, 1993; ARANHA, *Da prova no processo penal*, 1994; LIMA, *A prova penal*, 2002.

Nessa linha, as provas proibidas ou ilegais podiam ser classificadas como:

a) provas ilícitas: as que violam norma de direito material. As provas ilícitas dizem respeito à obtenção ou coleta da prova. Por exemplo, as declarações do indiciado ou réu colhidas sob tortura. No caso, há violação de uma norma material, a saber, a norma penal incriminadora que prevê a conduta como crime de tortura (Lei 9.455/1997);

b) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente: as que violam norma de direito material e processual simultaneamente. Por exemplo, a realização de busca e apreensão por um delegado de polícia com violação de domicílio, sem mandado judicial e sem flagrante delito. No caso, há violação de norma penal, pois a conduta é prevista como crime comum de abuso de autoridade (Lei 4.898/1965, art. 3º, b), bem como de norma processual, que estabelece os requisitos para realização de busca e apreensão domiciliares (art. 240 a 250 do CPP c/c art. 5º, XI, CR);

c) provas ilegítimas: as que violam norma de direito processual. As provas ilegítimas dizem respeito à produção da prova. Por exemplo, a elaboração do laudo pericial com apenas um perito quando a lei exigia dois peritos (art. 159, *caput*, do CPP, na redação revogada que era dada pela Lei 8.862/1994).

As provas ilegítimas já teriam seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades. Havendo violação de norma processual, estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo. O mesmo poderia ocorrer com as provas simultaneamente ilícitas e ilegítimas.

As provas ilícitas, como entendidas acima, é que necessitariam da previsão constitucional, estabelecendo sua inadmissibilidade no processo, pois, do contrário, poderiam ter eficácia, em virtude de nem sempre violarem norma processual. A sua inadmissibilidade no processo significa que devem ser desentranhadas do processo, para que não sirvam de base a uma decisão ou sentença judicial.

Comissão instituída pelo ministro da Justiça para elaboração de anteprojetos de reforma do Código de Processo Penal, tendo como presidente Ada Pellegrini Grinover, definiu provas ilícitas, conforme consta no Projeto de Lei 4205/2001, como "as obtidas em violação  princípios ou normas constitucionais". Englobaria, portanto, tanto as normas constitucionais materiais quanto as processuais. Os autores do projeto não adotaram a teoria mais em voga no direito constitucional de que as normas se subdividem pelos menos em regras e princípios.

O Projeto de Lei 4205/2001 foi transformado na Lei 11.690/2008, a qual deu a seguinte redação ao *caput* do art. 157 do CPP:

São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição (*vide* item 4.3.2), a referência a "normas *constitucionais*", no novo art. 157 do CPP, diria respeito tanto a normas materiais quanto a normas processuais. Isso ocorreria porque a afronta a uma norma constitucional, na sua função fundamentadora de validade (*vide* item 4.1), e, portanto, teria a grave consequência de sua inadmissibilidade. Além disso, o vocábulo *norma* engloba todas as espécies normativas, sejam princípios, regras, postulados ou valores.

Todavia, a expressão “normas *legais*” deve ser entendida de maneira restritiva, pois, do contrário, não distinguiríamos entre prova ilícita e prova nula (“ilegítima”), portanto entre os regimes jurídicos da ilicitude (inadmissibilidade) e da nulidade.

Desse modo, numa interpretação declarativa do novo art. 157 do CPP:

a) provas ilícitas são as que violam:

a.1) normas constitucionais, de direito constitucional tanto material quanto processual;

a.2) normas legais, de direito infraconstitucional material;

b) provas ilegítimas são as que violam normas legais de direito infraconstitucional processual;

c) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente são as que violam, simultaneamente, normas constitucionais (materiais ou processuais) e normas infraconstitucionais processuais.

O novo art. 157 do CPP tem a mais abrangente definição de prova ilícita cogitada pela doutrina, mesmo com a interpretação restritiva que se possa dar à expressão “norma legal”.

A rigor, todavia, a Constituição não define provas ilícitas em seu art. 5º, LVI. Por conseguinte, o sentido constitucional pode ser mais restrito do que o do novo art. 157 do CPP. Trata-se de conceito indeterminado, com o que ocorre reserva legal simples (ou simples restrição legal).

Nessa linha de raciocínio, a própria Constituição distingue entre normas materiais e processuais. No art. 22, inciso I, diz que compete privativamente à União legislar sobre “direito *penal*” e “direito *processual*”. No art. 24, inciso XI, estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimento em “matéria *processual*”. No art. 5º, XL, institui que a “lei *penal*” não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, mas não o diz quanto à “lei *processual*”.

Ademais, um conceito indeterminado como “devido processo legal” (art. 5º, LIV, CR), que é norma constitucional e abrange todo o processo, inclusive suas provas, seria tão amplo que impediria, de maneira generalizada e abstrata, o saneamento ou convalidação de quaisquer provas, mesmo com irregularidades meramente processuais sem maior importância. Em outras palavras, a violação ao princípio constitucional do devido processual legal acabaria com a distinção prova ilícita e prova nula (“ilegítima”). Seria um exagero libertário incompatível com o “sistema constitucional”, o qual tanto prevê o direito individual de liberdade quanto o direito social de segurança pública.

Deve ser encontrada uma interpretação razoável que confira prevalência ao direito de liberdade, mas não supremacia sobre os demais direitos, deveres, objetivos e valores constitucionais.

No entanto, pode haver violações tão graves a normas constitucionais processuais que justifiquem que sejam consideradas como provas ilícitas, sujeitas à inadmissibilidade, ao desentranhamento e à preclusão da produção probatória, ou até mesmo à destruição da prova. A jurisprudência e a doutrina terão que construir tais hipóteses, conforme o caso.

Por exemplo, a hipótese de produção da prova testemunhal desfavorável à defesa, com falta de defesa, seria uma violação tão grave ao princípio constitucional

da ampla defesa (art. 5º, LV, CR) que deveria ser reconhecida como prova ilícita, desentranhando-se os respectivos termos de depoimento dos autos.

Enfim, numa interpretação constitucional mais rigorosa, provas ilícitas são as que violam: a) norma constitucional, de direito constitucional material; b) norma legal, de direito infraconstitucional material; c) norma constitucional, de direito constitucional processual, na hipótese de violação grave.

Como veremos adiante, a noção da limitação da fonte independente à prova derivada da ilícita também enfrenta a questão da constitucionalidade (*vide* itens 15.1.3.5 a 15.1.3.7).

15.1.3.2 Provas ilícitas no processo penal estadunidense (exclusionary rule)

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direitos constitucionais do indiciado/acusado é originário do processo penal dos Estados Unidos da América¹²⁷. Portanto, vejamos sua gênese para melhor compreendê-lo.

Segundo Jerold H. Israel e Wayne R. LaFave, no contexto da 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, a proibição contra a admissão, no processo, de prova obtida inconstitucionalmente tem sido conhecida como "princípio da exclusão" ou, conforme denominação mais empregada em português, "regra de exclusão" ("exclusionary rule")¹²⁸, que equivale, em terminologia brasileira, ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou princípio da licitude. Entretanto, menos freqüentemente, também têm sido denominadas "regra de exclusão" as referências à 6ª Emenda, ao devido processo legal e ao princípio da não-auto-incriminação. Portanto, melhor se diriam "regras de exclusão" ("exclusionary rules"), no plural.

Em 1914, no caso *Weeks versus United States*¹²⁹, a Suprema Corte americana estabeleceu que o "princípio da exclusão" ("exclusionary rule") era aplicável aos processos federais¹³⁰. Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que prova obtida com violação à 4ª Emenda por "policiais federais" seria banida de um processo federal¹³¹.

Entretanto, as cortes estaduais americanas resistiram à adoção do "princípio da exclusão", chegando ao ponto de, em 1949, trinta cortes estaduais o rejeitarem.

Em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*¹³², a Suprema Corte americana estendeu o "princípio da exclusão" aos processos estaduais, afirmando que toda prova obtida por meio de buscas e apreensões (e prisões) com violação da Constituição é inadmissível numa corte estadual¹³³.

Até o caso *Mapp v. Ohio*, cinco fundamentos surgiram para a exclusão de provas ilícitas: 1) as implicações da 5ª Emenda; 2) a necessidade de impedir uma violação continuada à privacidade individual por meio da introdução da prova ilícita; 3) as implicações naturais do direito de recurso; 4) o imperativo da integridade judicial; 5) a necessidade de dissuadir (prevenir) futuras violações¹³⁴. Desde o caso *Mapp v.*

¹²⁷ HENDLER, *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, 1996, p. 200.

¹²⁸ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 262.

¹²⁹ EUA, Suprema Corte, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914).

¹³⁰ Nos EUA, há pluralidade processual, no sentido de haver um sistema processual penal federal e vários sistemas processuais penais estaduais.

¹³¹ ISRAEL e LaFAVE. *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 269.

¹³² EUA, Suprema Corte, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed. 2d. 1081 (1961).

¹³³ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 270.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 271.

Ohio, os três primeiros foram completamente rejeitados pela Suprema Corte, o quarto passou a ter uma importância claramente secundária e o quinto emergiu como a razão crucial.

A justificação primária para o "princípio da exclusão", no caso *Weeks v. U.S.*, foi a necessidade de evitar a confirmação judicial de ações inconstitucionais da polícia. As cortes não poderiam tornar-se cúmplices da desobediência intencional da Constituição, a qual elas tinham jurado preservar (caso *Elkins v. U.S.*, 1960)¹³⁵. A exclusão da prova ilícita assegura às pessoas – todas potenciais vítimas de conduta estatal ilícita – que o governo não terá proveito de sua conduta ilícita, minimizando-se, assim, o risco de seriamente minar a confiança popular no *governo* (caso *U.S. v. Calandra*, 1974)¹³⁶. O entendimento majoritário posterior, contudo, deu menor peso ao fundamento da "integridade judicial"¹³⁷.

Como vimos, o fundamento que se tornou prevalecente foi o da dissuasão ou prevenção de futuras violações. O propósito do "princípio da exclusão" é dissuadir, intimidar, prevenir – compelir ao respeito pelas garantias constitucionais da única maneira válida efetivamente – pela remoção do incentivo ao seu desrespeito (caso *Elkins v. U.S.*, 1960). A finalidade primordial do "princípio da exclusão", se não a única, é prevenir a conduta policial ilícita (caso *U.S. v. Janis*, 1976)¹³⁸. Mais do que um direito individual da parte lesada, é um "remédio jurídico" criado judicialmente com a destinação de proteger as normas constitucionais da 4ª Emenda Constitucional, geralmente por meio do seu efeito preventivo ou dissuasivo (caso *U.S. v. Calandra*, 1974), o que vem sendo repetido pela maioria da Suprema Corte em quase todas as principais discussões posteriores sobre o "princípio da exclusão"¹³⁹.

Se um policial obtém uma prova mediante uma busca e apreensão feitas com violação ilegal de domicílio e tal prova não é admitida no processo em razão do "princípio da exclusão" (ou princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos), isso dissuadirá o policial de continuar, em casos futuros, a agir assim, pois seu esforço de nada valerá.

No caso do Brasil, por exemplo, o número de condenações de policiais por crime de abuso de autoridade ou por crime de tortura é baixíssimo, apesar das notícias constantes de tais práticas na obtenção de provas. O raciocínio de que uma prova obtida ilicitamente por um policial poderia ser admitida, mas punindo-se criminalmente o policial  ilicitude, é um incentivo a que policiais continuem a obter provas ilicitamente, tendo em vista esse baixo índice de condenações.

Portanto, o escopo principal do princípio da licitude, nos moldes em que vem sendo entendido nos Estados Unidos, aplica-se adequadamente ao contexto brasileiro, a saber, o de prevenir futuras violações das normas constitucionais. De que valerá um policial obter uma confissão mediante tortura, se tal confissão não for admitida no processo? Que vantagem terá o policial em apreender um objeto com violação ilegal de domicílio, se tal prova não for admitida?

Entretanto, no Brasil, têm havido grande dificuldade de se inadmitir prova obtida por meio ilícito quando se acredita na sua veracidade. Como se ignorar um objeto que foi visto e se sabe que existe? Isso decorre da quase milenar cultura inquisitiva

¹³⁵ EUA, Suprema Corte, *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 80 S.Ct. 1437, 4 L.Ed. 2d 1669 (1960).

¹³⁶ EUA, Suprema Corte, *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 94 S.Ct. 613, 38 L. Ed. 2d 561 (1974).

¹³⁷ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 275-6

¹³⁸ EUA, Suprema Corte, *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 96 S.Ct. 3021, 49 L.Ed. 2d 1046 (1976).

¹³⁹ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 277.

na qual estamos imersos, conforme desenvolvemos no item 1.5.1 sobre sistemas processuais. Essa cultura inquisitiva atribuiu a uma "verdade processual" um caráter absoluto e quase divino, que não poderia ser ignorada, seja qual fosse seu custo, pois uma tal verdade possibilitaria a ilusão de uma "justiça absoluta", a transcendência de uma justiça quase divina, aquela que tudo sabe e tudo conhece.

15.1.3.3 Exceção da boa-fé ao princípio da licitude (good faith exception)

O âmbito de aplicação do "princípio da exclusão" (*exclusionary rule*) – ou, na terminologia brasileira, "princípio da licitude" – poderia ser restringido? E poderia ser ampliado para situações que não fossem do âmbito do processo penal?

O objetivo do "princípio da exclusão" é prevenir, e não reparar. Assim, a exclusão da prova não deveria ocorrer na hipótese de não servir como prevenção contra futuras violações de norma constitucional.

Nessa linha, Jerold H. Israel e Wayne R. LaFave¹⁴⁰ discorrem sobre várias exceções à aplicação do "princípio da exclusão", englobadas na denominação "exceção da boa-fé", conforme veremos abaixo.

O juiz White, divergindo no caso *Stone v. Powell* (1976)¹⁴¹, entendeu que não se deveria aplicar o "princípio da exclusão" naquelas hipóteses em que um policial fizesse uma apreensão ilícita atuando na crença da boa-fé de que sua conduta estava conforme o direito existente e tendo motivos razoáveis para sua crença. A exclusão da prova ilícita, no caso, não teria efeito preventivo. Os dois critérios, portanto, seriam a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta. Entretanto, até agora, a maioria da Suprema Corte americana, no que tange à 4ª Emenda Constitucional, somente tem adotado uma versão limitada do enfoque do juiz White, para duas situações especiais.

Numa primeira hipótese da "exceção da boa-fé" (caso *U.S. v. Leon*, 1984¹⁴²), a Suprema Corte, em voto do juiz White pela maioria, entendeu que não se deveria excluir uma prova obtida por policiais atuando com confiança razoável em um mandado de busca expedido por um juiz neutro e imparcial, mas considerado finalmente como não fundado nos "indícios necessários para sua expedição" ("probable cause"), isso porque havia "prova suficiente" para criar desacordo entre juízes cuidadosos e competentes quanto à existência da "probable cause". A confiança dos policiais na determinação judicial da existência dos "indícios necessários" foi "objetivamente razoável", considerando-se como tal o que um "razoavelmente bem treinado policial" teria sabido.

Nessa hipótese, entendeu-se, ainda, que a exclusão da prova para se dissuadir juízes seria inapropriada, pois: a) o "princípio da exclusão" foi destinado a prevenir (desencorajar) a conduta policial irregular mais do que punir os erros dos juízes; b) não há provas sugerindo que magistrados sejam inclinados a ignorar ou subverter a 4ª Emenda Constitucional; c) não há qualquer base para acreditar que a exclusão de prova apreendida em conformidade com um mandado judicial terá um efeito dissuasivo significativo sobre magistrados. Como o policial justificavelmente confiou na prévia decisão judicial, não houve qualquer ilegalidade policial e, portanto, nada a se dissuadir. Numa análise de custo-benefício, como não havia qualquer benefício com a exclusão da prova, que seria a prevenção de futuras violações, não

¹⁴⁰ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 279-84.

¹⁴¹ EUA, Suprema Corte, *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 96 S.Ct. 3037, 49 L.Ed. 2d. 1067 (1976).

¹⁴² EUA, Suprema Corte, *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed. 2d 677 (1984).

se justificaria o custo da exclusão da prova, o qual incluiria a credibilidade das decisões judiciais da justiça criminal. Não basta, contudo, que haja a expedição de um mandado judicial, pois, por um lado, supõe-se a correta execução do mandado pelo policial, e, por outro, o mandado não pode ser de tal maneira deficiente – como no caso de não particularizar a coisa a ser apreendida ou o local em que se encontre – que a execução policial do mandado não possa ser presumida como razoavelmente válida. Por fim, também não se aplicaria a "exceção da boa-fé", se o policial sabe que o juiz tem "completamente abandonado sua função judicial"¹⁴³.

Numa segunda hipótese (caso *Ill v. Krull*, 1987¹⁴⁴), entendeu-se que a exceção da boa-fé (*good faith exception*) ao "princípio da exclusão" (*exclusionary rule*) também deveria ser reconhecido quando um policial atuasse confiando de maneira objetivamente razoável na lei estadual autorizadora da busca em questão, tendo a lei estadual, posteriormente, sido considerada como violadora da norma constitucional (da 4ª Emenda). Concluiu-se que: a) a aplicação do "princípio da exclusão", quando o policial razoavelmente confia na lei, teria pouco efeito preventivo nas ações policiais; b) os legisladores, como os juízes, não são o foco do "princípio da exclusão", bem como que nada indica que a aplicação do "princípio da exclusão" à prova apreendida em conformidade com uma lei, antes da declaração de sua invalidez (inconstitucionalidade), atuará como dissuasão significativa e adicional da elaboração ocasional de lei que mais tarde seja considerada inconstitucional. Todavia, o poder legislativo não pode abandonar *completamente* sua responsabilidade de elaborar leis constitucionalmente válidas e um policial não pode dizer que confia na "boa-fé" de uma lei desse tipo, quando um policial razoável deveria saber que uma tal lei era inconstitucional.

15.1.3.4 Extensão do "princípio da exclusão" (princípio da licitude) a procedimentos diversos

No sistema norte-americano, o "princípio da exclusão" tem sido aplicado a outras situações que não as do processo penal¹⁴⁵. Como exceção, não tem sido aplicado quanto à admissibilidade da acusação pelo "grande júri"¹⁴⁶, quando este decide que o caso pode ser levado a julgamento. Um réu não pode se defender da decisão do "grande júri" de levar o caso a julgamento alegando que o "grande júri" considerou a prova como obtida inconstitucionalmente (caso *Lawn v. U.S.*, 1958¹⁴⁷).

No sistema brasileiro, a situação não oferece maiores dificuldades, pois a Constituição brasileira, quando trata do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, refere-se genericamente a "processo", sem distinguir de que espécie e em que fase processual (art. 5º, LVI).

¹⁴³ Parece-nos que, no sistema brasileiro, a situação do policial se enquadraria na hipótese de se recusar ao cumprimento de ordem *manifestamente* ilegal, em razão de o juiz estar "completamente" se desviando ou abusando de suas funções judiciais.

¹⁴⁴ EUA, Suprema Corte, *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340, 107 S.Ct. 1160, 94 L.Ed.2d 364 (1987).

¹⁴⁵ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 284-91.

¹⁴⁶ Didaticamente, poderíamos comparar, no sistema judicial brasileiro, com uma pronúncia do juiz sumariante, admitindo que a acusação fosse levada ao tribunal do júri.

¹⁴⁷ EUA, Suprema Corte, *United States v. Lawn*, 355 U.S. 339, 78 S.Ct. 311, 2 L.Ed.2d 321 (1958).

15.1.3.5 A doutrina dos frutos da árvore venenosa (fruits of the poisonous tree doctrine) ou teoria da prova ilícita por derivação e as provas derivadas, nos EUA e no Brasil

Pode o "princípio da exclusão" aplicar-se à "prova derivada" ou "prova secundária"¹⁴⁸, ou seja, aquela que é resultante da prova ilícita? Neste sentido, surgiu a teoria da prova ilícita por derivação, mais conhecida como teoria ou "doutrina dos frutos da árvore venenosa" ou, como também costuma ser denominada em português, "doutrina da árvore envenenada" (*fruits of the poisonous tree doctrine*). Vejamos, adiante, sua gênese, conteúdo, extensão e limitações, conforme lições de Israel e LaFave¹⁴⁹.

No caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (1920)¹⁵⁰, a Suprema Corte considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. O "princípio da exclusão" seria aplicável a todas as provas contaminadas pela busca inconstitucional. Mais tarde, essa extensão do "princípio da exclusão" às provas derivadas passou a ser denominada "fruits of the poisonous tree doctrine". Inicialmente foi aplicada como extensão da "regra de exclusão" da 4ª Emenda, mas, depois, foi estendida às demais "regras de exclusão", como as da 6ª Emenda¹⁵¹ e da 5ª Emenda¹⁵² à Constituição americana.

Com a nova redação dada pela Lei 11.690/2008, o art. 157, § 1º, do CPP reconheceu, no Brasil, a teoria da prova ilícita por derivação: *São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas [...]*.

A previsão legal estabelece uma limitação à doutrina da prova ilícita por derivação, que é a limitação da fonte independente, como veremos a seguir.

15.1.3.6 A limitação da fonte independente ("independent source" limitation), nos EUA e no Brasil

Entretanto, há várias limitações à "doutrina dos frutos da árvore venenosa", como a limitação da fonte independente ("*independent source*" limitation), a limitação da descoberta inevitável ("*inevitable discovery*" limitation) e a limitação da "contaminação expurgada"¹⁵³ ("*purged taint*" limitation) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada ("*attenuated connection*" limitation). Também são conhecidas como *doutrinas*, assim *doutrina* da fonte independente ("*independent source*" doctrine) etc.

Quanto à aplicação da doutrina ou limitação da fonte independente ("*independent source*" limitation), num caso (*Bynum v. U.S.*, 1960¹⁵⁴), inicialmente a

¹⁴⁸ *Derivative evidence* ou *secondary evidence*.

¹⁴⁹ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 291-312.

¹⁵⁰ EUA, Suprema Corte, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 40 S.Ct. 182, 64 L.Ed. 319 (1920).

¹⁵¹ Vide os seguintes casos julgados pela Suprema Corte: *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 87 S.Ct. 1926, 18 L.Ed.2d 1149 (1967); *Nix v. Williams (Williams II)*, 475 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984); *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387, 97 S.Ct. 1232, 51 L.Ed. 2d 424 (1977).

¹⁵² EUA, Suprema Corte, *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 92 S.Ct. 1653, 32 L.Ed.2d 212 (1972).

¹⁵³ Há outras traduções possíveis, como "mancha ou nódoa removida" etc.

¹⁵⁴ EUA, Suprema Corte, *Bynum v. United States*, 274 F.2d 767, 107 U.S.App.D.C. 109 (D.C.Cir.1960).

corte excluiu a identificação dactiloscópica que havia sido feita durante a prisão ilegal do "acusado" Bynum. Quando este foi novamente "processado", o "governo" utilizou um antigo conjunto de planilhas dactiloscópicas de Bynum que se encontrava nos arquivos do FBI¹⁵⁵ e que correspondiam às impressões digitais encontradas no local do crime. Como a polícia tinha razão para verificar as antigas planilhas de Bynum independentemente da prisão ilegal e como as impressões digitais de tais planilhas tinham sido colhidas anteriormente sem qualquer relação com o roubo investigado dessa vez, as antigas planilhas foram admitidas como um prova obtida independentemente, de maneira alguma relacionada à prisão ilegal.

Num outro caso (*Murray v. U.S.*, 1988¹⁵⁶), uma corte inferior aplicou a doutrina da fonte independente, entendendo que a polícia: a) inicialmente tinha "causa provável" ("indícios" probatórios necessários) para obter um mandado de busca e apreensão para contrabando; b) então, ilicitamente entrou na "casa" sem mandado, onde verificou que o contrabando procurado estava realmente ali; c) depois, deixou a "casa" e obteve um mandado baseado unicamente na "causa provável" obtida previamente (isto é, sem qualquer referência à informação obtida durante a entrada ilegal); d) então, retornou com o mandado e apreendeu o contrabando na execução deste mandado. A maioria da Suprema Corte americana entendeu que a doutrina da fonte independente se aplicaria à situação descrita, desde que, nesse caso concreto, uma avaliação adicional das provas fosse feita, baixando, então, o processo para a instância inferior¹⁵⁷.

No Brasil, com a nova redação dada pela Lei 11.690/2008, o art. 157 do CPP também reconheceu limitações à teoria das prova ilícita por derivação, definindo "fonte independente":

§ 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.

A referência a não estar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras foi desnecessária, pois, se não há nexo, a prova não é derivada da prova ilícita.

A "fonte independente" foi definida, no Brasil, nos termos do que se entende como "descoberta inevitável", nos EUA, a qual veremos adiante, inclusive quanto à constitucionalidade.

15.1.3.7 A limitação da descoberta inevitável ("*inevitable discovery*" limitation), nos EUA e no Brasil

Ainda como limitação à doutrina dos frutos da árvore venenosa, a doutrina ou limitação da descoberta inevitável ("*inevitable discovery*" limitation) foi aplicada num

¹⁵⁵ O *Federal Bureau of Investigation* (FBI) é uma espécie de polícia federal.

¹⁵⁶ EUA, Suprema Corte, *Murray v. United States*, 487 U.S. 533, 108 S.Ct. 2529, 101 L.Ed.2d 472 (1988).

¹⁵⁷ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 295.

caso (*Nix v. Williams - Williams II*, 1984¹⁵⁸) em que uma declaração obtida ilegalmente do "acusado" revelou o paradeiro do corpo da vítima de homicídio numa vala de beira de estrada, mas um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano desenvolvido cuidadosamente, que eventualmente teria abrangido o lugar onde o corpo foi encontrado. A Suprema Corte entendeu que a "doutrina dos frutos" não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta "inevitavelmente" por meio de atividades investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a "descoberta inevitável" não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação. Segundo Israel e LaFave, circunstâncias que justifiquem a aplicação da regra da descoberta inevitável são improváveis de ocorrerem, a menos que, no momento da conduta policial ilícita, já houvesse uma investigação em andamento que eventualmente teria resultado na descoberta da prova por meio de procedimentos investigatórios rotineiros¹⁵⁹.

Essa noção de "descoberta inevitável" foi a adotada no Brasil, na redação dada pela Lei 11.690/2008 ao § 2º. do art. 157 do CPP: *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.*

O que são "trâmites típicos e de praxe" terá que ser inferido por raciocínio indutivo, baseado no que se costuma fazer na prática da investigação e da instrução criminais. O direito não é ciência exata, o juiz não é um autômato e isso não deveria assustar ao intérprete. Inferências, baseadas na realidade social, que nos levam a generalizações ou especificações, como ocorre no método hipotético de eliminação de Thyren, são comuns e admissíveis no direito.

Aqui, entretanto, coloca-se a questão da constitucionalidade dessa definição, conforme já discutimos quanto à noção de prova ilícita (*vide* item 15.1.3.1).

A prova ilícita por derivação nos parece um corolário lógico da prova ilícita. Desse modo, esses dois institutos são constitucionais, o primeiro implicitamente e o último explicitamente estabelecidos em norma constitucional.

Ambos são conceitos indeterminados. Assim, tanto a ampliação indevida de seu âmbito conceitual quanto sua restrição podem ser afastadas pelo decisor jurídico (juiz, tribunal etc.) no momento de sua aplicação.

No art. 157 do CPP brasileiro, se a noção legal de prova ilícita, de um lado, nos pareceu ampliativa, a noção legal de fonte independente pode ser restritiva das possibilidades constitucionais.

Em outras palavras, tanto podemos admitir outras limitações à teoria da prova ilícita por derivação, como a limitação da contaminação expurgada ou da conexão atenuada (*vide* item 15.1.3.8), quanto entender, para garantir direito fundamental, no caso concreto, que a limitação deva ser afastada e a prova deva ser reconhecida como prova ilícita.

Não se trata de decisionismo judicial, mas do fato de ter sido previsto como conceito indeterminado no âmbito constitucional para possibilitar sua evolução histórica interpretativa.

¹⁵⁸ EUA, Suprema Corte, *Nix v. Williams (Williams II)*, 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984).

¹⁵⁹ ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 299.

15.1.3.8 A limitação da contaminação expurgada ("purged taint" limitation) ou da conexão atenuada ("attenuated connection" limitation)

Continuando a tratar de limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa, temos a doutrina ou limitação da "contaminação expurgada"¹⁶⁰ ou da "conexão atenuada".

No caso *Wong Sun v. U.S.* (1963)¹⁶¹, policiais da "delegacia de entorpecentes" entraram num domicílio sem "causa provável" (indícios probatórios necessários para tal) e prenderam ilegalmente "A", o qual, quase imediatamente depois, acusou "B" de ter vendido a droga. Os policiais, em seguida, prenderam ilegalmente "B", o qual, por sua vez, implicou "C", que também foi preso ilegalmente. Vários dias mais tarde, depois de "C" ter sido libertado, "C" voluntariamente confessou oralmente aos policiais da delegacia de entorpecentes, durante seu interrogatório policial.

A Suprema Corte excluiu a apreensão da droga encontrada com "B" e as declarações de "B", por terem sido "frutos" da entrada ilegal na sua casa e da sua prisão ilegal. Entretanto, rejeitou que a confissão de "C" fosse fruto da sua prisão ilegal, pois, embora "C" pudesse nunca ter confessado se ele jamais tivesse sido preso ilegalmente, sua ação voluntária de confessar, depois de ter sido solto e alertado de seus direitos, tinha tornado a conexão entre a prisão e a declaração tão atenuada que a "nódoa" da ilegalidade tinha se dissipado.

Conforme observam Israel e LaFave, o caso *Wong Sun* indica que uma "nódoa" de ilegalidade inicial pode ser "expurgada" por um "ato independente interveniente", praticado pelo acusado ou por uma terceira parte, que interrompa a corrente causal entre a ilegalidade e a prova, de uma tal maneira que a prova não seja vista como tendo sido obtida pela "exploração" (aproveitamento) dessa ilegalidade. Entretanto, determinar se existe um tal "ato independente interveniente" se tem mostrado problemático em muitas diferentes situações, algumas das principais expostas em sua obra¹⁶².

15.1.3.9 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas

[...]

15.1.3.10 A eficácia das provas ilícitas

Tratamos da possível eficácia das provas ilícitas, especialmente quando favoreçam o indiciado ou réu, no item 15.1.3.9 (o princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas).

Como vimos (item 15.1.3.1), a prova ilegítima sujeita-se ao regime jurídico da nulidade, cuja consequência é a ineficácia. Havendo violação de norma legal (infraconstitucional) processual, a prova ilegítima está sujeita ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo.

Entretanto, uma prova ilegítima pode, conforme o caso, ter eficácia, segundo os princípios da instrumentalidade das formas, restrição processual à decretação da invalidade, interesse, prejuízo, lealdade e convalidação. Uma sentença sem

¹⁶⁰ Outras traduções possíveis: nódoa ou mancha removida.

¹⁶¹ EUA, Suprema Corte, *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed. 2d 441 (1963).

¹⁶² ISRAEL e LaFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 2001, p. 301-12.

fundamentação é nula e, se declarada sua nulidade e decretada sua ineficácia, a sentença nula, de modo geral, “existe” e pode continuar nos autos, mas outra terá que ser prolatada.

A prova ilícita está sujeita ao regime jurídico da inadmissibilidade (como se fosse uma “inexistência relativa qualificada”), cujas conseqüências são o desentranhamento, nos autos do processo, do substrato material em que estejam (documento escrito, arquivo com filme etc.) e, por conseguinte, a ineficácia. Dizemos “inexistência relativa” porque é relativa ao processo em que seria produzida, como se a prova ilícita não existisse, e “qualificada” em razão do desentranhamento. Não se trata, propriamente, de inexistência, pois isso não ocorreria, por exemplo, com uma “sentença” sem dispositivo ou conclusão, pois, não tendo decidido nada, seria um não-ato (inexistência), sem necessidade de desentranhamento, bastando que a sentença propriamente dita fosse prolatada.

A prova ilícita, de modo geral, não está sujeita ao regime jurídico das nulidades. Esse foi um dos motivos pelos quais houve necessidade da previsão constitucional, estabelecendo sua inadmissibilidade no processo, pois nem sempre violam diretamente norma processual, o que poderia acarretar sua eficácia (a respeito, *vide* item 15.1.3.1). A prova ilícita, com a previsão constitucional, está sujeita ao regime jurídico da inadmissibilidade e não deve ter eficácia jurídica.

A nova redação do *caput* do art. 157 do CPP, dada pela Lei 11.690/2008, esclareceu em que consiste a inadmissibilidade:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

[...]

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo significa que devem ser desentranhadas dos autos do processo, para que não sirvam de base a uma decisão ou sentença judicial.

Anteriormente, o desentranhamento – em vez de se manter o documento da prova ilícita nos autos sem eficácia jurídica como ocorre nas nulidades – podia ser concluído diretamente do art. 5º, LVI, da CR, mas também se podia chegar a essa solução por interpretação extensiva do art. 145, IV, do CPP, que determina o desentranhamento de documento considerado falso, uma vez que não havia previsão expressa no CPP do que se fazer em relação à prova ilícita¹⁶³.

Entendendo-se documento e atos processuais em sentido amplo, observe que a prova ilícita, como os atos processuais em geral, deve estar devidamente documentada. Assim, concluindo-se que se trata de prova ilícita, devem ser desentranhados, por exemplo, os seguintes documentos: o *auto de apreensão* de algo que foi apreendido com violação ilegal de domicílio, as *fitas magnéticas* e o *auto de transcrição* (“degravação”) relativos a uma interceptação telefônica ilícita, o *termo de um depoimento* obtido mediante tortura etc.

¹⁶³ Anteriormente, no sentido de aplicação do art. 145, IV, do CPP: FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2003, p. 91.

Na inadmissibilidade da prova ilícita, inclui-se tanto a vedação de sua colheita (não realização) quanto, se tiver sido colhida, a proibição de sua produção processual, o que implica sua exclusão ou desentranhamento dos autos.

A inutilização da prova, no § 3º do art. 157 do CPP, significa sua destruição, por isso a possibilidade de acompanhamento do incidente (de destruição) pelas partes.

A inutilização também significa seu mero desentranhamento, sem destruição, mas tornando-se inútil no processo em que foi reconhecida a ilicitude. A não-destruição pode ocorrer, por exemplo, quando a prova pertença lícitamente a alguém, como seria o caso das cartas que foram roubadas do destinatário e que lhe devem ser devolvidas, bem como na hipótese de a prova ilícita constituir-se em corpo de delito em relação a quem praticou o crime para obtê-la, devendo, portanto, ser produzida (utilizada) no respectivo (outro) processo penal.

Uma vez declarada inadmissível, a “prova ilícita” (ou melhor, o substrato material que se encontra nos autos) deve ser imediatamente desentranhada dos autos do processo penal. Todavia, sua inutilização, formal ou material, somente deve ocorrer quando estiver preclusa a decisão de desentranhamento (art. 157, § 3º, CPP). Mas, quando ocorre a referida preclusão, a partir da qual será inutilizada a prova, se for o caso até materialmente destruída?

Como não há recurso previsto, nem um marco estabelecido, a preclusão da decisão de desentranhamento ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença, condenatória ou absolutória.

Mas, a nosso ver, a preclusão também pode ocorrer por manifestação expressa das partes no sentido de que renunciam a uma eventual impugnação, com o que a prova poderá ser inutilizada, conforme o caso, formal ou materialmente.

Enquanto não ocorre a preclusão, as partes poderão impugnar a decisão que determinar o desentranhamento nas alegações finais e no recuso cabível contra a decisão ou sentença que não levou em consideração a prova considerada ilícita, como em recurso em sentido estrito (pronúncia), apelação (impronúncia, absolvição sumária, condenação ou absolvição).

Da mesma forma, ndo o juiz, apesar de provocado, não reconhece que a prova é ilícita, a matéria ainda pode ser novamente discutida, por exemplo em alegações finais ou em razões recursais de eventual apelação interposta contra sentença condenatória. Por isso, é cabível o *habeas corpus*, de maneira imediata, para, no caso concreto, discutir a violação do direito de liberdade.

Mas, o que fazer, de imediato, quando o juiz, no curso do processo penal, na 1ª. Instância, reconhece a prova ilícita? Apesar de essa decisão resolver a questão da prova ilícita de maneira definitiva, sem possibilidade de reexame no mesmo grau, ela não é proferida em um procedimento incidental propriamente dito e, portanto, não é decisão interlocutória mista terminativa (ou com força de definitiva), em que caberia apelação. Assim, pensamos que, dependendo do caso concreto, poderia ser impetrado mandado de segurança criminal, por exemplo pelo Ministério Público, afirmando a licitude da prova e o “direito líquido e certo” de utilizá-la para fundamentar a condenação ou absolvição, conforme o caso.

Qualquer das partes pode requerer a declaração da ilicitude da prova, bem como o juiz deve conhecer de ofício a ilicitude, ou seja, independentemente de requerimento.

As conseqüências jurídicas da declaração da ilicitude de uma prova para um procedimento administrativo ou processo, bem como para uma decisão, sentença ou outro ato processual, dependem da fase procedimental ou processual em que se encontra e dos elementos probatórios remanescentes. Dependendo do caso, os elementos probatórios remanescentes podem sustentar, independentemente da prova ilícita, o ato, decisão ou sentença que tomou a prova ilícita como base. Supondo a ilicitude da prova e a inexistência de outros elementos probatórios, poderíamos ter, por exemplo, as seguintes situações:

a) arquivamento judicial do inquérito policial, por requerimento do MP de declaração da ilicitude da prova e do conseqüente arquivamento, com a declaração judicial da ilicitude e o decreto de arquivamento. Note que, se há outros elementos para prosseguir nas investigações, o inquérito policial não deve ser arquivado;

b) rejeição da denúncia ou queixa;

c) impetração de *habeas corpus*, durante o processo, contra a decisão de indeferimento de requerimento de prova ilícita prejudicial ao réu que foi juntada aos autos. Note que, se há indeferimento de requerimento de prova ilícita prejudicial à acusação, o Ministério Público não pode impetrar *habeas corpus*, nem dispõe de recurso diretamente contra tal indeferimento; contudo, poderá, por exemplo, alegar a ilicitude da prova novamente, como preliminar de futura apelação contra eventual absolvição. Da mesma forma poderá proceder o réu, se houver indeferimento do *habeas corpus pro reo*, pois não ocorre preclusão impeditiva do reexame da matéria em futura apelação;

d) impetração de *habeas corpus* (em geral), por falta de "justa causa" contra a decisão de admissibilidade de denúncia ou queixa que tomou como base a prova ilícita (sem outros elementos suficientes para sustentá-las), objetivando o "trancamento da ação penal" (a rigor: a anulação *ab initio* do processo);

e) absolvição do réu, se a base probatória suficiente para a condenação somente se completa com a prova ilícita;

f) apelação do réu, defensor ou Ministério Público contra a sentença penal condenatória, alegando-se nas razões recursais que a base probatória suficiente para a condenação somente se completa com a prova ilícita. No tribunal *ad quem*, reconhecendo-se que, se a prova ilícita não seria possível a condenação, o réu seria absolvido em grau recursal;

g) apelação do Ministério Público ou do assistente de acusação contra a sentença penal absolutória, alegando-se nas razões recursais que, sem a prova ilícita produzida pelo réu, se imporia a condenação. No tribunal *ad quem*, reconhecendo-se que, sem a prova ilícita não seria possível a absolvição, mas havendo outros elementos probatórios suficientes para a condenação, o réu seria condenado em grau recursal. Entretanto, se os demais elementos probatórios não são suficientes para a condenação, a absolvição deveria ser mantida.

Quanto ao procedimento dos crimes de competência do tribunal do júri, devemos acrescentar aos critérios acima (fase procedimental ou processual e remanescimento de elementos probatórios suficientes) o princípio da soberania dos veredictos, o qual consiste na vedação da modificação da "decisão" (veredicto) do conselho de sentença (jurados) em grau recursal. Este princípio é agravado pelo fato de os jurados não fundamentarem suas decisões, o que acarreta a impossibilidade de se determinar o grau de influência da prova ilícita no veredicto do conselho de

sentença. Supondo a ilicitude da prova e a inexistência de outros elementos probatórios, poderíamos ter, por exemplo, as seguintes situações:

a) impronúncia ou absolvição sumária, conforme o caso;

b) recurso em sentido estrito do réu, defensor ou Ministério Público contra a pronúncia, alegando-se nas razões recursais que a base probatória suficiente para a pronúncia somente se completa com a prova ilícita. No tribunal *ad quem*, reconhecendo-se que sem a prova ilícita não seria possível a pronúncia, o réu seria, conforme o caso, impronunciado ou absolvido sumariamente em grau recursal;

c) apelação, no júri, contra a sentença condenatória, alegando-se, nas razões recursais, que sem a prova ilícita o juiz-presidente deveria fazer a dosimetria com pena menor quanto às circunstâncias judiciais. O tribunal *ad quem*, em grau recursal, reconhecendo a ilicitude da prova, reduziria a pena, tendo em vista que não está violando a soberania dos veredictos, mas reformando a parte da sentença de competência do juiz-presidente;

d) apelação, no júri, contra a sentença condenatória, alegando-se, nas razões recursais, que sem a prova ilícita o júri deveria absolver o réu. O tribunal *ad quem*, em grau recursal, reconhecendo a ilicitude da prova, mandaria o réu a novo julgamento perante o tribunal do júri, uma vez que não pode violar o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

15.1.4 Princípios aplicáveis à prova penal

[...]

15.1.4.7 Princípio do livre convencimento, princípio da persuasão racional do juiz, princípio da íntima convicção e princípio da prova real – art. 155 do CPP

Esses princípios dizem respeito à valoração da prova que é feita pelo órgão jurisdicional.

Segundo o *princípio da íntima convicção*, o juiz é livre para formar seu convencimento e, portanto, para valorar as provas, inclusive as que não se encontram nos autos,  sem de não ter que explicitar em que se baseou sua convicção. Assim, o juiz pode julgar com a prova dos autos, sem a prova dos autos e, até, contra a prova dos autos. Foi adotado no julgamento do Tribunal do Júri, em relação ao Conselho de Sentença (art. 593, III, *d*, do CPP). Historicamente, foi o princípio que antecedeu aos demais e que vigorou no sistema acusatório puro.

Segundo o *princípio da prova real*, as provas têm valor predeterminado na lei. O juiz deve formar sua convicção segundo os meios de provas, as hierarquias probatórias e as valorações previamente estabelecidas na lei. Foi o princípio que vigorou no sistema processual inquisitivo.

O *princípio do livre convencimento motivado*, também é denominado *princípio do livre convencimento, princípio da persuasão racional do juiz, princípio da livre convicção motivada, princípio da livre convicção e princípio da livre apreciação da prova*. Segundo esse princípio, o juiz é livre para formar seu convencimento segundo as provas dos autos e, portanto, para valorar as provas, as quais têm legal e abstratamente o mesmo valor, mas deve fundamentar, explicitando em que elementos probatórios se fundou seu convencimento (art. 155 do CPP). É o princípio que prevalece no sistema acusatório misto e no sistema acusatório moderno.

O princípio do livre convencimento motivado tem seu fundamento legal no art. 155 do CPP¹⁶⁴. A redação deste artigo fez com que esse princípio ficasse conhecido como princípio da livre convicção, conforme verificamos na linguagem forense cotidiana.

As denominações *livre convencimento* e *livre convicção*, sem qualquer adjetivação (*motivado* ou *motivada*), parece-nos imprópria, pois o juiz sempre tem que motivar, explicitando os elementos que formaram seu convencimento ou convicção. Pensamos que, sem adjetivação, eles podem confundir-se com o princípio da íntima convicção.

Voltaremos a esses princípios no item 15.1.5 (sistemas de avaliação da prova).

Rui Portanova propõe uma releitura dos princípios do livre convencimento motivado e da persuasão racional do juiz¹⁶⁵. Trata dos dois princípios como princípios da sentença. Segundo ele, ambos são princípios aplicáveis a todas as decisões judiciais e não restritivamente às valorações probatórias. O princípio do livre convencimento motivado, significa que o juiz forma seu convencimento livremente não somente quanto à valoração da prova, mas também quanto ao direito e justiça da solução a ser dada no caso concreto. O princípio da persuasão racional do juiz, por sua vez, significaria que *o juiz deve convencer quanto à justiça da decisão que ele deu à lide*.

A Lei 11.690/2008 deu nova redação ao art. 155 do CPP (anteriormente no art. 157 do CPP):

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.

Esse dispositivo legal disse mais do que, constitucionalmente, poderia dizer e, portanto, deve ser interpretado e aplicado restritivamente.

Tendo em vista os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o juiz não deve fundamentar, por exemplo, a sentença condenatória em “elementos informativos” colhidos  investigação criminal¹⁶⁶, ou seja, em provas sem contraditório e ampla defesa.

Há ressalvas legais¹⁶⁷: a prova cautelar, como uma busca e apreensão de coisa, para preservá-la, possibilitando futuros exames; a prova não-repetível, como uma perícia em lesões corporais, que, depois de examinadas, não deixaram mais vestígios; a prova antecipada, como a oitiva de uma testemunha em estado terminal, que já poderá estar morta quando da instrução criminal.

Pensamos que mesmo as provas não-repetíveis, como pode ocorrer com a perícia, devem ser contraditáveis, para que possam ser produzidas no processo

¹⁶⁴ Art. 155 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008: *O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova [...].* Anteriormente, era o art. 157 do CPP.

¹⁶⁵ PORTANOVA, *Princípios do processo civil*, 1999, p. 230 e 244-54.

¹⁶⁶ Sobre a distinção “elementos informativos” (ou prova inquisitorial) e “provas” (ou provas processuais), *vide* item 15.1.1.

¹⁶⁷ Sobre a noção de provas antecipadas, cautelares e não-repetíveis, *vide* item 15.1.1, a que fazemos remissão.

penal principal. Por exemplo, pode-se questionar se determinado perito tem a competência técnica para tirar as conclusões que fez.

As “provas antecipadas” estão sujeitas a contraditório e, no processo penal, “provas cautelares” podem ou não ter contraditório. Entretanto, elas também deverão poder ser plenamente contraditáveis, quando produzidas no processo penal principal, devendo ter a participação da defesa técnica específica e do réu a que se refere. Por exemplo, a testemunha terminal, cuja prova antecipada foi produzida anteriormente, ainda não morreu e a defesa requer sua oitiva, desta vez no processo principal.

Obviamente, há várias decisões judiciais que não dependem de contraditório, em razão do momento em que são prolatadas, como na hipótese de prisões preventivas e temporárias, que, normalmente, ocorrem na fase inquisitorial.

Do ponto de vista constitucional, a restrição ao princípio do livre convencimento se dá especialmente no que tange à sentença penal condenatória, cujos fundamentos probatórios devem observar estritamente o contraditório e a ampla defesa. Por isso a impertinência do vocábulo “exclusivamente” no *caput* do art. 156 do CPP, pois somente as provas produzidas em contraditório e com ampla defesa devem poder, do ponto de vista jurídico-constitucional, fundamentar um provimento condenatório.

[...]

15.1.7 Objeto da prova e pressupostos para coleta e produção – adequação, necessidade e proporcionalidade

15.1.7.1 Definição

[...].

15.1.7.2 Fatos que independem de prova

[...]

15.1.7.3 Fatos que dependem de prova

[...]

15.1.7.4 Pressupostos para coleta e produção de provas – produção antecipada de provas – prova judicial ex officio – art. 156 do CPP

Os pressupostos ou “requisitos”¹⁶⁸ para coleta e produção de prova são:

a) admissibilidade ou legalidade: a prova é prevista ou não-vedada por lei ou pela Constituição;

b) adequação, idoneidade, pertinência, ou aptidão: a prova contribui para a obtenção de fim da persecução criminal¹⁶⁹, na investigação criminal ou processo penal concretamente considerados, como demonstrar a existência ou inexistência da infração penal e sua autoria, formar a convicção da entidade decisora (Ministério Público ou acusador privado, na investigação criminal, e órgão jurisdicional, no

¹⁶⁸ Veja, em 16.3.3, distinção entre pressuposto e requisito.

¹⁶⁹ Sobre os fins imediatos e mediatos da persecução penal, veja itens 1.2.2 e 1.2.3.

processo penal) sobre a existência ou inexistência de um fato delitivo (infração penal) e sua autoria ou obter uma sentença definitiva transitada em julgado sobre o fato delitivo e sua autoria, condenando ou absolvendo o réu, no processo penal em sentido estrito. A prova adequada, pertinente ou “fundada” contrapõe-se à prova inútil;

c) necessidade: a prova tem a mesma aptidão que outras para obter os fins da persecução criminal concreta e, ao mesmo tempo, é a mais branda com os direitos fundamentais afetados ou afetáveis pela realização da prova;

d) proporcionalidade em sentido estrito: a importância de realizar a prova com afetação negativa de direito fundamental deve ser justificável e superar a importância do direito fundamental afetado ou afetável pela realização da prova¹⁷⁰;

e) possibilidade: capaz de ser realizada segundo as leis naturais e o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, bem com segundo os recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros concretamente disponíveis. Por exemplo, pode haver vida em outros planetas; mas, no estágio atual, como provar? Se, requisitando a movimentação bancária dos últimos dez anos, não temos capacidade humana de análise, por que não determinar um período menor, que traga menor ônus ao requisitado e maior eficiência analítica ao requisitante?

Além disso, pode haver requisitos especiais, como ocorre na interceptação telefônica, em que esta prova somente pode ser realizada se for impossível a realização da prova por outros meios disponíveis.

Atualmente, não nos parece que a conclusividade (qualidade daquilo que demonstra irrefutavelmente algo) seja um requisito. Geralmente, a convicção da entidade decisora é obtida pelo conjunto da prova, e não por uma “prova concludente”, que, isoladamente, já demonstre, de modo irrefutável, cabalmente, o fato delitivo e sua autoria. Nem a confissão é uma prova concludente, pois deve estar em consonância com os demais elementos probatórios. A conclusividade, portanto, refere-se, melhor, ao conjunto probatório.

A relevância da prova resulta da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Por exemplo, se o conjunto das provas já demonstra de modo concludente a existência da infração penal e sua autoria: a) determinada prova pode não ser adequada a alterar a convicção da entidade decisora; b) não há necessidade de produzir outra prova que afete negativamente direito fundamental; c) ou a importância de sua realização pode não superar a importância da violação de direito fundamental.

Enfim, as provas devem ser admissíveis, adequadas, necessárias, proporcionais e possíveis.

As provas “irrelevantes” e “impertinentes” (inadequadas), referidas no art. 400, § 1º, no art. 411, § 2º, e no art. 533 (c/c 400, § 1º), todos do CPP, devem ser entendidas, a nosso ver, no sentido acima exposto.

O art. 156 do CPP passou a ter nova redação com a Lei 11.690/2008, onde se estabelece a possibilidade de o juiz produzir provas *ex officio*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

¹⁷⁰ O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é bastante complexo e demanda um estudo aprofundado; para tanto, recomendamos: FEITOZA PACHECO, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, 2007.

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.

A denominada “reforma processual” aprofundou, com a Lei 11.690/2008, o princípio inquisitivo, pois, além de admitir a produção probatória judicial *ex officio* “no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença” (art. 156, inciso II, CPP – dúvida sobre ponto relevante), também a previu, inovando o CPP, “antes de iniciada a ação penal” (art. 156, inciso I, CPP – produção antecipada de provas).

Todavia, conforme vimos, por um lado, a Constituição da República adotou o sistema acusatório (item 1.5.1.4), e, por outro, parece incompatível com este sistema e com o princípio constitucional da separação de poderes que os órgãos jurisdicionais presidam investigações criminais.

Diante disso, a produção de provas determinada *ex officio* pelo juiz, especialmente a produção antecipada de provas, deve ser vista restritivamente, nos termos das limitações gerais dessa judicial “busca da verdade” que tratamos no item 15.1.4.2. Ou seja, numa perspectiva constitucional, a atuação probatória judicial *ex officio* (“busca da verdade”) deve-se dar, em regra, no sentido da proteção de direitos fundamentais do réu no processo penal, e não no de reforço da acusação, além de que o juiz não deve procurar substituir a defesa, pois do princípio constitucional da ampla defesa decorre tanto a autodefesa quanto a defesa técnica (esta atribuída constitucionalmente, em geral, aos advogados e defensores).

Vejamos o regime jurídico das “provas antecipadas”¹⁷¹. A produção antecipada de provas somente deve ser admitida se estiverem presentes seus pressupostos de produção: a) admissibilidade; b) necessidade; c) adequação; d) proporcionalidade em sentido estrito; e) possibilidade; f) urgência; g) relevância. A produção não-antecipada *ex officio*, ou seja, no curso do processo penal principal, somente não exige a urgência.

A urgência ocorreria, por exemplo, no caso de oitiva de uma testemunha em estado terminal, que já poderia estar morta quando da instrução criminal.

Quanto à produção probatória judicial *ex officio*, o CPP refere, como pressupostos, a relevância (arts. 156, I, e 234, CPP), a necessidade (art. 209, *caput*, CPP) e a conveniência da prova (art. 209, § 1º, CPP), que devem ser avaliadas nessa perspectiva de garantia de direitos fundamentais do réu. A conveniência, a nosso ver, se subsume no conceito de necessidade. A relevância, no que tange à produção *ex officio*, pode ser entendida de maneira qualificada, como mais restritiva que seu sentido geral (este decorrente da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Por exemplo, a antecipação não seria admitida para provar uma mera agravante, diversamente do que ocorreria quanto a uma elementar do crime.

A possibilidade de o juiz, de ofício, ordenar a produção antecipada de provas “antes de iniciada a ação penal” (ou melhor, o processo penal *stricto sensu*) viola, de modo geral, os princípios constitucionais da tripartição dos poderes, da demanda e, enfim, acusatório.

¹⁷¹ Sobre a noção de provas antecipadas, cautelares e não-repetíveis, *vide* item 15.1.1, a que fazemos remissão.

Sem ter havido provocação (iniciativa) do Ministério Público, do querelante ou do investigado, trata-se de investigação criminal judicial.

Conforme já tratamos no item 6.6, os juízes e órgãos jurisdicionais em geral são garantidores dos direitos fundamentais e detêm o poder jurisdicional, num sistema que impõe a separação da jurisdição e da administração, o que não ocorre quando presidem procedimentos *administrativos* investigatórios criminais.

Por outra linha de raciocínio, posicionando-se contrariamente à investigação criminal judicial, o STF, na ADI 1570/DF, julgou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.034/1995, por ofensa ao princípio do devido processo legal, por entender que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional¹⁷².

O Centro de Apoio Operacional Criminal, do Ministério Público do Estado de São Paulo, entende, a respeito da modificação feita pela Lei 11.690/2008, que “É possível, no entanto, a utilização da técnica, pelo STF, da interpretação conforme à Constituição com redução de texto para o fim de suprimir do *caput* do artigo 156 a expressão “de ofício”, prestigiando-se, assim, o poder geral de cautela do magistrado.”¹⁷³

Enfim, a produção antecipada de provas, antes de iniciado o processo penal *stricto sensu*, depende de iniciativa da parte interessada (Ministério Público, querelante ou “investigado”)¹⁷⁴.

Entretanto, a questão comporta uma diferenciação, se o processo penal já se iniciou. A prova é “antecipada” relativamente ao momento próprio de produção, que é a instrução criminal. Portanto, também pode ocorrer “produção antecipada de provas” com o processo penal já iniciado.

Por exemplo, as testemunhas já foram arroladas por ambas as partes, mas a audiência de instrução ainda não foi marcada ou sua data de realização é posterior ao fato que enseja a antecipação.

Assim, nos termos legais, se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice (ou idade avançada), inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista (CPP) ou esteja impossibilitada de depor (CPPM e CPC), o juiz poderá, “de ofício” ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento (art. 225 do CPP, art. 363 do CPPM e arts. 847 do CPC).

Há, portanto, uma vez iniciado o processo penal *stricto sensu*, a possibilidade de o juiz, *ex officio*, ordenar a produção antecipada de provas, mas, a nosso ver, com as limitações constitucionais, acima expostas, aplicáveis a qualquer atuação probatória judicial *ex officio*.

[...]

¹⁷² STF, ADI 1570/DF, rel. min. Maurício Corrêa, j. 12.fev.2004, *Informativo do STF*, Brasília, n. 336, 9-13.fev.2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

¹⁷³ SÃO PAULO. Ministério Público do Estado. Centro de Apoio Operacional Criminal. *Reuniões de trabalho para discussão das alterações no CPP*: entendimentos provisórios do CAOCRIM. São Paulo, 2008. Disponível em: <www.sp.mg.gov.br>. Acesso em: 28 ago.2008.

¹⁷⁴ Por exemplo, o procedimento da oitiva de testemunha será o da produção antecipada de provas dos art. 846 a 850 do CPC, por aplicação subsidiária do CPC (art. 3º do CPP e art. 3º do CPPM).

15.1.9 Ônus da prova

[...]

Aliás, o novo inciso VI, parte final, do art. 386 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.690/2008) resolveu uma controvérsia sobre o ônus da prova quando houvesse fundada dúvida sobre 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). Doravante, mesmo que a defesa alegue, por exemplo, legítima defesa, se houver fundada dúvida, o acusado deverá ser absolvido, não lhe cabendo o ônus de dirimir, probatoriamente, a dúvida.

15.2 Exame de corpo de delito e perícias em geral

15.2.1 Introdução

Perícia é o exame técnico feito em pessoa ou coisa para comprovação de fatos e realizado por alguém que tem determinados conhecimentos técnicos ou científicos adequados à comprovação. A perícia é realizada porque o magistrado não tem tais conhecimentos ou porque a lei a exige.

Perito é a pessoa detentora de certos conhecimentos técnicos ou científicos que realiza o exame pericial.

Perito oficial é a pessoa investida na função por lei, para a realização de exames periciais em geral, e não por nomeação do juiz ou da autoridade administrativa (geralmente a autoridade policial).

Perito não-oficial ou *inoficial* é a pessoa nomeada por juiz ou por autoridade administrativa (geralmente autoridade policial) para realizar determinado exame pericial. A expressão *perito leigo*, para esse perito, não é muito adequada, pois o perito inoficial pode ser nomeado exatamente porque detém uma especialização necessária que não é possuída por peritos oficiais ou mesmo porque não há um perito oficial disponível. Assim, pode ser nomeado como perito não-oficial um médico do posto de saúde local e ele será *não-oficial* ainda que seja um servidor público municipal, pois não é investido no cargo ou função específicos de perito, por concurso público. 

É denominado *médico-legista* ou simplesmente *legista* o perito especializado em medicina legal, ou seja, a especialidade médica que aplica conhecimentos médicos na resolução de questões jurídicas. Geralmente, o médico-legista é quem examina o corpo humano para constatar, por exemplo, a morte, lesões corporais etc.

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal ou, em outras palavras, é a materialidade da infração penal. O vocábulo *corpo*, nessa expressão, significa *conjunto*, e não especificamente o corpo de uma pessoa.

Suponhamos que, com a intenção de matar, uma pessoa entre em luta corporal com a vítima, num bar. Durante a luta, dois copos e uma garrafa são quebrados, uma cadeira é danificada, a parede é suja de sangue, a faca ensangüentada cai em cima de uma mesa e, por fim, a vítima cai morta no chão. O *corpo de delito* é o conjunto de todos esses vestígios sensíveis, ou seja, perceptíveis pelos sentidos humanos, que foram deixados pela prática da infração penal (crime de homicídio doloso). Portanto, os dois copos e a garrafa quebrados, a cadeira danificada, o sangue na parede, a faca ensangüentada e o cadáver da vítima são o corpo de delito.

Exame de corpo de delito é a análise que o perito faz nos vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal.

Laudo de exame de corpo de delito é a peça técnica em que o perito descreve os vestígios materiais da infração penal que foram analisados e expressa suas conclusões técnicas.

O corpo de delito pode sofrer vários exames periciais por peritos diferentes. Os laudos produzidos serão laudos de exame de corpo de delito. Todavia, por costume, esses laudos recebem nomes diferentes e, inclusive, um mesmo tipo de exame pode receber nomes diversos conforme a polícia que o faça.

Exemplificativamente, um ou dois peritos criminais vão ao local do fato e examinam todos aqueles vestígios do exemplo dado, a partir do que elaboram um laudo de *exame de local de morte violenta*, que nada mais é do que um laudo de exame de corpo de delito. O cadáver da vítima é recolhido e levado aos médicos-legistas, os quais o examinam, afirmam que a vítima está morta, concluem qual a *causa mortis* e elaboram o laudo de *exame cadavérico*, também um laudo de exame de corpo de delito. A faca ensangüentada pode ser enviada a outros peritos criminais diferentes, para determinarem algum aspecto relevante dela, com o que será produzido outro laudo de exame de corpo de delito e assim por diante. Na hipótese de homicídios dolosos, normalmente os dois primeiros laudos referidos são elaborados.

Entretanto, popularmente, é comum as pessoas leigas pensarem que exame de corpo de delito é somente aquele feito para constatar lesões corporais e que laudo de exame de corpo de delito é o respectivo laudo pericial. Há mesmo quem pense que corpo de delito seja apenas o cadáver da vítima!

Nada impediria que todos os laudos fossem denominados pelos peritos *laudos de exame de corpo de delito*, complementando com a espécie, por exemplo laudo de exame de corpo de delito (*cadavérico*), laudo de exame de corpo de delito (*estupro*), laudo de exame de corpo de delito (*lesões corporais*) etc.

Há vários exames periciais que não são exame de corpo de delito. Por exemplo, os exames de identidade de pessoas não o são, pois a identidade de alguém não é vestígio deixado pela infração penal. Tampouco os exames para constatação da idade de  usado, pois a idade de alguém também não é vestígio da prática da infração penal. Normalmente, os exames de sanidade mental também não, pois a saúde ou indenidade mental de alguém não é, normalmente, vestígio deixado pela infração penal, salvo, obviamente, por exemplo, se a doença mental da vítima for resultante de crime de lesão corporal.

O art. 6º, VII, do CPP se refere a *exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias*. O art. 159, *caput*, do CPP também menciona *os exames de corpo de delito e as outras perícias*. Numa interpretação gramatical, existe a perícia *exame de corpo de delito* e as *outras perícias*. Portanto, depreende-se desses dispositivos legais que, na sistemática do CPP, os exames de corpo de delito também são perícias e, assim, devem ser realizados por peritos. Todavia, com fundamento nos arts. 167 do CPP e 328, parágrafo único, do CPPM, veremos, no item 15.2.3, que apenas o exame de corpo de delito *direto* é uma perícia (ou exame pericial), enquanto o exame de corpo de delito *indireto* pode ser um exame pericial (prova pericial) ou exame judicial (análise do juiz sobre outras provas, como prova testemunhal ou documental).

Os exames de corpo de delito e as outras perícias têm a *natureza jurídica* de meios de prova.

15.2.2 Perícias em geral

No item anterior, vimos as definições e natureza jurídica das perícias. Vejamos, agora, outros aspectos.

Os *requisitos* das perícias encontram-se no art. 159 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.690/2008:

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.

[...]

O art. 159 do CPP, com a modificação da Lei 8.862/1994, em vigor desde sua publicação¹⁷⁵, especificou o número de peritos oficiais como dois. Anteriormente, a Súmula 361 do STF¹⁷⁶ era entendida como aplicável apenas em caso de perito não-oficial ou inoficial (também denominado *perito leigo*), do que se concluía que a perícia oficial podia ter um só perito.

Depreende-se da nova redação dada pela Lei 11.690/2008 ao art. 159 do CPP que novamente basta um perito oficial.

Na redação anterior, numa interpretação literal, a partir de 29.03.1994, tinha passado a ser obrigatório, como regra, no processo penal comum, que tanto a perícia realizada por perito oficial quanto a realizada por perito inoficial ou *leigo* deviam ser feitas por dois peritos, sob pena de nulidade; contudo, tratava-se de nulidade relativa, que dependia de comprovação de prejuízo para a parte e devia ser argüida oportunamente¹⁷⁷. Os laudos elaborados anteriormente por um único perito oficial continuavam válidos.

Todavia, existiam condições legais à necessidade de dois peritos.

Primeiro, por exemplo, o inquérito para apurar crime falimentar era feito perante o próprio juízo da falência e concordata e era presidido pelo próprio juiz, recebendo a denominação inquérito judicial. Este inquérito judicial era iniciado com o relatório do síndico e com o laudo pericial (Decreto-Lei 7.661/1945, art. 63, V, e 93, parágrafo único)¹⁷⁸. Este laudo pericial era elaborado por um único perito e continuava a ser válido no processo penal comum instaurado relativamente aos crimes falimentares, pois sua elaboração é regida por lei especial. Portanto, os laudos elaborados sob a vigência do revogado Decreto-Lei 7.661/1945 são válidos.

¹⁷⁵ *DOU*, 29.mar.1994. A redação do *caput* era: *Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais*

¹⁷⁶ *No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.*

¹⁷⁷ Nesse sentido: MIRABETE, *Código de Processo Penal interpretado*, 2001, p. 422, art. 159, item 159.3.

¹⁷⁸ Na Lei 11.101/2005, que é a nova “lei de falência”, não há mais inquérito judicial, mas continuam válidas as observações quanto ao laudo elaborado perante o juízo falimentar, referido no art. 12, parágrafo único, e art. 186, parágrafo único, da Lei 11.101/2005.

Segundo, no processo penal militar, o art. 318 do CPPM especifica que as perícias serão, *sempre que possível*, feitas por dois peritos, especializados no assunto ou com habilitação técnica. Implicitamente, portanto, admite que seja feita a perícia por um único perito.

Terceiro, mesmo após a modificação introduzida pela Lei 8.862/1994, ainda havia jurisprudência entendendo que o laudo pericial pode ser elaborado por um único perito oficial, sem qualquer nulidade.

Nesse sentido, após a edição da referida lei, o TJMG, por exemplo, editou, por unanimidade, sua Súmula 20: *Não é nulo o exame pericial realizado por um único perito oficial*. A 2ª Turma do STF também chegou a entender assim¹⁷⁹, mas a 1ª Turma do STF e decisão mais recente da 2ª Turma se posicionaram pela necessidade de dois peritos oficiais e nulidade relativa da perícia realizada com um único perito oficial atualmente e pela validade dos laudos elaborados com um único perito oficial anteriormente à Lei 8.862/1994¹⁸⁰.

A nova redação da Lei 11.690/2008 não deixa dúvida: basta um perito oficial. Entretanto, “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. 159, § 7º, CPP).

Quanto ao perito não-oficial, a jurisprudência já tinha firmado a posição da exigência de dois peritos quando fossem não-oficiais e de nulidade relativa da perícia realizada com um único perito inoficial, que não foi alterada pela referida lei¹⁸¹. Entretanto, entendeu-se que, anteriormente à Lei 8.862/1994, a falta de compromisso do perito não-oficial configurava simples irregularidade, incapaz de anular o processo¹⁸², implicitamente admitindo-se que atualmente seria nulidade relativa.

Considerando que a Lei nº 8.862/1994 exige que o laudo pericial deve ser subscrito por dois peritos oficiais, o STJ entendeu que o mandado de segurança é instrumento adequado para o Ministério Público impugnar decisão de juiz que indefere seu pedido para regularização de perícia subscrita por apenas um perito, pois se trata de ilegalidade viável de ser afastada via mandado de segurança, em face da inexistência de recurso cabível¹⁸³.

A *determinação da perícia* é feita, geralmente, pela autoridade policial (art. 6º, VII, CPP) ou pelo juiz. Entretanto, há hipóteses em que a lei atribui o poder de determinar a perícia somente ao juiz, como no exame de sanidade mental, conforme se depreende da redação do art. 149 CPP¹⁸⁴.

Há dois *sistemas de apreciação dos laudos*:

a) sistema vinculatório: o juiz fica vinculado ao laudo;

b) sistema liberatório: o juiz não fica adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (art. 182, CPP), fundamentadamente. Foi o adotado

¹⁷⁹ STF, 2ª Turma, HC 70.803-SP, rel. min. Néri da Silveira, *DJU*, 31.out.1996; STF, 2ª Turma, HC 73.555-CE, rel. min. Francisco Rezek, *DJU*, 04.abr.1997.

¹⁸⁰ STF, 2ª Turma, HC 76246-MG, rel. min. Carlos Velloso, *DJU*, p. 106, 20.abr.2001; STF, 1ª Turma, HC 74.521-SP, rel. min. Sydney Sanches, *DJU*, 04.abr.1997.

¹⁸¹ STJ, 5ª Turma, RHC 11278-MG, rel. min. Felix Fischer, *DJU*, p. 494, 20.ago.2001; STJ, HC 26603-PE, rel. min. Jorge Scartezini, *DJU*, p. 224, 18.ago.2003.

¹⁸² STF, 2ª Turma, HCML 73.197-GO, rel. min. Maurício Corrêa, *DJU*, 22.nov.1996.

¹⁸³ STJ, 5ª Turma, ROMS 10741-MG, rel. p/ o Ac. min. Felix Fischer, *DJU*, p. 00116, 25.set.2000.

¹⁸⁴ O *juiz ordenará*, de ofício ou por requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado (*caput*), bem como por representação da autoridade policial (§1º).

pelo processo penal brasileiro. Decorre do princípio do livre convencimento motivado (ou persuasão racional do juiz).

A importância da prova pericial foi ressaltada com a modificação que a Lei 8.862/1994 fez no art. 6º, inciso I, do CPP, no sentido de que, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá se dirigir ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, *até a chegada dos peritos criminais*. No mesmo sentido, o art. 169 do CPP.

O CPPM (Decreto-Lei nº 1.002/1969), que é uma lei mais recente que o CPP, é mais detalhado quanto aos exames periciais, como podemos verificar em seu art. 330:

Os exames que tiverem por fim comprovar a existência de crime contra a pessoa abrangerão:

- a) exames de lesões corporais;*
- b) exames de sanidade física;*
- c) exames cadavéricos, precedidos ou não de exumação;*
- d) exames de identidade de pessoas;*
- e) exames de laboratórios;*
- f) exames de instrumentos que tenham servido à prática do crime.*

Interessante notar que o CPP e o CPPM insistem em denominar "autópsia" o que, corretamente, deveria ser "necropsia". Autópsia ou autopsia é o exame de si mesmo, enquanto necropsia é o exame do cadáver.

Numa interpretação literal, a nova redação do art. 181 do CPP, dada pela Lei 8.862/1994, retirou da autoridade policial o poder de determinar a correção de laudos periciais, conferindo-a apenas à autoridade judiciária¹⁸⁵:

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.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Entretanto, por um lado, o art. 168 do CPP expressamente estabelece que a autoridade policial pode determinar exame complementar se o primeiro exame pericial por lesões corporais tiver sido incompleto.

Por outro, pensamos que o art. 181 do CPP apenas quis frisar a iniciativa probatória *ex officio* da autoridade judiciária, para que ela não fique inerte diante da inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições no que tange à prova pericial. Nada mais seria do que um caso específico do princípio da investigação (ou inquisitivo). Assim, seria um excessivo formalismo que a autoridade policial, durante o inquérito policial, não pudesse determinar que se cumprissem as formalidades legais, tendo que aguardar que o juiz o fizesse. Assim, por exemplo, se a autoridade policial poderia até mesmo determinar que outro laudo pericial fosse feito quanto ao aspecto omissivo, dentro de sua atribuição de determinar perícias em geral (art. 6º, VII, CPP), com mais razão ainda pode determinar que seja suprida omissão do exame pericial.

¹⁸⁵ Nesse sentido: NUCCI, *Código de Processo Penal comentado*, 2004, p. 368, art. 181, item 87; MIRABETE, *Código de Processo Penal anotado*, 2001, p. 422, art. 181, item 181.1.

O exame de sanidade mental foi atribuído exclusivamente à autoridade judiciária em razão das implicações que tal exame pode trazer para a liberdade de locomoção do paciente. A não ser que haja razões análogas em determinado exame pericial, por exemplo afetando direitos fundamentais de maneira relevante, entendemos que a autoridade policial também pode determinar as providências do art. 181 do CPP, durante a investigação criminal de sua atribuição.

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 (art. 184, CPP). Não há recurso previsto contra o indeferimento. No caso de indeferimento pela autoridade policial, a pessoa interessada poderá requerer ao Ministério Público ou ao juiz para que requisitem a realização do exame. No caso do juiz, a parte poderá impetrar mandado de segurança ou, dependendo do caso, questionar o indeferimento como preliminar do recurso futuramente cabível, como apelação ou recurso em sentido estrito.

O art. 159 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.690/2008, faculta ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico (§ 3º).

Quanto ao momento de admissibilidade do assistente técnico, para o Centro de Apoio Operacional, do Ministério Público do Estado de São Paulo¹⁸⁶:

[...] disposição faculta a elaboração de quesitos e a indicação de assistente técnico. Tal faculdade somente se dá durante a fase judicial, em face dos termos empregados pelo legislador, em especial, "acusado", "assistente de acusação" e "querelante", os quais contêm situações que somente se verificam depois de oferecida ou recebida a acusação.

O assistente técnico somente 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 (§ 4º), e somente no ambiente do órgão oficial e na presença de perito oficial poderá examinar o material probatório que serviu de base à perícia (§ 6º).

Durante o curso do processo penal judicial, "é permitido às partes, quanto à perícia" (art. 159, § 5º, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008):

I – requerer a  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.

O § 6º do art. 159 do CPP (com a redação dada pela Lei 11.690/2008) estabeleceu que o órgão oficial de perícia manterá sempre a guarda do material examinado.

Todavia, esse não é, atualmente, o procedimento adotado, uma vez que, de modo geral, o material periciado é encaminhado, juntamente com o laudo pericial, para o órgão judicial, que se torna responsável por sua guarda.

¹⁸⁶ SÃO PAULO. Ministério Público do Estado. Centro de Apoio Operacional Criminal. *Reuniões de trabalho para discussão das alterações no CPP: entendimentos provisórios do CAOCRIM*. São Paulo, 2008. Disponível em: <www.sp.mg.gov.br>. Acesso em: 28 ago.2008.

A aplicação imediata desse dispositivo acarretaria o colapso de boa parte dos órgãos periciais. Sua implementação, sobretudo nos grandes centros urbanos, demandará altos custos humanos, materiais e financeiros. Ademais, há objetos periciáveis que rapidamente esgotariam a capacidade de guarda, como carros, caminhões, navios, aviões, escombros de desabamentos etc.

Parece-nos que a União, por meio de sua lei federal, invadiu a autonomia federativa dos estados-membros, impondo gastos de novos recursos aos seus órgãos periciais, sem a previsão da respectiva fonte de receita, bem como da respectiva disponibilidades orçamentária e financeira.

Nessa linha, entendemos o disposto no § 6º do art. 159 do CPP como princípio de custódia de provas (materiais periciados), instituído como concretização dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que deve ser cumprido conforme as especificidades de cada ente federativo e, portanto, não necessariamente no órgão pericial.

Seja como for, será possível que as partes se manifestem sobre a desnecessidade de conservação do material periciado, diante do que o juiz determinaria sua liberação e, portanto, dispensa de custódia, por analogia com o art. 118 do CPP. Ademais, o art. 170 do CPP continua a subsidiar essa interpretação, uma vez que se refere à guarda apenas do material “suficiente” para a eventualidade de nova perícia, e não de todo o material, o qual poderá ser remetido a juízo ou, conforme o caso, devolvido.

Essa interpretação será útil especialmente no caso de perícia, por exemplo, de materiais que melhor estariam se devolvidos ao seu uso específico, como o armamento policial, que, uma vez periciado, poderá, se não houver necessidade de sua custódia pericial, ser devolvido ao respectivo órgão policial.

[...]

15.5 Testemunhas

[...]

As perguntas das partes às testemunhas eram requeridas ao juiz, o qual as formulava à testemunha (art. 212 do CPP e art. 352, § 4º, do CPPM); portanto, o CPP e o CPPM adotaram o “sistema presidencial” de inquirição das testemunhas. O juiz não podia recusar as perguntas da parte, salvo se não tivessem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida (art. 212, CPP). A doutrina e a jurisprudência majoritária já admitiam que, no plenário do júri, as partes reinquiriam diretamente a testemunha, sem intermediação do juiz (art. 467, CPP).

Entretanto, no CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.689/2008 ao art. 212 (em vigor a partir de 9 de agosto de 2008), o sistema passou a ser semelhante ao *cross examination* (“exame cruzado”) do processo penal estadunidense, uma vez que as perguntas serão formuladas pelas partes *diretamente* à testemunha.

O juiz passa a acompanhar as inquirições feitas diretamente pelas partes, não admitindo aquelas perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Doravante, o juiz, após as inquirições das partes, poderá fazer suas perguntas para complementar aquelas sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).

Esse sistema de inquirição direta pelas partes é aplicável em qualquer processo penal não-militar, em qualquer instância e em qualquer procedimento, por ser a norma geral do processo penal, ou seja, no processo penal comum e no processo penal eleitoral, em procedimentos ordinários e especiais, e em processos penais perante juízes e tribunais (processo penal “originário”, em casos de competência especial pela prerrogativa de função). Observe que o processo penal eleitoral utiliza, subsidiariamente, as normas do processo penal comum.

Isso demandará um esforço muito maior das partes, pois, de modo geral, não estão acostumadas à inquirição direta nem prévia e não têm capacitação específica para fazer perguntas dessa forma (aliás, os juízes também não têm uma preparação específica). Seria interessante que houvesse cursos e treinamentos nesse sentido, como é comum ocorrer na área da inteligência (técnica operacional de entrevista).

O CPPM manteve o “sistema presidencial” e as perguntas das partes continuarão a ser feitas por meio do juiz. Se, no Brasil, não houvesse tanta dependência cultural de normas infraconstitucionais e a supremacia da Constituição fosse levada a sério, o “sistema” de inquirição direta também poderia ser aplicado ao processo penal militar, com fundamento no princípio constitucional acusatório.

Conforme dispõe o art. 214 do CPP, antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208, *fine*, c/c art. 206, 2ª parte, todos do CPP.

“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” (art. 217, *caput*, do CPP, com a nova redação da Lei 11.690/2008). “A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram” (art. 217, parágrafo único, CPP).

A nova redação do art. 217 do CPP é um aprofundamento do princípio da ampla defesa, pois garante a imediação do réu com a prova testemunhal, com o juiz e com seu próprio defensor. A testemunha não estará na sala de audiências, mas na tela do dispositivo de videoconferência, com o que o réu permanecerá na presença do juiz, do defensor e, virtualmente, da testemunha. Esta, por sua vez, se sentirá mais segura, por não estar na presença do réu pelo menos fisicamente (ou seja, não estará na mesma sala).

Essa tecnologia da videoconferência ainda demorará a chegar a maior parte dos juízes do país e, assim, infelizmente, a retirada do réu continuará a ser a forma viável.

O art. 358 do CPPM continua a prever a mera retirada do réu. Todavia, tendo em vista o princípio constitucional da ampla defesa, pensamos que o novo art. 217 do CPP deva ser aplicado também ao processo penal militar, por se tratar de meio, especificado legalmente, de conferir maior efetividade a garantia fundamental.

[...]

15.6 Ofendido

[...]

Poderá ser conduzido coercitivamente se for intimado para prestar declarações e deixar de comparecer sem motivo justo (art. 201, § 1º, CPP).

[...]

Com a nova redação do art. 201 do CPP, a Lei 11.690/2008 “resgata” o ofendido no processo penal, estabelecendo que “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” (§ 2º). Essas “comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico” (§ 3º).

Ademais, “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” (art. 201, § 6º, CPP). Obviamente, por exemplo o conteúdo de depoimento não poderá ser sigiloso para as partes, em face do princípio do contraditório.

Constatamos, em nossa experiência forense¹⁸⁷, que é muito comum o ofendido não querer colaborar com a justiça por medo do indigitado indiciado/acusado, bem como, após início da investigação criminal ou processo penal, de ser sua vítima (ou novamente sua vítima). Essa situação se agrava quando o indiciado/acusado é comprovadamente perigoso (condenação anterior, crime organizado etc.).

Essas medidas são razoáveis, porque: primeiro, os atos processuais, de modo geral, são públicos; segundo, o ofendido, em tese, teve direito violado (inclusive haverá fixação do valor mínimo de reparação no próprio processo penal – art. 387, IV, CPP, com nova redação dada pela Lei 11.719/2008); terceiro, não se pode supor, *a priori*, um espírito vingativo do ofendido.

O Estado, contudo, será responsável por não colocar o indiciado/acusado/réu em situação vulnerável, tornando-o vítima de eventual vingança. Por exemplo, não deverá liberá-lo da prisão em local ermo, sem a devida condução a local seguro.

15.12 Recepção, interceptação e gravação das comunicações

15.12.1 Geral

Há uma certa imprecisão terminológica no tratamento da matéria, razão pelas qual faremos algumas especificações conceituais.

Segundo Houaiss, comunicação é:

processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc.) ou de aparelhos e

¹⁸⁷ Por respeito ao rigor científico, a generalização dessa afirmação demanda pesquisa empírica.

*dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais etc.*¹⁸⁸

Podemos classificar as comunicações de várias formas:

a) comunicações epistolares: as realizadas por meio de correspondência, no sentido em que tratamos no item 15.12.4;

b) comunicações telegráficas: as realizadas por meio de telegrafia, a qual é um processo de telecomunicações que transmite textos escritos (telegramas), utilizando código de sinais¹⁸⁹, por sinalização elétrica ou radioelétrica, ou qualquer outra forma equivalente¹⁹⁰, a ser convertida em comunicação escrita, para entrega ao destinatário. O telegrama é uma espécie de correspondência, conforme tratamos no item 15.12.4;

c) comunicações telefônicas: as realizadas por meio de telefone, o qual é um aparelho destinado a transmitir e reproduzir à distância o som audível, especialmente o da fala humana, por meio de correntes eletromagnéticas¹⁹¹;

d) comunicações de dados (informática e telemática): as comunicações de informação computadorizada, por meio de processamento de dados. A informática é ramo do conhecimento relativo ao tratamento da informação mediante o uso de procedimentos, computadores e outros dispositivos de processamento de dados. A telemática, parte da informática, é ramo do conhecimento que trata da manipulação e utilização da informação por meio do uso combinado de computador e meios de telecomunicação, para transmissão da informação computadorizada à distância;

e) comunicações radioelétricas: as realizadas por meio de ondas radioelétricas (ondas hertzianas ou ondas de rádio), as quais são ondas eletromagnéticas cujas frequências têm comprimento de onda entre 3 quilohertz e 300 gigahertz e que são utilizadas em emissão e recepção radiofônicas, sem necessidade de utilização de fios;

f) comunicações eletromagnéticas: as realizadas por meio de ondas eletromagnéticas, seja através de meios físicos (como fios elétricos ou cabos ópticos) ou diretamente no meio ambiente (sinais ópticos, sinais radioelétricos ou, ainda, sinais eletromagnéticos fora da frequência dos demais). Comunicações eletromagnéticas constituem o gênero que abrange as comunicações radioelétricas, telegráficas e ópticas. **On**da eletromagnética é o gênero que inclui as ondas que estão nas frequências ópticas, nas radioelétricas e em outras¹⁹²;

g) comunicações ambientais: expressão cujo uso tende a se referir às comunicações realizadas diretamente no meio ambiente, sem transmissão e recepção por meios físicos artificiais, como fios elétricos, cabos ópticos etc. Nesse sentido, fala-se, por exemplo, em *interceptação ambiental* ou em *gravação ambiental*. Podem ser divididas em comunicações ambientais:

¹⁸⁸ DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, 2002.

¹⁸⁹ Veja art. 4º, *caput*, Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações).

¹⁹⁰ A comunicação telegráfica não é realizada necessariamente por meio de fios.

¹⁹¹ DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, 2002.

¹⁹² A CR, no art. 21, XI e XII, *a*, distinguiu radiodifusão e serviços de telecomunicações. A Lei 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações) define serviço de telecomunicações como o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação (art. 60, *caput*) e telecomunicação como a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 60, § 1º). Portanto, incluem-se no gênero das "comunicações eletromagnéticas" as comunicações feitas pelos serviços de telecomunicação.

g.1) acústicas ou sonoras¹⁹³. Por exemplo, uma conversa oral sonora entre duas pessoas, numa sala (comunicação ambiental verbal ou vocal);

g.2) ópticas. Por exemplo, uma comunicação entre duas pessoas, utilizando-se de dispositivos ópticos, cujos sinais de luz¹⁹⁴ são códigos compreensíveis para ambas;

g.3) radioelétricas¹⁹⁵. Por exemplo, pessoas dialogando por meio de radiotransmissores;

g.4) eletromagnéticas. Por exemplo, comunicações que utilizem as demais ondas eletromagnéticas com comprimentos de ondas diversas das radioelétricas e ópticas.

Recepção é o recebimento ou a captação da mensagem ou informação por aquele a quem foi destinada, na comunicação. Receptor (ou, conforme o caso, destinatário ou interlocutor) é aquele ou aquilo que recebe a mensagem ou informação que lhe foi destinada.

Interceptação é o recebimento ou a captação da mensagem ou informação por terceira pessoa (ou dispositivo) diversa do emissor ou do receptor (destinatário), ou seja, por alguém que não é um dos comunicadores. Interceptor é aquele ou aquilo que capta a mensagem ou informação que não lhe foi destinada.

Nessa terminologia, podemos falar, conforme o caso, em sinal, mensagem ou informação transmitidos (ou emitidos), recepcionados (ou recebidos) e interceptos.

Gravação é o registro de som (em disco, fita magnética, CD, DVD etc.), por processo mecânico ou magnético. Em sentido amplo, o termo também abrange a filmagem, que é o ato ou processo de registrar imagens (cenas, paisagens, ações etc.) em fitas de videocassete, DVD etc. Por extensão, o vocábulo também passou a ser utilizado, em informática, para o registro, como dados informatizados, de imagens, escritos, símbolos ou quaisquer outros dados, em disquetes ou discos rígidos de computador, CD-ROM, CD-R, DVD etc. Pode ocorrer a recepção ou a interceptação de uma comunicação sem que haja sua gravação.

Segredo ou sigilo é a mensagem ou informação que não pode ser revelada ou que somente pode sê-lo em âmbito restrito ou reservado. A inviolabilidade constitucional ou legal é  meio de proteção (garantia) do segredo. A inviolabilidade pode ser atribuída explicitamente pela Constituição (por exemplo, sigilo de correspondência) ou pela lei (por exemplo, sigilo profissional e sigilo do inquérito policial) ou decorrer, implicitamente, de um direito fundamental, como ocorre com o direito à intimidade, o direito à vida privada¹⁹⁶ etc. (por exemplo, sigilo de comunicação ambiental verbal, na qual alguém confia situações íntimas a um amigo), o que poderíamos denominar, respectivamente, sigilo explícito e implícito.

¹⁹³ As ondas sonoras são aquelas cujas frequências oscilam aproximadamente entre 20 e 20.000 hertz e que são percebidas pelo ouvido humano como sons.

¹⁹⁴ Conforme Houaiss, luz é *toda radiação eletromagnética sensível à visão humana e cujos comprimentos de onda estão contidos na faixa entre 400 e 740 nanômetros aprox. [É comum utilizar o nome luz para regiões do espectro vizinhas mas não visíveis, como nos casos das regiões ultravioleta e infravermelha.]* (DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, 2002).

¹⁹⁵ Trata-se das comunicações radioelétricas, já vistas acima. Contudo, a Constituição da República (arts. 222 e 223) utiliza a expressão radiodifusão em sentido amplo, pois fala em radiodifusão sonora e de sons e imagens, mas distingue radiodifusão e serviços de telecomunicações (art. 21, XI e XII, a, CR).

¹⁹⁶ O art. 5º, X, da Constituição Federal estabelece que são invioláveis a intimidade e a vida privada. Ora, o caráter sigiloso é um corolário lógico da intimidade e privacidade, cujas entidades necessitam do sigilo para se manterem enquanto tais. Por isso, a Constituição garantiu a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, por conseguinte, dos sigilos que implicitamente decorrem delas.

O caráter secreto, sigiloso, confidencial ou reservado atribuído a uma informação tem por objetivo, normalmente, proteger a intimidade ou a vida privada das pessoas, como garantia fundamental individual. Todavia, também pode ser para proteger a sociedade, o Estado, a Administração Pública, a propriedade imaterial etc.

Violação ou quebra do sigilo da comunicação é o acesso à mensagem ou informação sigilosas por pessoa diversa do emissor, do receptor ou da pessoa protegida pelo sigilo.

O art. 5º, XII, da Constituição Federal instituiu, direta e expressamente, a inviolabilidade do sigilo de várias espécies de comunicação:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A inviolabilidade foi reforçada pela instituição de várias infrações penais, as quais têm por fim proteger os segredos ou sigilos:

a) comunicações epistolares (art. 40, Lei 6.538/1978 – crime de violação de correspondência): devassar (invadir para descobrir) indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem;

b) comunicações epistolares (art. 41, incisos I a IV, Lei 6.538/1978): violar segredo profissional, indispensável à manutenção do sigilo da correspondência mediante divulgação de nomes de pessoas que mantenham, entre si, correspondência (inciso I), divulgação, no todo ou em parte, de assunto ou texto de correspondência de que, em razão do ofício, se tenha conhecimento (inciso II), revelação do nome de assinante de caixa postal ou o número desta, quando houver pedido em contrário do usuário (inciso III) e revelação do modo pelo qual ou do local especial em que qualquer pessoa recebe correspondência (inciso IV);

c) comunicações epistolares (art. 152, CP – crime de violação de correspondência comercial): abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, revelar a estranho o conteúdo de correspondência comercial;

d) comunicações epistolares (art. 153, *caput*, CP – crime de divulgação de segredo): divulgar¹⁹⁷ a , sem justa causa, conteúdo de correspondência confidencial, de que é *destinatário ou detentor*, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem (art. 153, *caput*);

e) comunicações telefônicas e de dados (art. 10, Lei 9.296/1996): realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei;

f) comunicações telefônicas (art. 151, § 1º, II, CP – crime de violação de comunicação telefônica): quem não é autor ou partícipe da interceptação telefônica, mas indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente conversação telefônica entre outras pessoas¹⁹⁸;

¹⁹⁷ Basta divulgar (dar conhecimento) a uma só pessoa para que o crime se caracterize (NUCCI, *Código Penal comentado*, 2003, p. 489, art. 153, item 137). Essa interpretação é válida para outros tipos penais que possuam o mesmo verbo típico.

¹⁹⁸ Entendemos, juntamente com Júlio Fabbrini Mirabete e Guilherme de Souza Nucci, que o art. 10 da Lei 9.296/1996 apenas derogou, no que tange às comunicações telefônicas, o art. 151, II, do Código

g) comunicações telegráficas ou radioelétricas (art. 151, § 1º, II, CP – crime de violação de comunicação telegráfica ou radioelétrica): quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica¹⁹⁹ ou radioelétrica;

h) telecomunicações ou comunicações eletromagnéticas em geral (art. 56, Lei 4.117/1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações – crime de violação de telecomunicações): pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafa ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro (art. 56, *caput*), bem como pratica, também, crime de violação de telecomunicações quem ilegalmente receber, divulgar ou utilizar, telecomunicação interceptada (art. 56, § 1º). Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação (art. 56, § 2º);

j) o conteúdo da comunicação que não se enquadre numa das hipóteses acima pode ser, indireta e eventualmente, protegido por outros dispositivos penais²⁰⁰:

j.1) divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular, de que é *destinatário ou detentor*, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem (art. 153, *caput*, 1ª figura, CP – crime de divulgação de segredo);

j.2) divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública (art. 153, § 1º-A, CP – crime de divulgação de segredo)²⁰¹:

j.3) revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério²⁰², ofício²⁰³ ou profissão²⁰⁴, e cuja revelação possa produzir dano a outrem (art. 154, CP – crime de violação do segredo profissional);

j.4) revelar o “funcionário público”²⁰⁵ fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação (art. 325, *caput*, CP – crime de violação de sigilo funcional);

j.5) quem (“funcionário público”) permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública, ou quem se utiliza indevidamente, do acesso restrito (art. 325, § 1º, I e II, CP – crime de violação de sigilo funcional);

Penal, pois este ainda se aplica ao terceiro que não foi o autor ou partícipe da interceptação (NUCCI, *Código Penal comentado*, 2003, p. 482, art. 151, item 102).

¹⁹⁹ Se o próprio servidor (telegrafista) o fizer, entendemos que se trata do crime previsto no art. 41, II, Lei 6.538/1978.

²⁰⁰ A comunicação em si mesma pode até não ser o objeto da proteção penal, mas o conteúdo da comunicação sigilosa pode estar registrado em documento particular ou sistemas de informação ou de banco de dados, ou alguém pode ter tido ciência da informação sigilosa em razão de função, ministério, ofício ou profissão (por exemplo, até mesmo por comunicação ambiental verbal).

²⁰¹ Se o agente é funcionário público, responde pelo crime do art. 325 do CP.

²⁰² Por exemplo, a violação do conteúdo da confissão religiosa que os fiéis fazem aos sacerdotes pode caracterizar esse crime.

²⁰³ Por exemplo, empregada doméstica que tome ciência de segredo dos patrões, no interior da casa e durante o exercício de seu ofício, e que o revele a terceiros.

²⁰⁴ Por exemplo, o médico ou o psicólogo que, em razão de sua profissão, tome ciência do segredo do respectivo paciente e o revele a terceiros.

²⁰⁵ “Funcionário público”, aqui, encontra-se no sentido amplo do art. 327 do Código Penal.

j.6) devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo (art. 326, CP – crime de violação do sigilo de proposta de concorrência);

j.7) desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação, bem como incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime (art. 183, *caput* e parágrafo único, Lei 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações));

j.8) constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos (art. 70, Lei 4.117/1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações).

Em síntese, há normas penais incriminadoras relativas a: a) espécies de comunicações (epistolares, telefônicas etc.), enquanto processo comunicacional, independentemente do conteúdo informacional²⁰⁶; b) sistemas, redes ou serviços tecnológicos que possibilitam o processo comunicacional, independentemente de seu conteúdo informacional (a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto na lei etc.); c) determinados conteúdos informacionais, independentemente da espécie ou do meio de comunicação utilizados (sigilos funcionais, sigilos profissionais etc.).

15.12.2 Comunicações telefônicas

[...]

15.12.3 Comunicações ambientais, radioelétricas, ópticas, acústicas e de dados (informática e telemática)

[...]

15.12.4 Comunicações epistolares

[...]

15.13 Quebra de sigilo bancário

[...]

15.14 Quebra de sigilo fiscal

[...]

15.15 Identificação criminal

[...]

15.16 Intervenções corporais

[...].

²⁰⁶ O dado, informação ou conhecimento sobre fato, situação ou pessoa.

15.17 Infiltração

15.17.1 Hipóteses, limites e justificação legais

[...]

15.17.2 Agente infiltrado e infiltração – definição e natureza jurídica

[...]

15.17.3 Procedimento da infiltração

[...]

15.17.4 Análise pós-infiltração e situação do agente infiltrado

[...]

15.18 Atividades de inteligência

[...]



16 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS I: PRISÃO PROVISÓRIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS E MITIGADAS

16.5 Prisão na pronúncia e prisão na sentença condenatória recorrível

Os novos dispositivos legais do art. 413, § 3º, e art. 492, I, “e”, e a revogação dos §§ 2º e 3º do anterior art. 408, efetuados pela Lei 11.689/2008, e o novo dispositivo do art. 387, parágrafo único, e a revogação do art. 594, todos do CPP, efetuados pela Lei 11.719/2008, afirmaram, categoricamente, a natureza cautelar da prisão durante o processo penal, bem como o direito de recorrer, independentemente de recolhimento à prisão.

Quanto à sentença condenatória, isso decorre do novo parágrafo único do art. 387, em conjunto com a revogação do art. 594 do CPP, ambos efetuados pela Lei 11.719/2008.

Quanto à sentença penal condenatória em geral e ao direito de recorrer, o parágrafo único do art. 387 do CPP estabelece:

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.

Isso também se aplica à sentença penal condenatória prolatada pelo juiz-presidente, no tribunal do júri, nos termos do art. 492, I, “e” (“mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva”) e do art. do art. 492, I, “d”, c/c art. 387, parágrafo único, CPP (outra medida cautelar e direito de recorrer).

Portanto, seja para determinar a prisão do réu que se encontrava solto ou para manter preso o acusado que já se encontrava preso, o juiz, na sentença condenatória, deverá fundamentar, cautelarmente, conforme o caso, tanto a ordem de prisão quanto a manutenção da prisão, segundo os “requisitos” da prisão preventiva (art. 312, CPP). O fundamento cautelar da “conveniência da instrução criminal” não é mais cabível pois a instrução já foi encerrada.

Seja como for, doravante o direito de recorrer independe de eventual recolhimento à prisão (art. 387, parágrafo único, CPP).

A sentença penal condenatória não mais poderá acarretar, “automaticamente”, a prisão do réu, nem do ponto de vista do texto legal.

Além da prisão preventiva ou em vez dela, o juiz poderá impor ou manter outras medidas cautelares pessoais, como ocorre nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 387, parágrafo único – “outra medida cautelar”)²⁰⁷.

Quanto à prisão na pronúncia, doravante, nos termos do art. 413, § 3º, do CPP, se o acusado estiver preso, o juiz deverá decidir, na pronúncia, motivadamente, a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou de medida restritiva de liberdade anteriormente decretada. Se o acusado estiver solto, também motivadamente decidirá sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição

²⁰⁷ Tratamos das “medidas protetivas” da Lei 11.340/2006 (Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) no item 9.12.4.5, a que fazemos remissão.

de quaisquer das “medidas previstas no Título IX do Livro I” do CPP, que trata da prisão e liberdade provisórias.

De maneira apropriada, a lei refere-se a “medida restritiva de liberdade” e “quaisquer das medidas previstas”, significando, a rigor, medidas cautelares pessoais.

Por um lado, a redação já antecipa futura modificação do CPP, que incluirá outras espécies de medidas cautelares pessoais no referido título do CPP (*vide* PL 4208/2001).

Por outro, conforme levantamento que fizemos no item 16.9, há uma imensa variedade de medidas cautelares pessoais geralmente esquecidas pela doutrina e jurisprudência e que podem, desde já, servir como alternativas à prisão provisória. A Lei 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”) também trouxe novas medidas cautelares pessoais.

Ademais, os §§ 2º e 3º do art. 408 do CPP foram revogados. Não há mais necessidade dessas liberdades, pois também não há mais, no texto legal, a prisão decorrente da decisão de pronúncia.

Enfim, nos termos legais, qualquer medida cautelar pessoal que esteja aplicada ou que vá ser aplicada ao acusado deve ser justificada cautelarmente na pronúncia.

No item 16.1.2, afirmamos a natureza cautelar das prisões provisórias, com base nos princípios da liberdade, da inocência e da proporcionalidade.

Assim, as prisões decorrentes da sentença penal condenatória recorrível e da pronúncia ocorrem num momento em que ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado e, portanto, são prisões provisórias. Conseqüentemente, ambas têm natureza cautelar.

A cautelaridade dessas prisões significa que somente se justificam se presentes os *pressupostos* ou *requisitos* legais das medidas cautelares em geral, a saber, o *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*) e o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*). Em outras palavras, deve haver *necessidade cautelar* para que tais prisões possam ser constitucional e legalmente justificadas.

Essa necessidade cautelar da prisão é aferida pelo *periculum libertatis*, o perigo concreto que a liberdade do suspeito, indiciado ou acusado acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança pública²⁰⁸.

O art. 5º, inciso LXI, da Constituição federal estabelece: *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.*

Fora as hipóteses de prisão em flagrante e de prisão disciplinar militar (ou prisão administrativa militar), as demais demandam ordem *escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*. Substantivando todos os termos, as demais prisões, sejam provisórias ou definitivas, para que sejam constitucionalmente válidas, devem ter como *pressupostos*: a) autoridade; b) judicialidade da autoridade; c) competência da autoridade; d) ordem; e) escrituração da ordem; f) fundamentação da ordem; g) autoritariedade da ordem; h) judicialidade da ordem; i) judicialidade da

²⁰⁸ Quanto à segurança pública como fim mediato da persecução criminal e sua noção, veja item 1.3.2.1.

fundamentação; j) autoritariedade da fundamentação. As prisões provisórias, contudo, têm, ainda, outro pressuposto, que é a necessidade cautelar da prisão.

Segundo a teoria das cautelares, a necessidade cautelar não decorre do direito substancial (no nosso caso, *poder de punir*) em si mesmo ou do fato constitutivo do direito em si mesmo (*fato delitivo*), mas do perigo para a efetividade do direito na demora em satisfazê-lo, decorrente de circunstância fática concretamente e devidamente demonstrada.

Aplicando o princípio constitucional da proporcionalidade, podemos dizer que, na prisão-pena, o ente legislativo pode avaliar direta e abstratamente a necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* da prisão, tomando como referência a gravidade da conduta que o ente legislativo tipifica como infração penal, enquanto, nas prisões provisórias (exceto a prisão em flagrante²⁰⁹ e a prisão disciplinar militar provisória), a necessidade, a adequação e a proporcionalidade *stricto sensu* são avaliadas, concretamente, pelo órgão jurisdicional, com referência a fato diverso do fato delitivo considerado.

A prisão como *efeito automático* da sentença é uma ordem *legislativa*, com base no *direito substancial* em si mesmo (no *poder de punir*) e no *fato delitivo* em si mesmo. Tendo em vista o princípio constitucional da inocência, esse *efeito automático* somente é possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, após o que o fato jurídico-delitivo, sobre cuja existência há certeza jurídica, tem como efeito a execução da pena. Seja como for, sempre tem que haver uma ordem *judicial*, pois a Constituição assim o exige, mas, nesse caso, a ordem judicial apenas *referenda* a determinação punitiva legislativa, sem entrar no mérito das avaliações feitas pelos legislador quanto ao fato dever ser delitivo ou dever ter determinada pena. A instituição dos fatos delitivos e suas conseqüências jurídicas estão dentro da competência do *legislador* (a União). Nesse caso, a necessidade de se estabelecer uma sanção penal para determinada conduta é de competência do ente legislativo, cuja avaliação ocorre em abstrato, no sentido de não estar referida a determinado caso concreto, mas baseada na generalidade dos casos e relações sociais.

No caso das prisões provisórias, os *pressupostos* devem estar referidos à necessidade cautelar, e não ao poder de punir e ao fato delitivo em si mesmos.

Se admitíssemos  prisão como *efeito automático* da sentença penal condenatória *recurrível* ou da pronúncia, ela seria uma ordem *legislativa*, que, como vimos, é feita com base no *direito substancial* em si mesmo (no *poder de punir*) e no *fato delitivo* em si mesmo. Portanto, na perspectiva cautelar, teríamos uma ordem *sem judicialidade, sem competência, sem necessidade cautelar* e, enfim, *sem fundamentação judicial e cautelar* referida a alguma circunstância fática concreta e devidamente demonstrada, diversa do *poder de punir* ou do *fato delitivo* em si mesmos.

Vejamos os dispositivos legais que foram revogados com a “reforma processual” das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008. Antes dessas leis, o CPP não somente estabelecia a prisão como efeito automático da sentença penal

²⁰⁹ Como já o dissemos, observe que, se o ato de prender em flagrante delito, no momento do flagrante, está constitucionalmente dispensado de demonstração de necessidade cautelar, diversamente a *manutenção* da prisão em flagrante se baseia em necessidade cautelar. Ademais, se o juiz for questionado pelo *ente controlador* (tribunal de justiça, tribunal regional federal etc.), por exemplo em sede de *habeas corpus*, o juiz terá que justificar, cautelarmente, a manutenção da prisão em flagrante, conforme vimos no item 4.3.6, ao tratarmos do princípio da proporcionalidade.

condenatória recorrível (art. 393, I)²¹⁰ e da decisão de pronúncia (art. 408, § 2º)²¹¹, como também a exigência de recolhimento à prisão para poder apelar da sentença condenatória (art. 594)²¹² ou recorrer da pronúncia (implicitamente revogado art. 585), salvo nas hipóteses do art. 594 do CPP (para a condenação recorrível) ou do art. 408, §§ 2º e 3º, CPP (na pronúncia)²¹³. A exigência de recolhimento à prisão para apelar estava em desacordo com os princípios constitucionais da inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. São duas situações diferentes: a prisão como efeito automático não implicava a exigência de recolhimento à prisão para recorrer, pois alguém poderia estar foragido e, ainda assim, interpor recurso. Mas o CPP tinha as duas previsões. Entretanto, a exigência de recolhimento à prisão para recorrer implicava a prévia determinação da prisão, pois alguém não poderia se apresentar ao estabelecimento prisional, sem qualquer mandado de prisão, dizendo que queria se recolher voluntariamente à prisão para poder recorrer.

Um novo *ordenamento* jurídico surgiu com a nova Constituição de 1988, em que foram explicitados os princípios constitucionais da liberdade, da ampla defesa e da inocência, bem como se afirmaram os princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e do duplo grau de jurisdição.

No âmbito do processo penal militar, ainda existe a previsão da prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível (art. 449, a, CPPM)²¹⁴ e da exigência de recolhimento à prisão para apelar (art. 527, CPPM)²¹⁵. Esses dispositivos, além de todos os demais argumentos, não se justificam mais, por violação do princípio constitucional da igualdade, uma vez que não há fator diferencial entre o réu no processo penal comum e o réu no processo penal militar que sustentem o tratamento desigual.

Para o texto legal do CPP (e também do CPPM), as prisões decorrentes da sentença penal condenatória recorrível e da pronúncia não tinham natureza cautelar. Partiam de certas presunções, como a de probabilidade de fuga, avaliadas abstratamente pelo ente legislativo. A natureza cautelar de uma medida nos remete a uma circunstância fática (*periculum in mora*) distinta do poder punitivo e do fato delitivo em si mesmos, não se coadunando, portanto, com a mera afirmação da autoria e da existência de um fato delitivo (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*).

Mas, o texto legal do CPP (e também do CPPM) demandava uma nova interpretação constitucional, a partir da nova Constituição da República, com base na qual as prisões de direito processual penal têm natureza cautelar. Assim, a rigor, as prisões decorrentes da sentença penal condenatória recorrível e da pronúncia

²¹⁰ Implicitamente revogado art. 393, inciso I, CPP: *São efeitos da sentença condenatória recorrível (caput): ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança* (inciso I).

²¹¹ Revogado art. 408, § 1º, CPP: *Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.*

²¹² Revogado art. 594, CPP: *O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.*

²¹³ Revogados §§ 2º e 3º. Art. 408, § 2º, CPP: *Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.* Art. 408, § 3º, CPP: *Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.*

²¹⁴ Art. 449, alínea a, CPPM: *São efeitos da sentença condenatória recorrível: a) ser o réu preso ou conservado na prisão.*

²¹⁵ Art. 527, CPPM: *O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória.*

somente são válidas se verificada judicialmente circunstância fática perigosa distinta do mero reconhecimento do poder de punir ou da existência do fato delitivo.

O mesmo se aplica às exigências de se recolher à prisão para recorrer previstas em:

a) art. 527 do CPPM (“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória”)

b) art. 59 da Lei 11.343/2006 – Lei Antidrogas (“Nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”);

c) art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos (“Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”);

d) art. 3º, 2ª parte, da Lei 9.613/1998 – Lei da Lavagem de Dinheiro (“em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”).

Veamos a jurisprudência anteriormente à declaração de inconstitucionalidade pelo STF do art. 21 da Lei 10.286/2003, na ADI 3112, que estabeleceu novo paradigma jurisprudencial. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, apesar dos argumentos vistos, afirmou categoricamente a constitucionalidade do art. 594 do CPP, antes de sua revogação, ao entender que a exigência de recolhimento à prisão para recorrer não ofendia o princípio constitucional da inocência²¹⁶. Anteriormente, o STJ já havia editado sua Súmula 9: *A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*²¹⁷.

Na atual *ordem jurídica* constitucional, talvez o mais longe que o legislador pudesse chegar fosse a previsão da prisão, em crimes graves, como efeito automático da sentença penal condenatória recorrível, com inversão de ônus para a defesa, mas explicitando legalmente as presunções da necessidade da prisão. A defesa sempre poderia tentar provar que, concretamente, a presunção não estaria presente, o que também significaria que não estaria sendo excluída da apreciação do Poder Judiciário a lesão  ameaça ao direito de liberdade.

O STF, no citado HC 68726, referiu-se às razões cautelares que motivaram o ente legislativo: *interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta*. Tratava-se de presunção legal de probabilidade de fuga e, portanto, de perigo para a futura execução da pena. Os termos do revogado art. 594 do CPP, ao excetuar a prisão do primário e de bons antecedentes, presumiam que o reincidente ou de maus antecedentes podia voltar a delinquir e, portanto, oferecer perigo à *ordem pública*. Ora, enquanto o processo penal não findar com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ele se encontra submetido ao princípio constitucional da ampla defesa. Logo, essas presunções legais, se admitidas, seriam *iuris tantum* (ou presunção relativa), sujeitas à prova em contrário, uma vez que não poderia haver uma presunção legal, num processo penal pendente, que não pudesse ser refutada em prol da defesa. Portanto, mesmo admitindo a posição do STF, o juiz

²¹⁶ STF, Tribunal Pleno, *Habeas Corpus* nº 68726/DF, rel. min. Néri da Silveira, j. 28.jun.1991, *DJU*, 26.nov.1992. Logo em seguida reafirmada em STF, 1ª Turma, *Habeas Corpus* nº 68841/SP, rel. min. Moreira Alves, j. 24.set.1991, *DJU*, 11.out.1991.

²¹⁷ Publicada no *DJU*, 12.set.1990.

teria, constitucionalmente, competência para afastar a presunção *iuris tantum* de *periculum libertatis* e, conseqüentemente, deixar de decretar a prisão.

Note que, se o órgão judicial não decretasse a prisão, por ocasião da sentença penal condenatória recorrível, ela não ocorreria, pois a Constituição exige que haja uma ordem judicial. Se não houvesse impugnação especificamente contra a não decretação, isso acarretaria, inclusive, proibição de *reformatio in pejus*²¹⁸, impossibilitando que eventual juízo *ad quem* decretasse a prisão ou não conhecesse o recurso por falta de recolhimento à prisão²¹⁹. Mas a questão não era a proibição da *reformatio in pejus*, e sim a competência constitucional do juiz para afastar a referida presunção.

Antes mesmo da “reforma processual penal” feita pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, essa jurisprudência já devia ser revista, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, na ADI 3112, do art. 21 da Lei 10.286/2003 (Estatuto do Desarmamento), que vedava a liberdade provisória sem fiança (*vide* item 17.1.3.2 a respeito). Toda prisão provisória tem natureza cautelar e somente pode ser decretada ou mantida se houver necessidade cautelar, com base em elementos probatórios. O que definitivamente se encontra vedado é a prisão *automática*, prisão *ex lege*, prisão *obrigatória* ou prisão “preventiva” *obrigatória*.

Nessa linha, se o indiciado/réu está preso provisoriamente, independentemente da gravidade do crime, sempre é cabível, em tese (abstratamente), a liberdade provisória sem fiança, pois a prisão provisória é medida cautelar pessoal; desse modo, se não houver comprovação de necessidade cautelar *concreta* (ou seja, com base em elementos probatórios), a liberdade provisória deve ser concedida (supondo que há fundamento cautelar para a liberdade provisória, pois, do contrário, será hipótese de liberdade plena). Se o indiciado/réu está solto, com mais razão ainda somente pode ser preso provisoriamente, fora as hipóteses de prisão em flagrante delito e de prisão disciplinar militar, se houver ordem escrita e *fundamentada* da autoridade *judiciária* competente, fundamentação essa que deve afirmar, com base em elementos probatórios, a necessidade cautelar da prisão provisória, cujos critérios se encontram, de modo geral, no art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal).

Enfim, a prisão de  ente de sentença penal condenatória recorrível somente é possível se houver necessidade cautelar da respectiva prisão provisória (de modo geral, as razões cautelares da prisão preventiva, que se encontram no art. 312 do CPP, exceto, obviamente, a conveniência da instrução criminal, pois já terminou) e, mesmo assim, se for “proporcional” (não faria sentido, por exemplo, prender alguém provisoriamente por pena pequena, pois ficaria mais tempo preso provisoriamente do que definitivamente). A exigência de se recolher à prisão para apelar fere o princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição e o princípio constitucional da ampla defesa, por isso, doravante, também no texto legal, o direito de recorrer não mais está condicionado a eventual recolhimento à prisão, nos termos do art. 387, parágrafo único, *fine*, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008).

Com a ADI 3112 e, posteriormente, com as modificações realizadas pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 (“reforma processual penal”), reabre-se a discussão sobre a possibilidade de “execução provisória”.

²¹⁸ Ou seja, a proibição de o juízo *ad quem*, em grau recursal, reconhecer, contra o réu, matéria não impugnada pela acusação no recurso.

²¹⁹ Veja decisões do STF nesse sentido, adiante, no item 17.8.

Antes da ADI 3112, a jurisprudência do STF admitiu verdadeira execução provisória da sentença penal condenatória recorrível. Nesse sentido, o STJ editou a Súmula 297 do STJ: *A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão*²²⁰. Assim, se perdurar essa jurisprudência, ainda que o réu tenha permanecido solto durante todo o processo penal, o mandado de prisão poderá ser expedido quando somente restem o recurso extraordinário para o STF ou o recurso especial para o STJ, sem qualquer referência à necessidade cautelar da prisão.

Se é uma *execução provisória*, não pode haver qualquer óbice à progressão de regime e demais benefícios da execução penal. Nessa linha, o STF editou a Súmula 716: *Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*. E prosseguiu o STF com a Súmula 717: *Não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial*.

Vejamos, agora, a hipótese de prisão por pronúncia.

Se, antes da ADI 3112, foi possível à jurisprudência chegar à afirmação da constitucionalidade da prisão *provisória* como efeito *automático* da sentença penal condenatória (o que não mais vigora com as modificações das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008), isso sempre foi constitucionalmente inadmissível, na vigência da Constituição de 1988, quanto à decisão de pronúncia, e demandava uma reinterpretação constitucional do texto legal, o qual é anterior à Constituição de 1988. No primeiro caso, tínhamos pelo menos uma probabilidade de fuga ou de risco para a ordem pública baseada numa condenação recorrível. Contudo, no caso da pronúncia, temos mera probabilidade de condenação ou até menos que isso. A única coisa certa com a pronúncia é a submissão do réu a julgamento perante seu *juiz natural*, que é o tribunal do júri. Seria extremamente excessivo o efeito de submissão à prisão pelo mero fato da pronúncia, o que violaria o princípio constitucional da proporcionalidade *stricto sensu*, pois o interesse público²²¹, baseado em mera probabilidade de condenação, não poderia se sobrepujar ao direito constitucional de liberdade. Portanto, no caso da pronúncia, já não víamos como se decretar a prisão sem a verificação judicial da necessidade cautelar, antes mesmo do disposto no art. 413, § 3º, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.689/2008) e da revogação dos §§ 2º e 3º do art. 408.

Complementamos os temas nos itens 17.1.3.2 (inconstitucionalidade), 17.8 (liberdade do art. 594 do CPP) e 17.9 (liberdades do art. 408, §§ 2º e 3º, CPP), a que fazemos remissão.

²²⁰ J. em 22.maio.2002 e publicada no *DJ* em 29.maio.2002, p. 135.

²²¹ “Interesse público” pode ser um conceito jurídico bastante indeterminado. No direito processual penal, entendemos “interesse público” como o interesse na realização dos fins imediatos e mediatos da persecução criminal. A respeito desses fins, *vide* os itens 1.2.2 e 1.2.3.

17 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS II: LIBERDADE PROVISÓRIA

17.8 Liberdades do art. 594 do CPP e do art. 59 da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas)

O art. 594 do CPP foi revogado pela Lei 11.719/2008.

O direito de recorrer não mais está condicionado ao recolhimento do acusado à prisão, conforme explicitamente estabelecido no art. 387, parágrafo único, *fine*, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008).

Também não mais existe, no CPP, a prisão decorrente, automaticamente, da sentença penal condenatória recorrível (art. 387, parágrafo único, CPP).

Portanto, nessa linha de raciocínio desenvolvida no item 16.5, a que fazemos remissão, é inconstitucional o disposto no art. 59 da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas), ao exigir o recolhimento à prisão para recorrer.

17.9 Liberdades do art. 408, §§ 2º e 3º, CPP

Os referidos §§ 2º e 3º do art. 408 do CPP foram revogados. Não há mais necessidade dessas liberdades, pois também não há mais, no texto legal, a prisão decorrente da decisão de pronúncia.

Conforme vimos no item 9.5 e 16.5, nos termos do art. 413, § 3º, do CPP, qualquer medida cautelar pessoal (inclusive liberdade provisória) que esteja aplicada ou que vá ser aplicada ao acusado deve ser justificada cautelarmente na pronúncia.



20 ATOS PROCESSUAIS I: DEFINIÇÕES, CLASSIFICAÇÕES, PRAZOS, PRINCÍPIOS, CITAÇÕES E INTIMAÇÕES

20.3 Citação

20.3.1 Geral

Citação é o chamamento do réu a juízo, para se defender, cientificando-o do teor da ação e vinculando-o ao processo e seus efeitos.

No processo penal, consiste basicamente na cientificação do teor *da acusação* e do chamamento para apresentar sua defesa. Juntamente com a citação, em regra, também é feita a notificação para comparecer ao interrogatório.

A citação pode ser:

a) *real* (ou pessoal, ou *in faciem*): feita pessoalmente, ou seja, na pessoa do próprio acusado. Por exemplo: citação feita pelo oficial de Justiça, por mandado; citação feita por requisição; citação feita por precatória ou rogatória;

b) *ficta* (ou presumida): citação feita por edital e citação por hora certa. Presume-se que o acusado tenha tido ciência da acusação e do processo.

A *falta da citação* acarreta nulidade absoluta do processo (art. 564, III, e, CPP). Contudo, a falta ou nulidade da citação pode ser substituída pelo comparecimento do réu em juízo, sendo interrogado (veja art. 570, CPP). O *defeito de citação*, consistente na falta de elemento importante, constitui-se em nulidade relativa, que pode ficar sanada se não for argüida tempestivamente (art. 564, IV, c/c arts. 571 e 572 do CPP).

O *principal efeito* é constituir a relação jurídica processual ou processo. Nesse sentido, estabelece o art. 363, *caput*, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008): “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.”

Constituída a relação processual, o acusado também pode ser denominado “réu”. Para o CPPM, considera-se acusado aquele a quem é imputada a prática de infração penal em denúncia recebida. Diversamente do processo civil, a citação, no processo penal, não previne a jurisdição, que pode ocorrer com a distribuição (art. 75, CPP), nem interrompe a prescrição, que ocorre com o recebimento da denúncia ou queixa, bem como, depois, com a sentença condenatória recorrível, com a pronúncia etc.

Quanto ao *sujeito passivo da citação*, só o acusado (denunciado ou querelado) pode ser citado, por ser o único sujeito passivo da pretensão punitiva. O acusado deve ser citado mesmo sendo insano mental e era citado mesmo quando o acusado de 18 anos completos a menos de 21 anos de idade era considerado menor, pois não se admite a citação na pessoa do representante legal. Durante o processo é que é instaurado o incidente de insanidade mental quanto ao insano, ou, quando havia curador do acusado por menoridade, ocorria nomeação do curador ao menor²²².

No processo penal, em regra a citação não é exigida para a execução das penas ou de medida de segurança, salvo quanto à execução da pena de multa.

²²² Quanto à extinção, no processo penal, da figura do curador *do acusado* por menoridade, veja o item 14.6 (defensor e curador), ao qual nos remetemos.

Quanto ao *tempo da citação*, a citação pode ser realizada a qualquer tempo, dia e hora, inclusive domingos, feriados e à noite. A jurisprudência tem entendido que a citação deve ser feita com prazo razoável antes do interrogatório, por exemplo com o mínimo de vinte e quatro horas antes²²³.

Vamos abordar várias hipóteses de citação:

- a) citação por mandado, no foro do juiz que a ordenou;
- b) citação por precatória;
- c) citação do militar, por requisição;
- d) citação do funcionário público;
- e) citação do preso, por requisição;
- f) citação por edital;
- g) citação por hora certa;
- h) citação por rogatória;
- i) citação em legações estrangeiras;
- j) citação por carta de ordem;

No processo penal comum não há citação pelo correio e citação por meio eletrônico, diversamente do previsto no art. 221, I e IV, do CPC (correio e meio eletrônico) e no art. 277, IV, do CPPM (correio).

[...]

20.3.7 Citação por edital e citação por hora certa

20.3.7.1 Citação por edital

[...]

Se o acusado citado por edital comparecer, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes do CPP, ou seja, prosseguirá conforme o procedimento específico (ordinário, sumário etc.), conforme previsto no art. 363, § 4º, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008).

As hipóteses de citação por edital, previstas no CPP com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008, são as seguintes:

a) o réu não é encontrado (art. 361 do CPP e art. 363, § 1º, do CPP, este com a redação dada pela Lei 11.719/2008). O prazo do edital para comparecimento é de 15 dias (art. 361, CPP). Conforme pacífico entendimento jurisprudencial, é nula a citação por edital quando o oficial de Justiça não procurou o citando em todos os endereços constantes dos autos, para que se procedesse à citação por mandado;

b) o réu está no estrangeiro, em lugar não sabido (art. 361 c/c art. 368 – *a contrario sensu*, CPP).

No inciso I do art. 363 do CPP, revogado pela Lei 11.719/2008, havia a hipótese de ser inacessível o lugar onde se encontra o réu, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior. Aliás, o art. 364 do CPP não foi revogado e continua a prever que o prazo do edital será fixado entre 15 e 90 dias, de acordo com as circunstâncias.

²²³ RT, v. 534, p. 392.

O mesmo ocorreu com o inciso II do art. 363 do CPP, também revogado pela Lei 11.719/2008, onde havia a hipótese de ser incerta a pessoa que tivesse que ser citada. O art. 364 do CPP continua a prever que o prazo do respectivo edital será de 30 dias.

Na verdade, o Congresso Nacional e a Presidência da República não queriam acabar com a hipótese de inacessibilidade. O Congresso realocou os temas com a Lei 11.719/2008, colocando, com modificações, a citação por edital mais suspensão do processo no art. 363 do CPP, e transferiu a inacessibilidade para o art. 366 do CPP (a redação era “A citação ainda será feita por edital quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu”). A Presidência da República vetou a nova redação do 363 do CPP no ponto que modificava a primeira matéria e, como queria mantê-la na previsão atual do art. 366 do CPP, vetou a nova redação deste. A própria mensagem de veto diz que a inacessibilidade poderia continuar por aplicação do CPC.

Como o art. 264 do CPP continua a fazer referência às duas hipóteses, pensamos que ambas são cabíveis no CPP, por aplicação subsidiária do CPC, nos termos do art. 3º do CPP.

Desse modo, há mais hipóteses de citação por edital, nos termos do art. 231, incisos I e II, do CPC c/c art. 3º do CPP:

Art. 231. Far-se-á a citação por edital:

I - quando desconhecido ou incerto o réu;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;

III - nos casos expressos em lei.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

Como o art. 364 do CPP não foi revogado, os prazos desses editais podem ser fixados, na hipótese de inacessibilidade do acusado, entre 15 e 90 dias, de acordo com as circunstâncias, e, na hipótese de incerteza da pessoa, em 30 dias.

Se o réu se encontra em país que não cumpre carta rogatória, trata-se de inacessibilidade jurídica, devendo também ser citado por edital²²⁴, nos termos do art. 231, § 1º, do CPC c/c art. 3º do CPP.

O desconhecimento ou incerteza é quanto à qualificação (“identidade jurídica”), pois somente é possível se propor ação penal contra alguém se ao menos sua identidade física for determinada. Por exemplo, não se sabe o nome, mas se têm as planilhas dactiloscópicas, com todas as impressões digitais do acusado, e então a denúncia e a citação são feitas relativamente à pessoa que possui aquelas determinadas impressões digitais.

[...]

20.3.7.2 Citação por hora certa

O art. 362 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008, introduziu a citação por hora certa no processo penal:

²²⁴ GRECO FILHO, *Manual de processo penal*, 1997, p. 293.

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.

Os referidos arts. 227 a 229 do CPC estabelecem um procedimento detalhado para realizar tal citação.

A hipótese de o réu se ocultar para não ser citado era de citação por edital, com o prazo de cinco dias (art. 361 e 362 do CPP), antes da modificação feita pela Lei 11.719/2008. O réu se ocultar era interpretado como caso de o réu não ser encontrado (art. 361, CPP).

Essa alteração feita pela Lei 11.719/2008 é norma processual com reflexo penal (ou norma mista), pois o réu se ocultar não acarreta mais a citação por edital, a suspensão do processo e, como efeito penal, a suspensão do curso do prazo prescricional (portanto, poder de punir). Desse modo, ela deve se submeter aos princípios de temporalidade da lei penal, e não ao princípio do efeito imediato. Assim, tal norma de alteração está sujeita ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (ao investigado, réu ou condenado), ao princípio da ultra-atividade da lei mais benéfica e ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa. O marco temporal de referência não é momento em que o ato processual será praticado, mas a data da infração penal.

Naquilo em que a alteração é especificamente penal, ela é mais benéfica que a anterior, pois não tem mais previsão de suspensão do prazo prescricional. Entretanto, no aspecto processual, ela é mais gravosa, uma vez que não há mais a suspensão do processo. Essa questão já surgiu ao inverso quanto ao art. 366 do CPP e o pensamento dominante, na doutrina e na jurisprudência, foi no sentido da incidibilidade da norma mista, ou seja, não se pode, a fim de beneficiar o acusado, aplicar separadamente cada aspecto, processual e penal (tratamos do assunto no item 20.3.11.1).

Sendo mais benéfica no aspecto penal, essa alteração já será imediatamente aplicável, a partir de 22 de agosto de 2008, que é a data de vigência da nova lei (sessenta dias após sua publicação em 23.06.2008), ainda que a data da infração penal seja anterior. No final das contas, é como se fosse aplicação do princípio da aplicação imediata (ou *tempus regit actum*), mas examinado na perspectiva do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

O que fazer com as citações por edital já realizadas até 21.08.2008, ou seja, antes da vigência da nova lei?

A primeira idéia é, pura e simplesmente, aplicar o princípio da retroatividade da lei penal e refazer todas as citações por edital. Mas esse princípio não vigora sozinho. Também há, como norma constitucional, a segurança, em suas diversas vertentes (direito fundamental social, direito fundamental individual, dever fundamental, princípio, bem jurídico constitucional difuso ou coletivo *lato sensu*, com várias funções)²²⁵.

Seríamos levados à perplexidade e insegurança, se todas as citações por edital fossem tornadas ineficazes. Por exemplo, seriam levantados os casos em que o réu

²²⁵ A respeito, vide item 1.2.3.1.

se ocultou e a citação foi feita por edital, após seriam feitas as tentativas para citá-lo pessoalmente e, então, poderia ocorrer de se descobrir que se encontra em local ignorado, novamente se fazendo a citação por edital, com os efeitos que já tinha antes.

Ademais, não há apenas o aspecto benéfico de não haver suspensão do curso do prazo prescricional, mas também o aspecto desfavorável de não haver a suspensão do processo. O acusado pode preferir a suspensão do processo, pois, como estratégia de defesa, talvez as testemunhas já não se lembrem tão bem quando e se o procedimento voltar a correr. Quem sabe preferiria que o prazo prescricional voltasse a correr, para, talvez, ocorrer a prescrição. Deixar ao talante de cada seria a violação do princípio da igualdade, além de acarretar insegurança jurídica.

Parece-nos, diante desse quadro, com fundamento no princípio da segurança, que a melhor solução é considerarmos que as citações por edital já feitas regularmente são atos processuais juridicamente perfeitos, submetidas, portanto, à aplicabilidade do art. 366 do CPP, com suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. Não devem, por conseguinte, estar sujeitas à nova lei.

A novidade da citação por hora certa no processo penal enfrentará questionamentos sobre sua constitucionalidade e, no mínimo, sua legalidade, especialmente por alegação de afronta ao contraditório e ampla defesa ou de incompatibilidade com a CADH.

Nessa linha, o art. 8, n. 2, alínea “b”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou *Pacto de São José da Costa Rica* (Decreto 678/1992) estabelece que, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, à garantia mínima da “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”, que pode ser interpretado como comunicação real ou pessoal, ou seja, efetivamente realizada, e não ficta (como é a citação por edital e a citação por hora certa).

A nosso ver, isso não impede, no processo penal, a citação por hora certa, mas exige redobrado cuidado na verificação dos pressupostos que a ensejam, a fim de que essa “garantia mínima” seja satisfeita. O Estado não pode ficar a mercê daquele que, deliberadamente, culta especificamente para não ser citado. Em outras palavras, o próprio beneficiário da garantia é que procura frustrá-la, e não o Estado.

20.3.8 Citação de réu no estrangeiro: carta rogatória

[...]

20.3.9 Citação em legações estrangeiras

[...]

20.3.10 Citação por carta de ordem

[...]

20.3.11 Citação por edital, suspensão, revelia e art. 366 do CPP

20.3.11.1 Suspensão do processo e da prescrição e incidibilidade da norma

“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” do CPP (art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.04.96).

[...]

20.3.11.2 Necessidade da prova durante a suspensão

O procedimento das referidas provas antecipadas²²⁶ estava previsto no art. 366, § 1º, do CPP, que foi revogado pela Lei 11.719/2008 (limitava-se a dizer que seriam produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo).

A produção antecipada de prova, doravante, deve observar o art. 156, I, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008), cujos pressupostos tratamos no item 15.1.7.4, a que fazemos remissão.

[...]

20.3.11.3 Revelia

[...]

20.3.11.4 Duração das suspensões do processo e da prescrição

Se o acusado citado por edital comparecer, em qualquer tempo, o processo prosseguirá, observando-se o disposto nos arts. 394 e seguintes do CPP (art. 363, § 4º, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.719/2008).

Contudo, o que ocorre com a suspensão se o acusado não comparecer ou, mesmo, se *demorar* a aparecer?

[...]



20.3.11.5 Manutenção da suspensão do processo e continuação da prescrição

[...]

20.3.11.6 Aplicabilidade ou não ao processo penal militar

[...]

20.3.11.7 Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998) e art. 366 do CPP

[...]

²²⁶ Sobre a noção de provas antecipadas, cautelares e não-repetíveis, *vide* item 15.1.1, a que fazemos remissão.

20.3.11.8 Prisão preventiva e art. 366 do CPP

[...]

20.3.12 Citação no CPPM

[...]



21 ATOS PROCESSUAIS II: SENTENÇA E OUTROS PROVIMENTOS JUDICIAIS

21.2 Sentenças em geral

21.2.1 Princípios

Para Rui Portanova²²⁷, no âmbito do processo civil, os princípios ligados à sentença são os seguintes:

a) princípio da correlação entre a demanda e a sentença, princípio da vinculação do juiz aos fatos da causa ou princípio da correspondência entre postulado e pronunciado: "o juiz não pode conhecer de fatos não alegados pelas partes";

b) princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte, equivalente aos brocardos latinos *ne eat iudex ultra petita partium* (não decida o juiz além do pedido) ou *sententia debet esse conformis libello, nec ultra petita proferre valet* (a sentença deve ser conforme o libelo): "o juiz deve julgar nos termos do pedido tal como posto pela parte, nem mais (*ultra petita*) e nem fora (*extra petita*) do que foi pedido";

c) princípio da motivação: "o juiz deve motivar suas decisões";

d) princípio da *iuria novit curia*²²⁸: "o juiz conhece o direito";

d) princípio da identidade física do juiz ou princípio da plenitude da assistência dos juízes: "o juiz que ouvir a prova oral deve julgar o processo";

e) princípio do livre convencimento, princípio da livre apreciação da prova, princípio da livre convicção motivada ou princípio do livre convencimento motivado: "o juiz forma seu convencimento livremente";

g) princípio da persuasão ou princípio da persuasão racional: "o juiz deve convencer quanto à justiça da decisão que ele deu à lide";

h) princípio da sucumbência, princípio do sucumbimento ou princípio da mera sucumbência: "quem vale o juízo desassistido de direito (vencido em sentido amplo), responde tanto pelas custas processuais quanto pelos honorários advocatícios daquele que foi merecedor da tutela (vencedor em sentido amplo)";

i) princípio da invariabilidade da sentença, princípio da imutabilidade da sentença, princípio da imodificabilidade da sentença ou princípio da intangibilidade da sentença: "o juiz, depois de publicada a sentença, não poderá modificá-la".

[...]

Tratamos do princípio da identidade física do juiz no item 9.2.10, a que fazemos remissão. Ele foi incorporado ao processo penal pelo art. 399, § 2º, do CPP (com a redação dada pela Lei 11.719/2008).

[...]

²²⁷ PORTANOVA, *Princípios do processo civil*, 1999, p. 229-62. Recomendamos a obra de Rui Portanova, pois se trata de uma sistematização crítica dos princípios aplicáveis ao processo civil, com várias reflexões inovadoras que também podem ser aplicadas no processo penal.

²²⁸ O juiz (ou tribunal) conhece o direito.

21.2.2 Requisitos

[...]

21.2.3 *Emendatio libelli*

O instituto da *emendatio libelli* encontra-se previsto no *caput* do art. 383 do CPP (com a nova redação da Lei 11.719/2008):

O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

A *emendatio libelli* é a correção, feita pelo juiz, na fase da sentença, da classificação legal do fato delituoso descrito na denúncia ou na queixa.

Na *emendatio libelli*, o fato encontra-se descrito na denúncia, ainda que implicitamente, com todas as elementares. Apenas a classificação legal é incorreta. O juiz, então, corrige a classificação.

Essa correção da classificação legal feita pelo juiz é uma aplicação do princípio *iuria novit curia* (o juiz ou tribunal conhece o direito) ou princípio da livre convicção do direito, equivalente aos brocardos latinos seguintes: *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito), ou *narra mihi factum, narrabo tibi ius* (conta-me o fato, contar-te-ei o direito)²²⁹, ou, ainda, como é mais conhecido, *narra mihi factum dabo tibi ius* (narra-me o fato e te darei o direito).

Vamos aos exemplos.

Suponhamos que o promotor denunciou, classificando o fato como furto simples (art. 155, *caput*, do CP – pena de 1 a 4 anos). Contudo, descreveu plenamente o fato do roubo simples (art. 157, *caput*, CP – pena de 4 a 10 anos). O juiz poderá, na fase da sentença, independentemente de ouvir a defesa ou a acusação, corrigir a classificação errônea do fato, condenando o réu por roubo simples, mesmo tendo que aplicar pena maior que aquela que correspondia à classificação errada (era de 1 a 4 anos e passou para 4 a 10 anos).

Outro exemplo,  ante de vários manuais. Suponhamos que o promotor denunciou por estelionato (art. 171, *caput*, CP – pena de 1 a 5 anos). Contudo, descreveu plenamente o fato do furto qualificado pela fraude (art. 155, § 4º, II, CP – pena de 2 a 8 anos). O juiz poderá, na fase da sentença, independentemente de ouvir a defesa ou a acusação, corrigir a classificação errônea do fato, condenando o réu por furto qualificado pela fraude, mesmo tendo que aplicar pena maior que aquela que correspondia à classificação errada (era 1 a 4 anos e passou para 2 a 8 anos).

Tendo em vista os princípios da proibição da *reformatio in pejus* (reforma para prejudicar o réu) e do *tantum devolutum quantum appellatum* (ambos concebidos, no processo penal, como formas de beneficiar o réu), se não houver recurso da acusação (recurso exclusivo da defesa) ou se houver recurso da acusação sem arguição desta matéria e o juiz condenar na classificação errada, que tem menor pena, o tribunal poderá corrigir a classificação, mas não agravar a pena. O tribunal

²²⁹ Nas formas grafadas por XAVIER, *Latim no direito*, 1993, p. 222 e 244.

somente poderá corrigir a classificação e aumentar a pena se houver recurso da acusação que alegue a classificação mais gravosa. A respeito, o STF assim decidiu:

A Súmula 453 não inibe que, no juízo de apelação, independentemente de recurso da acusação, se dê nova definição jurídica ao fato, desde que não se aplique pena mais grave, atendidos os arts. 383 e 617 do CPP²³⁰.

É cabível a *emendatio libelli* tanto nos crimes de ação penal pública quanto nos de ação penal privada.

As mesmas regras do art. 383 do CPP se aplicam na hipótese de desclassificação, quando todas as elementares da nova classificação jurídica se encontram contidas na descrição fática da denúncia ou queixa. A desclassificação é a condenação num crime menos grave do que aquele descrito na inicial. Por exemplo: a desclassificação de homicídio para lesão corporal; de furto qualificado para furto simples etc.

Assim, a *emendatio libelli* também pode ser benéfica ao réu. Nessa linha, nos termos do art. 383 do CPP (com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008):

§ 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.

Na hipótese do § 1º, portanto, o juiz não condenará imediatamente o réu, mas prolatará a sentença desclassificatória e determinará vista dos autos ao Ministério Público, para fins de suspensão condicional do processo. Por exemplo, se o Ministério Público propuser a suspensão condicional e ela for aceita e homologada, o processo será suspenso; cumpridas as condições, será, depois, decretada a extinção da punibilidade, e não cumpridas injustificadamente, será, em seguida, prolatada a sentença condenatória (*vide* item 9.9.2.6 sobre o *sursis* processual).

Na hipótese do § 2º, o juiz também não condenará imediatamente o réu, mas prolatará a sentença desclassificatória, intimará as partes da desclassificação e remeterá o processo para o juízo competente.

Se faltar ao menos uma elementar, a desclassificação se tratará de *mutatio libelli*, devendo-se, então, aplicar as regras do art. 384 do CPP.

Exemplo de descrição implícita: ao se imputar o crime de homicídio, também se está, implicitamente, imputando o de lesão corporal.

A *emendatio libelli*, em outras palavras, significa que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia ou na queixa, e não da classificação legal.

Esse tratamento legal ignora o princípio constitucional do contraditório e mais diretamente o princípio da ampla defesa, pois não dá oportunidade às partes de se manifestarem previamente sobre a nova classificação legal.

Nem sempre é clara a separação entre o fato, enquanto fato puramente físico-social, e seu aspecto jurídico. A rigor, essa separação não existe, pois o fato, para o direito, somente o é enquanto fato jurídico. É submetido ao processo exatamente o fato jurídico enquanto tal. Ao tratarmos criticamente do princípio da verdade no item sobre princípios aplicáveis às provas (15.1.4.2), vimos que o "juízo de realidade" é uma ilusão, pois ocorre um movimento circular entre os estímulos sensoriais

²³⁰ STF, RT, v. 601, p. 418.

"objetivos" que chegam ao juiz (declarações, documentos etc.) e o marco teórico-conceitual "subjetivo" do juiz, até o momento em que o juiz "constrói" sua convicção sobre a alegação de fato e, em última instância, "constrói" o próprio fato. Assim, não raras vezes as partes são surpreendidas com uma classificação legal estabelecida pelo juiz no momento derradeiro da sentença e até então não esperada ou imaginada.

Para solucionar parte desse problema, o Projeto de Lei 4.207/2001 estabeleceu, na sua proposta de nova redação do art. 383, § 1º, do CPP, o seguinte: *As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.* Todavia, esse projeto foi modificado e, quando aprovado como Lei 11.719/2008, a redação final dada ao art. 383 do CPP não previu a intimação. Tendo em vista que a Constituição Federal acolheu o sistema processual acusatório²³¹, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, pensamos que essa providência deve ser tomada, independentemente de modificação legal.

Contudo, a modificação legal do CPP deveria ser mais profunda ainda, aproximando-o do CPPM, para dar maior eficácia ao princípio da ampla defesa, pois, no processo penal militar, o réu se defende também da classificação legal, conforme veremos adiante no item 21.2.5 sobre a *emendatio libelli* no CPPM, que tem regime jurídico diverso.

21.2.4 Mutatio libelli

21.2.4.1 Noção

Na *emendatio libelli*, o fato encontra-se descrito na denúncia, ainda que implicitamente, com todas as elementares. Apenas a classificação legal é incorreta. O juiz, então, corrige a classificação.

Na *mutatio libelli*, há prova nos autos de que o fato não é aquele descrito na denúncia ou na queixa. Há uma elementar que não se encontra descrita explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa, com a qual a classificação legal do fato se altera.

Não se poderia apenas corrigir a classificação, pois, indiretamente, acarretaria uma mudança da imputação, ou seja, do fato imputado. O juiz estaria violando o princípio da correlação (a denúncia ou queixa estaria se referindo a um fato e o juiz estaria condenando por outro diverso) e o princípio da iniciativa das partes (*ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore* ou *nullum iudicio sine actore*).

Portanto, na *mutatio libelli* ocorre a mudança da imputação fática e também da classificação jurídica, e não apenas da classificação jurídica.

Quanto à aplicação da *mutatio libelli* no CPPM, que tem regime jurídico diverso, veja o item 21.2.5 (*emendatio libelli* e *mutatio libelli* no CPPM).

21.2.4.2 Mutatio libelli dos revogados caput e parágrafo único do art. 384 do CPP

Antes da nova redação dada ao art. 384 do CPP pela Lei 11.719/2008, se o juiz reconhecesse a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de

²³¹ Tratamos longamente do assunto no item 1.5.1.4 sobre o sistema processual penal brasileiro.

prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixaria o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, falasse e, se quisesse, produzisse prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas (art. 384, *caput*, CPP – revogado).

Nesta hipótese, como podemos concluir pelo contraste com o revogado parágrafo único do mesmo artigo, a pena da nova classificação seria igual ou inferior à pena anterior. O juiz não tinha que dar vista à acusação para aditamento. O juiz, em vez de sentenciar, dava vista à defesa, para que esta se manifestasse a respeito, podendo produzir prova, com oitiva de até três testemunhas. Após manifestação da defesa sem requerimento de provas, ou após a produção das provas produzidas, nova vista era dada à acusação e à defesa para alegações finais, após o que o juiz podia sentenciar.

Podia ocorrer, numa única audiência de julgamento, que o juiz desse vista às partes para alegações finais, estas fizessem as alegações finais oralmente, o juiz, em vez de sentenciar, desse nova vista à defesa, nos termos do revogado art. 384, *caput*, do CPP, a defesa se manifestasse oralmente dizendo que não tinha provas a produzir, o juiz desse nova vista às partes para alegações finais orais, as partes fizessem suas novas alegações finais e, somente depois, o juiz, finalmente, sentenciasse.

Se houvesse possibilidade de nova definição jurídica que importasse aplicação de pena mais grave, o juiz baixaria o processo, a fim de que o Ministério Público pudesse aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houvesse sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderia oferecer prova, arrolando até três testemunhas (art. 384, parágrafo único, CPP – revogado).

Nesta hipótese, a nova definição jurídica importava aplicação de pena mais grave, diversamente do que ocorria no revogado *caput* do artigo 384, onde a pena era, em tese, a mesma ou inferior.

21.2.4.3 Mutatio libelli do art. 384 do CPP com a nova redação da Lei 11.719/2008

Com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008 ao art. 384 do CPP, as providências básicas são as mesmas tanto para a pena igual ou inferior quanto para a pena mais grave. Doravante, em ambas as hipóteses, o Ministério Público deve aditar a inicial (art. 384, *caput*), se não aditar aplica-se o art. 28 do CPP (art. 384, §1º) e a instrução pode ser reaberta (§§ 2º e 4º). A nova classificação pode ensejar (§ 3º) a suspensão condicional do processo (pena inferior) ou a incompetência (pena igual ou inferior).

Vejamus a *mutatio libelli* no *caput* do art. 384 do CPP com a nova redação da Lei 11.719/2008:

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.

A redação anterior dizia “circunstância elementar”, enquanto a nova estabelece “elemento ou circunstância da infração”. Isso significaria que, agora, abrange agravante em sentido estrito, além da elementar e da causa de aumento de pena?

Pensamos que não, uma vez que o art. 385 do CPP não foi revogado e ele prevê o reconhecimento de agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada: *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 art. 59, parágrafo único, da Constituição estabeleceu que Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. A respectiva Lei Complementar 95/1998, no art. 9º, disse que “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”. O art. 3º da Lei 11.719/2008 não especificou o art. 385 do CPP como revogado. Por fim, pensamos que ele é compatível com o sistema processual constitucional, especialmente na linha dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da celeridade, uma vez que o processo correria o risco de demora por questão de menor relevância (comparada com elementares e causas de aumento).

Todavia, é defensável a aplicabilidade do regime da *mutatio libelli* às agravantes em sentido estrito. Seria um aprofundamento do princípio da ampla defesa. Nessa linha, o juiz somente poderia conhecer as agravantes em sentido estrito que estivessem contidas na denúncia ou queixa.

Quanto à possibilidade de condenação, mesmo diante de pedido de absolvição, trata-se de aplicação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (o MP, uma vez exercitada a ação penal pública, não pode dispor da “ação penal”, ou seja, não pode desistir do processo. Contudo, este princípio encontra-se mitigado pelo instituto da suspensão condicional do processo – art. 89 da Lei 9.099/1995).

Elementares são apenas os elementos ou circunstâncias do tipo básico (elementares propriamente ditas) e do tipo qualificado (qualificadoras). Mas, para efeito de aplicação do disposto no art. 384 do CPP (*mutatio libelli*), também se submetem ao seu regime as causas de aumento de pena, conforme se depreende da confrontação com o art. 385 do CPP.

Quanto ao vocábulo “agravantes”, pode ser empregado em sentido estrito e em sentido amplo. As circunstâncias agravantes propriamente ditas ou em sentido estrito são aquelas circunstâncias dos arts. 61 e 62 do Código Penal (desde que não previstas também como qualificadoras ou causas de aumento de pena), que não fazem com que a pena possa ser fixada acima do máximo cominado abstratamente. As “circunstâncias agravantes” em sentido amplo também abrangem as qualificadoras (fazem com que haja novos mínimo e máximo cominados abstratamente – por exemplo, art. 121, § 2º, I, CP) e as causas de aumento de pena (percentuais ou frações que, aplicados concretamente, permitem que a pena seja fixada acima do máximo legal cominado abstratamente).

No art. 385 do CPP, o termo agravante é entendido no sentido estrito. Assim, o juiz somente pode reconhecer agravantes independentemente de descrição fática na denúncia ou em aditamento à denúncia, se forem agravantes em sentido estrito, não se lhes aplicando o disposto no art. 384 do CPP.

Conforme já vinha decidindo o STF, as qualificadoras e as causas de aumento de pena também se submetiam ao procedimento do anterior art. 384, parágrafo único, do CPP (o que se manteve com sua nova redação), devendo estar descritas na denúncia ou no aditamento à denúncia para que possam ser reconhecidas pelo juiz na sentença condenatória.

Enfim, por interpretação sistemática, confrontando os arts. 384 e 385 do CPP, entendemos que o regime da *mutatio libelli* aplica-se a “elementos” (elementares do tipo básico e qualificadoras) e “circunstâncias” (causas de aumento de pena) da infração penal.

Vejam os exemplos em que a pena pode ser igual.

Vamos supor que o Ministério Público tenha denunciado o réu por furto (art. 155, *caput*, CP). No momento de sentenciar, o juiz verifica, segundo as provas dos autos, que a *coisa alheia móvel* (um relógio de pulso, por exemplo) já se encontrava na posse do réu, licitamente (emprestado pelo lesado ao réu, por exemplo), quando, então, o agente “inverteu a propriedade”, decidiu se tornar dono do relógio emprestado, não mais querendo devolvê-lo. Há, portanto, uma elementar (“de que tem a posse ou detenção”) não descrita expressa ou implicitamente na denúncia, que configura outro crime, o de apropriação indébita (art. 168, *caput*, CP), com a mesma pena do outro crime (de 1 a 4 anos de reclusão).

Outro exemplo é o da imputação de lesão corporal por imprudência, verificando-se, durante a instrução criminal, que foi imperícia. O juiz também terá que adotar o procedimento do art. 384 do CPP, se a elementar da imperícia não estiver descrita explícita ou implicitamente na denúncia.

Vejam hipótese em que a nova definição jurídica importa aplicação de pena mais grave.

Vamos supor que o Ministério Público descreveu o fato que se subsume no tipo do furto simples (art. 155, *caput*, CP). Contudo, havia a elementar da violência nos autos do inquérito policial e o promotor de Justiça não percebeu ou, então, durante a instrução, descobriu-se que a subtração foi feita mediante violência contra a vítima; por exemplo, o agente agarrou a vítima pelo pescoço, dando-lhe uma “gravata”, para subtrair sua carteira, mas a denúncia apenas descreveu a subtração da carteira, dando a impressão de que foi a ação de um “punguista”, sem qualquer violência.

Na fase da sentença, o juiz se depara com esta situação: uma elementar – a violência – que não se encontra descrita na denúncia explícita ou implicitamente. Trata-se de mudança da imputação fática, que corresponderá a uma mudança também da classificação para um crime que tem pena mais grave.

Observe que o regime jurídico da nova redação do art. 384 do CPP é mais gravoso para o réu do que o anterior, no que tange à potencial pena igual ou menor, pois, anteriormente, o juiz podia conhecer a elementar independentemente de descrição na denúncia ou queixa.

A *mutatio libelli* (art. 384 do CPP) é aplicável em grau recursal? Devemos considerar se a pena potencial será inferior, igual ou mais grave do que a anterior à *mutatio libelli*, se o recurso é do Ministério Público ou da defesa e, por fim, se o juiz decidiu com *mutatio libelli* sem aplicar o art. 384 do CPP e não houve arguição da sua inobservância.

Vejam a Súmula 453 do STF: *Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa.*

Portanto, em grau recursal, não se aplica a *mutatio libelli*. Por um lado, haveria supressão de um grau de jurisdição (o princípio do duplo grau de jurisdição está implícito na Constituição Federal) e, por outro, a matéria se encontraria preclusa. A última oportunidade para se mudar a imputação é antes de ser prolatada a sentença.

Uma vez prolatada a sentença, fica, de modo geral, preclusa a possibilidade de mudança da imputação fática. O que pode ocorrer, diversamente, é o juízo *ad quem* determinar que o juízo *a quo* aplique o regime jurídico do art. 384 do CPP, e não o próprio juízo *ad quem* fazê-lo.

Se o juiz não observar o disposto no art. 384 do CPP e reconhecer a nova definição jurídica, a sentença será nula, podendo ser reconhecida a nulidade e decretada a ineficácia da sentença em grau recursal. Se a pena for mais grave, esta solução poderá ocorrer até em revisão criminal.

Se houver recurso da defesa ou da acusação, argüindo a nulidade, a solução não tem dificuldade. O juízo *ad quem* reconhece a nulidade absoluta da sentença e decreta sua ineficácia.

Aliás, por que o réu recorrerá de uma sentença que lhe fixou pena menor sem observar o art. 384 do CPP? Haveria interesse recursal? Sim, porque não pôde se defender do fato não descrito na denúncia e, por exemplo, pretendia a absolvição.

A dificuldade surge se não há, no recurso, alegação de nulidade pela aplicação da pena potencial sem observar o art. 384 do CPP. Por exemplo, houve recurso de apelação para discutir o regime de cumprimento da pena, mas sem alegação de nulidade da *mutatio libelli*. É o que veremos adiante.

Se houver recurso exclusivo da defesa sem argüição da nulidade, ou se houver recurso da acusação ou da acusação e defesa sem argüição da nulidade, poderá o tribunal *ad quem* reconhecer *ex officio* a nulidade? Para Julio Fabbrini Mirabete, se o tribunal *ad quem* reconhecer, em apelação da defesa ou em revisão, que a definição jurídica correta para o fato criminoso é diversa da imputação, por não ter havido o aditamento, a solução não é a decretação da nulidade da sentença, se não foi ela argüida pela defesa²³² (Súmula 160 do STF)²³³, mas sim, a absolvição²³⁴. Em seu favor, cita acórdãos do TJSP (*RT*, v. 609, p. 303), TACRIMSP (*JTACRESP*, v. 48, p. 258; *JTACRESP*, v. 62, p. 355; e *RT* 525/380) e do extinto TARS (*JTAERGS*, v. 83, p. 65).

Pensamos que a solução é outra. Numa interpretação sistemática, os arts. 617 e 626, parágrafo único, do CPP estabelecem o princípio de que o réu não pode ser prejudicado pelo seu próprio recurso, o que nada mais é do que o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*²³⁵.

Na hipótese de aplicação de pena mais grave, no caso (com recurso de apelação, sem alegação de nulidade quanto à inobservância do art. 384 do CPP), a anulação, *ex officio*, da sentença não estaria acolhendo nulidade contra o réu, mas a seu favor, e, portanto, estaria de acordo com a Súmula 160 do STF. A hipótese é de nulidade absoluta, que pode ser conhecida mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em ação de revisão criminal. Assim, o tribunal *ad quem* pode conhecer, *ex officio*, em grau recursal, tal nulidade absoluta e decretar a ineficácia da sentença, devolvendo o processo ao juízo *a quo*, para que este prolate nova sentença, observando o disposto no art. 384 do CPP.

²³² E acrescentamos: tampouco foi argüida pelo Ministério Público.

²³³ 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.*

²³⁴ MIRABETE, *Código de Processo Penal interpretado*, 2001, p. 843-4, item 384.3.

²³⁵ As previsões expressas desses artigos nos permitem concluir que, implicitamente, é possível, no processo penal, a reforma para piorar a situação da acusação em recurso exclusivo da acusação.

Na hipótese de aplicação de pena igual, no caso, entendemos que a solução deve ser a mesma que a da pena mais grave. Pode-se ponderar, contrariamente, que o réu não teria prejuízo, pois a pena aplicada é igual. Todavia, exemplificando, se o réu foi denunciado por furto simples e o crime potencial é o de apropriação indébita, mais benéfica do que a anulação seria a absolvição pelo furto. Mas isso não tornaria preclusa a possibilidade de nova denúncia, desta vez por apropriação indébita.

Assim, tendo em vista os princípios constitucionais da duração razoável do processo e da celeridade, parece-nos que a melhor solução é também reconhecer logo, em grau recursal, *ex officio*, a nulidade da sentença. Contudo, é defensável eventual posicionamento no sentido de que o órgão recursal deveria, pura e simplesmente, no caso, absolver o réu, até porque haveria mais tempo para eventual prescrição do crime potencial.

Na hipótese de aplicação de pena inferior, no caso, a solução seria o juízo *ad quem* não poder reconhecer, *ex officio*, essa nulidade, por ser desfavorável ao réu? Esse posicionamento é defensável, mas entendemos que não. Por exemplo, o juiz, em vez de condenar por furto qualificado (2 a 8 anos), descrito na denúncia, condenou por apropriação indébita simples (1 a 4 anos), sem observar o art. 384 do CPP.

A atuação de ofício do juiz, condenando por fato não descrito na denúncia ou queixa subsidiária, é incompatível com o princípio da tripartição dos poderes (do qual decorrem o sistema processual acusatório e o princípio da demanda ou iniciativa das partes), com o princípio da demanda (mais especificamente o princípio constitucional da privatividade da ação penal pública) e com o atual *status* constitucional dos direitos fundamentais.

Se ninguém argüir a nulidade em grau recursal, seja a pena inferior, igual ou mais grave, mas o juízo *ad quem* reconhecer a nulidade e decretar a ineficácia da sentença, bem como no caso de revisão criminal, a pena fixada na sentença anulada será a pena máxima que o juízo *a quo* poderá fixar na nova sentença, nos mesmos termos do que ocorre com o princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta aplicado na ação de revisão criminal e nos recursos²³⁶. Mantém-se, assim, o princípio de que, de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta (art. 626, parágrafo único, CPP).

Desse modo, diante da aplicação de pena inferior, no caso, o juízo *ad quem* também deverá, *ex officio*, reconhecer a nulidade e decretar a ineficácia da sentença. A pena inferior é prejudicial ao réu, uma vez que ele não pôde se defender do fato não descrito na denúncia (violação do princípio constitucional da ampla defesa) e, por exemplo, pretendia a absolvição. Assim, o juízo *ad quem* estará reconhecendo nulidade favorável ao réu, sobretudo considerando que a pena já aplicada será a pena máxima que o juízo *a quo* poderá fixar na nova sentença. Observe que a sentença anulada manterá essa eficácia jurídica relativa a pena já fixada.

Essa solução é mais razoável e consentânea com nossas normas processuais penais tanto para a defesa quanto para a acusação. Por exemplo, no caso de pena mais grave, não é admissível a solução extrema e simplista da absolvição, sem previsão legal. Por que, por exemplo, o tribunal *ad quem* optaria pela absolvição do roubo e, também, do "furto" que se encontra contido nele, em vez de "reduzir" a condenação ao furto, que se encontra delimitado na denúncia e com todas as

²³⁶ Tratamos desse princípio no item sobre princípios dos recursos (23.1.7) e no item da revisão criminal (24.1.7.1).

elementares devidamente provadas, apenas ignorando a elementar da violência que o juízo *a quo* acrescentou sem observar o art. 384, parágrafo único, do CPP? Por que escolher a impunidade total? Isso não faria sentido.

Diante da inobservância do art. 384 do CPP, ainda que se seguisse a linha de raciocínio da solução da absolvição em grau recursal, ela não seria aplicável nos casos de qualificadoras e causas de aumento de pena, pois, então, bastaria que elas fossem decotadas, mantendo-se a condenação.

A violação do art. 384 do CPP é matéria de ordem pública, de natureza jurídico-constitucional, pois acarreta a violação de um conjunto de normas constitucionais (princípio da tripartição de poderes, princípio acusatório e princípio da demanda, bem como, dependendo do caso, princípio da ampla defesa). Por isso, pode ser conhecida de ofício pelo juízo *ad quem*, se o procedimento em que ocorreu for levado ao seu conhecimento, que é o que ocorre quando há um recurso de apelação para o juízo *ad quem*.

Se o juiz, nos termos do art. 384 do CPP, der vista ao promotor de Justiça e este não quiser aditar a denúncia para incluir a “nova” elementar, o juiz deverá remeter os autos ao procurador-geral de Justiça, que poderá aditar, designar outro promotor para que o faça ou insistir na posição de não aditar, por aplicação do art. 28 do CPP, conforme agora determina o novo § 1º do art. 384 do CPP. Se o procurador-geral de Justiça insistir em não aditar, o juiz não poderá conhecer a nova classificação legal. No âmbito do Ministério Público Federal (procurador da República), do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (promotor de Justiça) e do Ministério Público Militar federal (promotor e procurador da Justiça Militar federal), o juiz (federal, do DF ou auditor) também remete, nos termos do art. 28 do CPP, os autos ao respectivo procurador-geral (procurador-geral da República, procurador-geral do MPDFT ou procurador-geral do MPM), mas este deve ouvir o parecer da respectiva Câmara de Coordenação e Revisão, conforme previsto na Lei Complementar 75/1993²³⁷.

O Ministério Público não tinha que esperar a iniciativa do juiz, como erroneamente se podia pensar pela leitura do revogado parágrafo único do art. 384 do CPP. No estrito cumprimento de seu dever funcional, sobretudo com a nova redação desse artigo, pode e deve aditar a denúncia (bem como a queixa subsidiária), para incluir a elementar não contida explícita ou implicitamente nela, independentemente da iniciativa do juiz. Até porque, se o juiz prolatar a sentença, sem que o MP tenha se manifestado, estará preclusa a matéria.

Se o juiz não receber o aditamento da denúncia ou queixa subsidiária, o processo prosseguirá (art. 384, § 5º, CPP). Entretanto, a nosso ver, o MP poderá interpor recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP), pois sua decisão equivale à rejeição parcial da denúncia ou queixa. Se não houver recurso, o juiz terá que decidir segundo o fato delitivo descrito na inicial. Assim, se o fato descrito é furto, mas o crime efetivamente praticado é o de apropriação indébita, terá que absolver do furto; se o fato efetivamente praticado é roubo, mas a descrição do fato na inicial é de furto, terá que condenar pelo furto, com a pena do furto, pois a elementar violência não está descrita na denúncia.

O aditamento poderá ser feito oralmente, quando deverá ser reduzido a termo (art. 384, *caput*, *fine*, CPP).

²³⁷ A respeito, *vide* item 5.16.7.2 sobre discordância judicial quanto ao pedido de arquivamento de inquérito policial no âmbito do Ministério Público da União.

Após oferecido o aditamento, o defensor do acusado deverá ser ouvido, no prazo de cinco dias. Se for 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 (art. 384, § 2º, CPP), e cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de cinco dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento (§ 4º).

O revogado *caput* do art. 384 do CPP aplicava-se tanto aos crimes de ação penal pública quanto aos crimes de ação penal privada (exclusiva, personalíssima e subsidiária da pública).

O revogado parágrafo único do art. 384 do CPP, ao contrário do *caput*, aplicava-se somente aos crimes de ação penal pública e aos de ação penal privada subsidiária da pública, mas não aos crimes de ação penal privada exclusiva (e personalíssima), como se depreende da redação legal: aditar (...) *a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública* (...).

Observe que quem pode aditar a queixa subsidiária não é o querelante, mas o Ministério Público, tanto na redação anterior quanto na nova.

O art. 384 do CPP, com a nova redação da Lei 11.769/2008, refere-se tão-somente à ação penal pública (“denúncia”) e à ação penal privada subsidiária da pública (“queixa [...] se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública”).

Havia quem entendia, todavia, que o parágrafo único do art. 384 do CPP também se aplicava aos crimes de ação penal exclusivamente privada, por aplicação analógica do art. 3º do CPP²³⁸. A questão se renova com a nova redação do art. 384 do CPP. Entretanto, este entendimento não pode vigorar, uma vez que a analogia somente é aplicável na omissão involuntária da lei; no caso, a lei expressamente quis se referir especificamente apenas à ação penal privada subsidiária da pública, tanto no referido parágrafo único revogado quanto na nova redação do art. 384 do CPP.

Adotadas as providências do regime da *mutatio libelli*, diante da pena potencial, podem ser aplicáveis a suspensão condicional do processo ou a incompetência do juízo, nos mesmos termos da *emendatio libelli*, conforme art. 384, § 3º, c/c §§ 1º e 2º do art. 383 do CPP. A respeito, fazemos remissão ao item 21.2.3, onde tratamos do assunto quanto à *emendatio libelli*.

Por fim, poderíamos supor que o juiz não pode mais agir de ofício para determinar as providências da *mutatio libelli*. Anteriormente, o revogado art. 384 do CPP, tanto no *caput* quanto no parágrafo único, dizia que, se o juiz reconhecesse a possibilidade de nova definição jurídica, ele “baixaria” o processo. Na nova redação, o art. 384 do CPP diz que, se o Ministério Público (implícito) entender cabível nova definição jurídica, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa subsidiária.

Todavia, logo se percebe que o juiz poderá continuar a agir de ofício, como se depreende do § 1º do art. 384, pois, não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, o juiz poderá aplicar o art. 28 do CPP. Adiante, apresentaremos uma crítica a essa possibilidade.

²³⁸ JESUS (Damásio Evangelista de), *Código de Processo Penal anotado*, 1993, p. 231, art. 384.

21.2.4.4 Crítica

O art. 384 do CPP é uma clara violação do sistema processual acusatório, que foi acolhido pela Constituição Federal²³⁹, bem como dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A atuação de ofício do juiz, no caso, é incompatível com o princípio da tripartição dos poderes (do qual decorrem o sistema processual acusatório e o princípio da demanda ou iniciativa das partes) e com o atual *status* constitucional dos direitos fundamentais.

No caso do revogado *caput* do art. 384 do CPP, o juiz criminal atuava como verdadeiro acusador, conhecendo, de ofício, elementar (parte do fato delituoso) não descrita na denúncia e, portanto, iniciando o processo penal quanto a tal elementar e condenando com base em elementar não contida na inicial. Tratava-se de resquício do juiz inquisidor e do procedimento de ofício. Isso viola frontalmente o princípio constitucional da demanda²⁴⁰, que é especificado, no caso da ação penal pública, como princípio constitucional da privatividade da ação penal pública.

A situação do revogado parágrafo único do 384 do CPP, que continua na nova redação dada pela Lei 11.719/2008, possibilitando que o juiz atue de ofício na *mutatio libelli*, para aplicar potencial pena igual ou mais grave, também é incompatível com a Constituição Federal, especialmente com relação aos princípios constitucionais do juiz natural, da tripartição de poderes e da ampla defesa. O juiz desequilibra o processo ao agir de ofício em favor da acusação, antevendo que, provavelmente, aplicará uma pena mais grave em razão de uma elementar que sequer está descrita na petição inicial (denúncia), ou, então, agindo para obter a descrição da elementar na inicial, quando somente poderá condenar a uma pena igual se houver essa outra elementar.

Não se pode dizer que o princípio do juiz natural esteja sendo cumprido, uma vez que sua imparcialidade é afetada pela sua atitude acusatória. Por outro lado, o órgão jurisdicional (juiz) tende a se confundir com o órgão executivo (Ministério Público), violando o princípio da tripartição de poderes. Ademais, a *ampla* defesa é abalada, uma vez que surge no processo uma inconstitucional *ampla* acusação, expressada pelo reforço que a acusação tem com a providência de ofício tomada pelo juiz.



Enfim, se, no Brasil, tivéssemos uma tradição mais sólida de respeito à Constituição, o juiz já não estaria mais agindo de ofício para aplicar o art. 384 do CPP, por entender que a Constituição não o recepcionou nesse aspecto, independentemente de qualquer modificação legal.

Na sua proposta original de nova redação para o art. 384 do CPP, o Projeto de Lei 4.207/2001, do qual se originou a Lei 11.719/2008, não contemplava mais o agir de ofício do juiz. Contudo, infelizmente, em desrespeito à Constituição, o atual § 1º do art. 384 do CPP foi acrescido no Congresso Nacional.

21.2.5 *Emendatio libelli* e *mutatio libelli* no CPPM

[...]

²³⁹ Conforme tratamos profundamente no item sobre sistemas processuais (1.5.1).

²⁴⁰ Demonstramos sua natureza constitucional no item específico sobre esse princípio (7.5.1).

21.3 Sentença condenatória

21.3.1 Geral

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 (art. 385, CPP).

O juiz, ao proferir sentença condenatória (art. 387, CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008 aos incisos II, III, IV, com acréscimo do parágrafo único):

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. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de [...] medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

[...].

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.

A nova redação do inciso II apenas atualizou a referência a dispositivos do Código Penal.

No inciso III, houve a supressão das “penas acessórias”, que não mais existem no CP, mas continuam a existir no COM.

No inciso IV, a Lei 11.719/2008 inovou, prevendo a fixação do referido valor mínimo, conforme vimos no item 12.3, sobre a execução civil da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Na anterior redação  no inciso IV, havia a previsão de imposição de medida de segurança. Observe que, com a reforma de 1984 da parte geral do CP, o juiz não poderá impor medida de segurança e pena ao semi-imputável, devendo aplicar uma *ou* outra, excludentemente. Entendemos que ainda é possível a aplicação provisória de medida de segurança provisória, conforme discorreremos no item 18.1 (a que fazemos remissão), ao menos como alternativa à prisão provisória, pois raciocínio diverso poderia levar à prisão preventiva um réu insano que necessita de medida de segurança (especialmente tratamento ambulatorial). Aliás, o inciso V do art. 387 do CPP não foi revogado na parte em que se refere a medidas de segurança.

O novo parágrafo único do art. 387, em conjunto com a revogação do art. 594 do CPP, ambos efetuado pela Lei 11.719/2008, é realmente um avanço. Por um lado, eventual prisão provisória não pode condicionar o direito de recorrer, ou seja, o réu poderá apelar, sem se recolher à prisão ou prestar fiança. Por outro, mesmo o réu estando preso durante o processo, o juiz terá que fundamentar a manutenção de sua prisão ou, se for o caso, a decretação de prisão preventiva (estando solto), ou de outra medida cautelar. A sentença penal condenatória, se não houver fundamento cautelar, não poderá acarretar a prisão do réu.

21.3.2 Dosimetria da pena

[...]

21.4 Sentença absolutória

21.4.1 Absolvição em geral

O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça (art. 386, CPP, com a redação da Lei 11.690/2008):

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 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.

Na sentença absolutória, o juiz (art. 386, parágrafo único, CPP, com a redação da Lei 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.

Se reconhecer que o fato é típico e ilícito, mas o fundamento da absolvição for a inimputabilidade (art. 26 do CP), o juiz imporá medida de segurança. Trata-se da sentença absolutória imprópria.

A sentença absolutória própria é aquela em que o juiz absolve o réu e não lhe impõe medida de segurança.

A sentença absolutória imprópria é aquela em que o juiz absolve, mas impõe medida de segurança. Diz-se que é “imprópria” porque, apenas formalmente é uma absolvição, uma vez que, materialmente, imposição medida de segurança, que é uma intervenção em direitos fundamentais do absolvido.

Além da absolvição do art. 386 do CPP, também existe a hipótese de absolvição sumária do art. 415 do CPP, no final da primeira fase do procedimento de competência do tribunal do júri (*iudicium accusationis*), bem como a nova absolvição sumária do art. 397 do CPP, após a resposta do acusado (“defesa prévia”).

No processo penal comum, como a extinção da punibilidade não era prevista como fundamento de sentença absolutória, o juiz, se a reconhecesse, não absolvía o réu, mas, sim, declarava a extinção da punibilidade, prolatando uma sentença definitiva em sentido amplo, que não era condenatória, nem absolutória. Agora, pelo menos na hipótese do inciso IV do art. 397 do CPP, ocorre a absolvição sumária, conforme veremos no item 21.4.2.

No processo penal militar, a causa de extinção de punibilidade é prevista como fundamento de sentença absolutória, se for reconhecida pelo conselho de sentença na sessão de julgamento (art. 439, alínea *f*, CPPM), e, portanto, o réu tem o *status* de absolvido. O juiz-auditor pode, monocraticamente, declarar a extinção da punibilidade anteriormente ao julgamento, se ela ocorrer (por exemplo, prescrição), mas, então, não será uma sentença absolutória, e sim, uma sentença definitiva em sentido amplo, como se constata pela previsão de recurso em sentido estrito contra esta decisão monocrática (art. 516, *j*, CPPM), em vez de apelação, a qual cabe contra a sentença absolutória do conselho de sentença (art. 526, *a*, CPPM). Todavia, conforme veremos a seguir, é defensável, a partir do novo art. 397 do CPP, que a absolvição sumária também caiba anteriormente ao julgamento no processo penal militar.

21.4.2 Absolvição sumária do art. 397 do CPP

O art. 397 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, instituiu uma nova hipótese da absolvição sumária.

Esse instituto não deve ser confundido com a absolvição sumária prevista no art. 415 do CPP, no final da primeira fase (*iudicium accusationis*) do procedimento do tribunal do júri.

Nos termos do art. 397 do CPP, “após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos”, do CPP, ou seja, após a resposta do acusado (“defesa prévia”) e eventual processamento de exceções, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

O *caput* do art. 397 diz que essa absolvição sumária deve ocorrer, não apenas após a resposta do acusa, mas após o disposto também nos “parágrafos” (em que, no § 1º, há previsão das exceções dos arts. 95 a 112), porque a eventual procedência de exceção de modo geral, pode impedir o juiz de prolatar a sentença da absolvição sumária, como ocorreria com as exceções de incompetência, litispendência, coisa julgada ou ilegitimidade de parte ou, ainda, manejadas “contra” o juiz, as de suspeição ou de impedimento.

Já a exceção de suspeição de um serventuário ou funcionário da justiça (arts. 105 e 274 c/c art. 254 do CPP) não afetaria, de modo geral, a prolação da referida sentença.

Essa absolvição sumária também é orientada pelo princípio do *in dubio pro societate*, conforme se conclui da forma categórica das disposições legais, como “manifesta” e “evidentemente”. Esse princípio também ocorre na absolvição sumária do procedimento do júri, no qual, todavia, o princípio é inferido de interpretação sistemática por confronto com a pronúncia e a impronúncia.

Em relação à absolvição sumária no procedimento do júri, o princípio do *in dubio pro societate*, no caso do art. 397, encontra-se bastante reforçado.

Aqui, exige-se que haja “manifesta existência” de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, ou que seja “evidente” que o fato narrado não constitui crime.

A mera leitura da denúncia ou queixa, subsidiada com os elementos informativos (provas inquisitoriais)²⁴¹ que a acompanham (como inquérito policial), deve deixar clara, de maneira indubitável, a existência de uma das referidas causas ou a evidência de não ser crime. Ora, se são cabíveis provas inquisitoriais para subsidiar a absolvição sumária, com mais razão ainda eventuais provas antecipadas²⁴² poderão fundamentá-la, pois estas são produzidas sob contraditório.

Se houver necessidade de dilação probatória, não se trata de hipótese de absolvição sumária e, então, o juiz deve prosseguir para a fase seguinte, com instrução criminal e, após, sentença condenatória ou absolutória. Já, no procedimento do tribunal do júri, a absolvição sumária do art. 415 exige um conjunto probatório concludente, produzido sob contraditório.

Por várias vezes já nos deparamos com denúncias que se teriam enquadrado nas três primeiras hipóteses de absolvição sumária. Isso ocorreu por dois motivos principais.

Primeiro, pela concepção de que bastava o fato ser típico, para que o Ministério Público pudesse oferecer a denúncia, uma vez que competiria ao juiz prolatar a sentença absolutória.

Sempre entendemos que essa concepção era equivocada (*vide* item 7.12.9.2). Em nosso entendimento, como crime é fato típico, ilícito e culpável, se o fato evidentemente não fosse típico, ilícito ou culpável (exceto inimizabilidade que acarrete medida de segurança), a denúncia ou queixa deveria ser rejeitada liminarmente. Nessa linha, foram inúmeros os arquivamentos de inquérito policial que foram determinados por nossa solicitação, por entender que não seria cabível o recebimento da denúncia, especialmente na hipótese de legítima defesa própria ou de terceiro.

Um caso que nos marcou inicialmente foi a de um policial militar que atuou em um roubo a uma padaria. Quando o policial chegou na padaria, o assaltante, com emprego de arma de fogo, atirou nele e o feriu. O policial já se encontrava baleado no chão e o assaltante iria continuar a atirar nele, mas o policial conseguiu se defender legitimamente, atirando uma única vez no assaltante, o qual morreu. Todas as diversas testemunhas foram uníssonas na descrição de uma legítima defesa própria do policial militar em relação ao assaltante, mas, ainda assim, o policial foi denunciado por homicídio culposo. Curiosamente, a própria denúncia descreveu toda a ação como legítima defesa.

Segundo, pela maior facilidade e conveniência de se oferecer denúncia, em vez de se pedir arquivamento do inquérito policial, especialmente nos dois primeiros anos da carreira de membros do Ministério Público, ou seja, durante o estágio probatório.

De modo geral, o pedido de arquivamento de inquérito policial é mais trabalhoso do que a elaboração da denúncia, exige uma convicção mais forte do que a necessária para denunciar e impõe uma fundamentação significativa (enquanto a denúncia não necessita de fundamentação). Além disso, se o juiz discordar, ele remeterá o inquérito policial ao respectivo procurador-geral do Ministério Público, expondo eventuais falhas do membro ministerial que o formulou, enquanto a denúncia costuma ser recebida sem dificuldade.

²⁴¹ Sobre a distinção “elementos informativos” (ou prova inquisitorial) e “provas” (ou provas processuais), *vide* item 15.1.1.

²⁴² Sobre a noção de provas antecipadas, cautelares e não-repetíveis, *vide* item 15.1.1, a que fazemos remissão.

Tendo em vista a definição analítica de crime (fato típico, ilícito e culpável), a nosso ver o inciso III engloba as hipóteses dos incisos I (“excludente” de ilicitude) e II (“excludente” de culpabilidade) do art. 397 do CPP.

Na hipótese do inciso II, já vimos casos em que, indubitavelmente, o denunciado havia cometido o fato em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22 do CP).

A hipótese de atipicidade, que se enquadra no inciso III, também ocorre na prática forense, mas enfrentamos um menor número de casos em nossa experiência, sobretudo porque, de modo geral, a atipicidade é relativa, ensejando a classificação em outra espécie de crime.

A extinção da punibilidade, prevista no inciso IV do art. 397 do CPP, é realmente inovadora como hipótese de absolvição no processo penal comum.

A sentença de absolvição sumária, nesse caso do inciso IV, é sentença definitiva em sentido estrito.

A absolvição não é, tecnicamente, uma decisão que julga que alguém é inocente, mas uma sentença que julga que a condenação é improcedente, com base em uma hipótese de cabimento especificamente prevista como hipótese de absolvição.

Em outras palavras, uma sentença pode ser definitiva, por julgar o “mérito principal”, mas não ser uma sentença absolutória, em razão de seu fundamento não ter sido previsto especificamente como hipótese de cabimento de absolvição.

Era exatamente o que ocorria com a extinção da punibilidade. Julgar extinta a punibilidade é decidir mérito, pois diz respeito ao próprio poder de punir do Estado. Como não era prevista como hipótese de absolvição, restou-nos classificá-la como decisão (ou mais propriamente sentença) definitiva em sentido amplo, uma vez que, sentença em sentido estrito, na falta de sistematização do CPP, é apenas condenação ou absolvição.

Conforme vimos no item 21.1, a denominação “decisão terminativa de mérito” é por demais inapropriada, pois terminativa é exatamente a sentença ou “decisão” que não julga o mérito.

Tratando-se de sentença (definitiva) de absolvição, o recurso cabível contra a absolvição sumária do art. 397 do CPP é a apelação, nos exatos termos do art. 593, I, do CPP. A hipótese de absolvição sumária do art. 415, no procedimento do tribunal do júri, foi prevista no art. 416 do CPP, mas isso decorreu dessa confusão conceitual sobre os atos judiciais decisórios; não há dificuldade de situá-la também naquele dispositivo legal.

Conforme vimos no item 21.4, no processo penal militar, a causa de extinção de punibilidade é prevista como fundamento de sentença absolutória, se for reconhecida pelo conselho de sentença na sessão de julgamento (art. 439, alínea *f*, CPPM, de 1969), e, portanto, o réu tem o *status* de absolvido. O juiz-auditor pode, monocraticamente, declarar a extinção da punibilidade anteriormente ao julgamento, se ela ocorrer (por exemplo, prescrição), mas, então, não será uma sentença absolutória, e sim, uma sentença definitiva em sentido amplo, como se constata pela previsão de recurso em sentido estrito contra esta decisão monocrática (art. 516, *j*, CPPM), em vez de apelação, a qual cabe contra a sentença absolutória do conselho de sentença (art. 526, *a*, CPPM).

Do ponto de vista social, ser absolvido é percebido como se fosse inocentado. Portanto, o *status* de absolvido é muito melhor para a dignidade do acusado do que a situação de extinção de punibilidade.

É estranho que o acusado possa ter, em uma fase preliminar, esse *status* de absolvido e isso não tenha sido previsto na fase posterior, em que se prolata a sentença condenatória ou absolutória. Isso ocorreria porque, por um lado, o art. 386 do CPP não prevê tal hipótese de absolvição e, por outro, continua a haver a hipótese de recurso em sentido estrito contra declaração de extinção da punibilidade, no art. 581, VIII, do CPP, o que significaria que também haveria a correspondente sentença definitiva em sentido amplo (ou, impropriamente, decisão “terminativa” de mérito), que não é absolvição.

O *status* de absolvido atinge de maneira tão profunda a dignidade da pessoa acusada que nos parece que isso vai além da mera percepção social, possuindo caráter jurídico-constitucional.

Tendo tal caráter, não se justifica, no caso, a desigualdade entre o acusado, ainda na fase preliminar, juridicamente mais vantajosa, e o acusado na fase de “instrução e julgamento”, juridicamente menos vantajosa para sua imagem e, enfim, dignidade.

Assim, do ponto de vista constitucional, pensamos que, uma vez iniciado o processo penal, o juiz deve absolver o acusado, ainda que em fase posterior a do art. 397 do CPP, se constatar a extinção da punibilidade. Do ponto de vista legal, o fundamento seria o art. 386 c/c arts. 397, IV, e art. 3º do CPP, por aplicação analógica. Tratando-se de sentença absolutória, o recurso cabível é a apelação, nos termos do art. 593, I, do CPP. Aliás, se o juiz aplicar essa interpretação benéfica, não faria sentido que o acusador recorresse – e não haveria interesse de recorrer – somente para modificar o ato judicial de sentença (definitiva) absolutória para sentença definitiva em sentido amplo.

Teremos que aguardar a jurisprudência sobre esse novo dispositivo legal do art. 397, para vermos se acolherá essa garantia mais efetiva da dignidade da pessoa humana acusada em processo penal.

Então por que foi mantido o inciso VIII do art. 581 do CPP? Ora, as sentenças absolutória e condenatória ocorrem após iniciado o processo; foi por isso que não se admitiu, na tramitação do objeto que resultou na Lei 11.719/2008, que a absolvição sumária ocorresse antes do recebimento da denúncia.

Assim, a sentença de declaração da extinção da punibilidade continua a existir antes de iniciado o processo penal, ou seja, antes de oferecida a denúncia ou queixa, ou até mesmo antes de recebida. Em tal caso, o recurso cabível é o recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, VIII, do CPP.

Essa diretriz dos incisos I, II e III do art. 397 de evitar dilação probatória também deve ser seguida na hipótese do inciso IV, ou seja, o princípio do *in dubio pro societate* também deve ser aplicado neste caso. Uma qualificação como “manifesta” não foi necessária, porque, de modo geral, a verificação da extinção da punibilidade não demanda dilação probatória, como ocorre com a prescrição. Se, por exemplo, houver necessidade de ouvir testemunhas para comprovar eventual perdão, o juiz deve prosseguir para a instrução criminal.

Vimos, no item 4.3.14, que a Constituição, com a EC nº 45/2004, instituiu o princípio da celeridade processual. As Leis 11.689 e 11.719/2008, ao alterarem os procedimentos, procuraram lhe dar efetividade. Nessa linha, na prática forense, provavelmente muitos juízes decidirão a absolvição sumária até a abertura da

audiência de instrução e julgamento, e não logo após a resposta do acusado, a fim de não atrasarem o procedimento como um todo, podendo, assim, expedir logo as diversas intimações.

Exceto quanto à extinção da punibilidade (pelas razões acima expostas), haveria insegurança jurídica se o juiz, a qualquer momento, pudesse prolatar a absolvição sumária do art. 397 do CPP. Então, quando ocorreria preclusão *pro judicato*? Tendo em vista que seu momento é após a resposta e as exceções, consideramos que o momento preclusivo é o início da instrução criminal, ou seja, que o juiz possa prolatá-la até o início da audiência de instrução, antes de efetivamente realizar a instrução (oitiva de testemunhas etc.). Uma vez iniciada a audiência de instrução, o juiz deve prosseguir até a sentença condenatória ou absolutória.

Certamente, direito não é matemática e, no caso concreto, pode ser cabível após esse momento. Por exemplo, a audiência foi cindida, por falta de testemunha, mas o próprio Ministério Público, sem delongas, requerer a absolvição sumária.

O que fazer em relação aos processos já iniciados, em que já houve resposta do acusado (“defesa prévia”) e a instrução criminal se iniciou?

A nova disciplina da absolvição sumária afeta diretamente o poder de punir e, portanto, é norma mista, submetida, em parte, aos princípios da temporalidade da lei penal. Ademais, é claramente mais benéfica ao acusado. Desse modo, não apenas se aplica imediatamente, mas também deve retroagir para beneficiar os casos em que já se iniciou a instrução criminal. Certamente o juiz deve ser prudente; se a instrução já está avançada, pode ser mais seguro (e até mais vantajoso para o réu) que vá até a fase da sentença condenatória ou absolutória, prolatando, então, com base em provas, a sentença absolutória, do que assumir a solução mais frágil da, por exemplo, “manifesta existência”.

Mas a temporalidade penal não alcançará, por incompatibilidade lógica, os casos em que já ocorreu prolação da sentença condenatória, com fundamento em conjunto probatório produzido sob contraditório, uma vez que a absolvição sumária se encontra em fase preliminar, quando, de modo geral, ainda não há provas sob contraditório (provas processuais ou produzidas), mas meros elementos informativos da fase inquisitorial (provas inquisitoriais ou coletadas)²⁴³. Em outras palavras, o princípio constitucional do contraditório deverá ser respeitado.

Pensamos que a absolvição sumária é aplicável a quaisquer processos penais, sejam comuns, eleitorais ou militares, tendo em vista a forma categórica e abrangente com que o art. 394, § 4º, do CPP afirmou sua aplicabilidade a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no CPP (“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”).

Não somente em razão disso, mas também e especialmente pelas razões que expusemos acima a respeito do *status* de absolvido. O *status dignitatis* da pessoa humana acusada é atingida de forma tão profunda com a absolvição, que pensamos que isso tem caráter jurídico-constitucional.

Os termos categóricos do art. 394, § 4º, do CPP faz com que seja aplicável a todos os procedimentos do processo penal comum, sejam ordinário, sumário, sumaríssimo ou especiais.

²⁴³ Sobre a distinção “elementos informativos” (ou prova inquisitorial) e “provas” (ou provas processuais), *vide* item 15.1.1.

O processo penal eleitoral aplica, subsidiariamente, as normas gerais do processo penal comum e, portanto, também é cabível nele.

Os processos penais originários, em casos de juízo (ou competência) especial pela prerrogativa de função, têm seu “primeiro grau” em tribunais, os quais, assim, também devem aplicá-la.

Mas, em interpretação sistemática e constitucional, o caráter jurídico-constitucional desse dispositivo, aliado aos termos categóricos da disposição legal, faz, a nosso ver, com que seja aplicável a qualquer justiça ou procedimento penal “condenatório”.

Nessa linha, qual seria o fator diferencial entre um réu no processo penal comum e outro no processo penal militar que justificaria que o primeiro pudesse ser protegido, via absolvição sumária, contra denúncias “manifestamente ilegais” (já que há manifesta existência de causa excludente de ilicitude ou culpabilidade etc.), inclusive com o *status* de absolvido, enquanto o último não?

Durante o processo penal, a eventual condição de militar não justificaria essa desigualdade. Essa condição justifica, constitucionalmente, variados tratamento desiguais, seja quanto ao procedimento, espécies de crimes e medidas cautelares pessoais, mas não no aspecto em tela. Certamente haverá resistência a esse entendimento, alegando-se as especificidades do processo penal militar, mas elas se justificam na medida em que observam o princípio constitucional da igualdade e não nos parece que, no ponto, isso ocorra.

Também não se justificaria essa desigualdade, quanto a esse instituto, entre um réu perante juiz de direito e outro, em processo penal originário, perante tribunal de justiça, tribunal regional federal, tribunal regional eleitoral ou tribunal superior.

21.5 Coisa julgada

[...]

Por exemplo, utilizando a visão de Greco Filho, um mesmo fato, num processo, poderia ter sido classificado como furto e, em outro, como apropriação indébita (apesar de não se saber se o réu já tinha ou não a posse do objeto quando decidiu tê-lo para si, o fato continuaria a ser o mesmo), mas ambos teriam o mesmo conteúdo essencial de transferência patrimonial.

Em linhas gerais, concordamos com Greco Filho, mas pensamos que seu exemplo foi incorreto. Mesmo do ponto de vista físico-social, pensamos que a conduta de subtrair e de apropriar-se são substancialmente diferentes. Portanto, absolvido do furto simples, ainda será, a nosso ver, possível, em tese, oferecimento da denúncia por apropriação.

[...]

23 IMPUGNAÇÕES I: RECURSOS

23.4 Protesto por novo júri

O protesto por novo júri surgiu, no Brasil, com o “Código do Processo Criminal de Primeira Instância” (Lei de 29 de novembro de 1832), previsto no art. 308, como um meio de o “condenado” conseguir o reexame de sua condenação pelo júri, se a pena aplicada fosse de cinco anos de degredo ou desterro, três anos de galés ou prisão, ou morte. Em seguida, a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 (“Reformando o Código do Processo Criminal”), estabeleceu, em seu art. 87, que o protesto por novo júri somente tinha lugar nos casos em que fosse imposta a pena de morte ou de galés perpétuas.

O art. 4º da Lei 11.689/2008 revogou “o Capítulo IV do Título II do Livro III” do CPP (ou seja, os arts. 607 e 608) e, por conseguinte, extinguiu o protesto por novo júri.

Coloca-se a questão de direito intertemporal sobre o que fazer em relação aos crimes já praticados antes da vigência da Lei 11.689/2008, ou seja, antes de 09.08.2008. A modificação é norma processual penal e, portanto, tem aplicação imediata, inclusive a supostos crimes praticados anteriormente, ou se trata de norma mista (penal e processual penal simultaneamente) e, assim, os supostos crimes praticados até 08.08.2008 continuarão sujeitos a protesto por novo júri?

Entendendo que a norma que revogou o protesto por novo júri tem caráter meramente processual, aplicável imediatamente, Guilherme de Souza Nucci sintetiza sua fundamentação²⁴⁴:

O protesto por novo júri não permitia a soltura do acusado, nem gerava a extinção da punibilidade, Em suma, deferido ou não, nenhuma consequência no campo penal desencadeava. A sua utilização não afetava o direito de punir do Estado. Aliás, cabia ao Tribunal do Júri, por intermédio de outro Conselho de Sentença, julgar novamente o caso. Nada mais.

Na mesma linha de pensamento, Andrey Borges de Mendonça destaca²⁴⁵:

Em relação à  esta garantia do duplo grau de jurisdição, é necessário relembrar que o protesto por novo júri não é dirigido ao Tribunal. Como já dissemos, é o próprio juiz presidente quem analisa e julga o recurso, sendo interposto de juízo a quo para juízo a quo. Assim sendo, não há que falar em garantia do duplo grau de jurisdição.

E Mendonça arremata²⁴⁶:

[...] pensemos na hipótese inversa, em que se cria um novo recurso. Caso se entenda que as normas que tratam de recursos seriam predominantemente penais e, portanto, retroativas na hipótese, seria necessário reabrir todos os processos em que houve condenação transitada em julgado para que os acusados pudesse se valer do recurso criado. Esta conclusão seria consequência lógica daquela premissa (normas referentes a recurso seriam penais), pois ninguém discute que as normas penais benéficas não possuem limites para a sua retroatividade, sequer na coisa julgada.

²⁴⁴ NUCCI, *Tribunal do júri*, 2008, p. 410.

²⁴⁵ MENDONÇA, *Nova reforma do Código de Processo Penal*, 2008, p. 150.

²⁴⁶ MENDONÇA, *Nova reforma do Código de Processo Penal*, 2008, p. 151.

Diversos autores, com fundamentações diferentes, têm entendido que se trata de norma mista, sujeita aos princípios da temporalidade penal, e, assim, seria cabível o protesto por novo júri relativamente aos supostos crimes praticados até 08.08.2008, com ultra-atividade das normas revogadas: Rômulo de Andrade Moreira²⁴⁷, Paulo Rangel²⁴⁸ e Roberto Delmanto Júnior²⁴⁹.

Reafirmamos nosso entendimento no processo penal, segundo o qual a lei vigente no dia em que foi prolatado ou proferido o julgamento é a que determina o cabimento do recurso e a lei vigente no dia em que foi efetivamente interposto o recurso é a que regula o seu procedimento²⁵⁰.

Portanto, a nosso ver, a revogação efetuada pela Lei 11.689/2008 se trata de norma processual penal, submetendo-se ao princípio da aplicação imediata (*tempus regit actum*). Assim, o protesto por novo júri somente continuou cabível quanto às condenações ocorridas, no tribunal do júri, apenas até 08.08.2008.



²⁴⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1808, 13 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11385>>. Acesso em: 02 set. 2008.

²⁴⁸ RANGEL, Paulo. O princípio da irretroatividade da lei processual penal material como garantia fundamental. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 4, jul.2008.

²⁴⁹ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. O fim do protesto por novo júri e o julgamento pela mídia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 7-8, jul.2008.

²⁵⁰ Neste sentido, no processo civil: NERY JUNIOR, *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, 2000, p. 426-7 e 429.