

**Sinopses jurídicas**

**Processo**

**Penal**

**Parte**

**Geral**

**ISBN 85-02-02354-3** obra completa

**ISBN 85-02-04376-5** volume 14

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

**AMAZONAS/RONDÔNIA/JRORAIMA/JACRE**

Rua Costa Azevedo. 56 — Centro

Fone/Fax: (92)1633-4227 6334782

Manaus

**BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dorea. 23 Brotas

Fone (71)381-5854/381-5895

Fax: (71)381-099 Salvador

**BAURU/SÃO PAULO**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2 57 Centro

Fone (14) 234-5643 — Fac. (14) 234-7401

Bauru

**CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gonies, 670 Jacarecanga

Fone: (85)238-2323/238-1384

Fax: (85)238-1331 — Fortaleza

**DISTRITO FEDERAL**

**SIG QO 3 BL. B** - Loja 97—Setor Industrial Grafico

Fone: (61)344-2920/344-2951

Fax: (61) 344-1709—Brasília

**GOIÁS/TOCANTINS**

As. Independência 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62)325-2882/212-2806

Fax (62)224 3016—Goiania

**MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

**Rua 14** de Julho, 3148—Centro

Fone: (67)382-3682 — Fac: (67)382-0112

Campo Grande

**MINAS GERAIS**

Rua Padre Eustaquio. 2818 Padre Eustaquio

Fone (31)3412-7080—Fax:(31)3412 7085

Belo Horizonte

**PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinages 186 — Batata Campos

Fone: (91)222-9034 224-9038

Fax (91)241-0499—Belem

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 Prado Velho

Fone/Fax (41)332-4894

Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE**

Rua Corredor do Bispo, 185—Boa Vista

Fone: (81)34214246

Fax: (81)34214510—Recife

**RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO**

Rua Padre Feijo, 373 Vila Tiberio

Fone: (16(610-5843

Fac: (16(6108284 Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPIRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel 113 a 119— Vila Isabel

Fone: (21) 2577 9494 Pua: (21) 2577-8867 2577-9565

Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. Ceara, 1360 — Sao Geraldo

Fone: (51)3343-1467 3343-7563

Fas (51) 3343-2986 3343-7469 — Porto Alegre

**SÃO PAULO**

As. Marquês de Sao Vicente 1697

(antiga An. dos Emissarios) Barra Funda

Fone: PABX (1113613-3000 — Sao Paulo

Indices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Leis : Processo penal 343.1(81) (094)

2. Leis : Processo penal : Brasil 343.1(81) (094)

**Editora**

**Saraiva**

Avenida Marques de São Vicente, 1697 CEP 01139-904 — Barra Funda São Paulo - SP

Tel.: PABX (11) 3613-3000 — Fac: (11) 3611-3308 — Fone Vendas: (11) 3613-3344

Fax Vendas: (11) 3611-3268 — Endereço Internef: <http://www.edflorasaraiva.com.br>

**ÍNDICE**

1. Introdução

1.1. Lei processual penal no espaço

1.2. Lei processual penal no tempo

1.3. Fontes do direito processual penal

1.4. Interpretação da lei

1.4.1. Interpretação analógica e analogia

2. Do inquérito policial

2.1. Conceito

2.2. Características

2.3. Formas de instauração do inquérito policial

2.4. Prazos para a conclusão do inquérito

2.5. Diligências

2.6. Incomunicabilidade

2.7. Conclusão do inquérito

3. Da ação penal

3.1. Classificação

3.2. Condições gerais da ação penal

3.3. Princípios gerais da ação penal

3.4. Princípios específicos da ação pública e da ação privada

3.4.1. Princípios atinentes à ação pública

3.4.2. Princípios atinentes à ação privada

3.5. Ação pública incondicionada

3.5.1. Requisitos da denúncia

3.5.2. Recebimento da denúncia

3.5.3. Rejeição da denúncia

3.6. Ação pública condicionada à representação

3.6. 1. Representação. Conceito e natureza **jurídica**

- 3.6.2. Aspectos formais
- 3.6.3. Prazo
- 3.6.4. Retratação
- 3.6.5. Titularidade do direito de representar
- 3.7. Ação pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça
- 3.8. Ação penal privada
  - 3.8.1. Introdução
  - 3.8.2. Prazo
  - 3.8.3. Atuação do Ministério Público
- 3.9. Decadência
- 3.10. Perempção
- 3.11. Renúncia
- 3.12. Perdão do ofendido
- 3.13. Ação penal privada subsidiária da pública
  - 3.13.1. Atuação do Ministério Público
  - 3.13.2. Litisconsórcio
- 4. Ação civil *ex delicto*
  - 4.1. Legitimidade ativa
  - 4.2. Legitimidade passiva
  - 4.3. Competência
- 5. Jurisdição
  - 5.1. Conceito
  - 5.2. Princípios da jurisdição
- 6. Competência
  - 6.1. Competência pelo lugar da infração
  - 6.2. Competência pelo domicílio ou residência do réu
  - 6.3. Competência pela natureza da infração
  - 6.4. Justiça Militar
    - 6.4.1. Composição da Justiça Militar
  - 6.5. Justiça Eleitoral ..
  - 6.6. Justiça Federal
    - 6.6.1. Composição da Justiça Federal
  - 6.7. Justiça Estadual
    - 6.7.1. Composição da Justiça Estadual
  - 6.8. Juizados Especiais Criminais
  - 6.9. Competência em razão da matéria em uma mesma comarca
  - 6.10. Prevenção e distribuição
  - 6.11. Conexão e continência
  - 6.12. Hipóteses de conexão (art. 76)
    - 6.12.1. Conexão intersubjetiva
    - 6.12.2. Conexão objetiva
    - 6.12.3. Conexão instrumental ou probatória
  - 6.13. Hipóteses de continência (art. 77)
  - 6.14. Foro prevalente
  - 6.15. Rito
  - 6.16. Conexão entre a jurisdição comum e a dos Juizados Especiais Criminais
  - 6.17. Avocação
  - 6.18. Separação de processos
  - 6.19. Desclassificação e competência
  - 6.20. Foro por prerrogativa de função

- 6.21. Exceção da verdade
- 7. Questões e processos incidentes
  - 7.1. Questões prejudiciais
  - 7.2. Exceções
  - 7.3. Exceção de suspeição
  - 7.4. Exceção de incompetência de juízo
  - 7.5. Exceção de ilegitimidade de parte
  - 7.6. Exceção de litispendência
  - 7.7. Exceção de coisa julgada
  - 7.8. Incompatibilidades e impedimentos
  - 7.9. Conflito de jurisdição
    - 7.9.1. Conceito
    - 7.9.2. Espécies
    - 7.9.3. Processamento do conflito de jurisdição
    - 7.9.4. Competência para julgamento
    - 7.9.5. Conflito de atribuições
  - 7.10. Restituição de coisas apreendidas
    - 7.10.1. Restituição pela autoridade policial
    - 7.10.2. Restituição pelo juiz
    - 7.10.3. Coisas facilmente deterioráveis
    - 7.10.4. Recursos
    - 7.10.5. Destino dos bens
  - 7.11. Medidas assecuratórias
  - 7.12. Seqüestro
    - 7.12.1. Seqüestro de bens imóveis
    - 7.12.2. Oportunidade e competência
    - 7.12.3. Iniciativa
    - 7.12.4. Requisitos
    - 7.12.5. Procedimentos e recurso
    - 7.12.6. Embargos ao seqüestro
    - 7.12.7. Seqüestro de móveis
  - 7.13. Hipoteca legal
    - 7.13.1. Conceito e finalidade
    - 7.13.2. Oportunidade e requisitos
    - 7.13.3. Legitimidade
    - 7.13.4. Processamento
    - 7.13.5. Liquidação
  - 7.14. Arresto
    - 7.14.1. Objeto
    - 7.14.2. Distinção
  - 7.15. Incidente de falsidade
    - 7.15.1. Legitimidade
    - 7.15.2. Processamento
    - 7.15.3. Recurso
    - 7.15.4. Efeitos
  - 7.16. Incidente de insanidade mental do acusado
    - 7.16.1. Oportunidade e legitimidade
    - 7.16.2. Processamento
    - 7.16.3. Efeitos da juntada do laudo
- 8. Da prova

- 8.1. Das perícias em geral e do exame de corpo de delito
  - 8.1.1. Conceito e objeto
  - 8.1.2. Laudo pericial
  - 8.1.3. Realização da perícia
  - 8.1.4. Vinculação do juiz ao laudo
  - 8.1.5. O exame de corpo de delito. Distinção entre exame de corpo de delito e corpo de delito
- 8.2. Interrogatório
  - 8.2.1. Conceito e natureza
  - 8.2.2. Características
  - 8.2.3. Momento do interrogatório
  - 8.2.4. Silêncio e mentira do réu
- 8.3. Confissão
  - 8.3.1. Conceito
  - 8.3.2. Momento e efeitos da confissão
  - 8.3.3. Classificação
  - 8.3.4. Características
- 8.4. Declarações do ofendido
- 8.5. Prova testemunhal
  - 8.5.1. Conceito
  - 8.5.2. Classificação das testemunhas
  - 8.5.3. Características da prova testemunhal
  - 8.5.4. Colheita do testemunho
- 8.6. Reconhecimento de pessoas e coisas
  - 8.6.1. Reconhecimento de pessoas
  - 8.6.2. Reconhecimento de coisas
- 8.7. Acareação
  - 8.7.1. Conceito
  - 8.7.2. Pressupostos
  - 8.7.3. Sujeitos
- 8.8. Prova documental
  - 8.8.1. Conceito
  - 8.8.2. Requisitos para eficácia probante .
  - 8.8.3. Produção da prova documental
- 8.9. Índícios
  - 8.9.1. Conceito
  - 8.9.2. Valor
- 8.10. Da busca e apreensão
  - 8.10.1. Conceito
  - 8.10.2. Oportunidade
  - 8.10.3. Espécies (art. 240, *caput*, do CPP)
- 9. Sujeitos processuais
  - 9.1. Juiz
    - 9.1.1. Funções e poderes do juiz
    - 9.1.2. Prerrogativas
    - 9.1.3. Vedações
  - 9.2. Ministério Público
    - 9.2.1. Princípios institucionais
    - 9.2.2. Funções

- 9.2.3. Prerrogativas
- 9.2.4. Vedações
- 9.3. Do acusado
  - 9.3.1. Conceito
  - 9.3.2. Identificação do acusado
  - 9.3.3. Direitos e garantias do acusado
- 9.4. Defensor
  - 9.4.1. Defensor constituído
  - 9.4.2. Defensor dativo
- 9.5. Curador
- 9.6. Assistente de acusação
  - 9.6.1. Hipótese de intervenção
  - 9.6.2. Finalidade
  - 9.6.3. Oportunidade da admissão
  - 9.6.4. Processamento do requerimento de habilitação
  - 9.6.5. Poderes do assistente
- 9.7. Auxiliares da justiça
- 10. Prisão
  - 10.1. Prisão em flagrante
    - 10.1.1. Hipóteses de prisão em flagrante
    - 10.1.2. Sujeitos do flagrante
    - 10.1.3. Crimes que admitem a prisão em flagrante
    - 10.1.4. Auto de prisão em flagrante
    - 10.1.5. Fases do auto de prisão
    - 10.1.6. Nota de culpa
    - 10.1.7. Relaxamento da prisão em flagrante
    - 10.1.8. Recurso
  - 10.2. Prisão preventiva
    - 10.2.1. Requisitos
    - 10.2.2. Duração da prisão em flagrante e preventiva
  - 10.3. Prisão temporária
    - 10.3.1. Conceito
    - 10.3.2. Hipóteses de cabimento (art. 1)
    - 10.3.3. Características
  - 10.4. Prisão por sentença condenatória recorrível
  - 10.5. Prisão por pronúncia
  - 10.6. Do ato da prisão
    - 10.6.1. Prisão em domicílio
  - 10.7. Prisão especial
- 11. Liberdade provisória
  - 11.1. Fiança
    - 11.1.1. Conceito
    - 11.1.2. Valor da fiança
    - 11.1.3. Reforço da fiança
    - 11.1.4. Objeto da fiança
    - 11.1.5. Obrigações do afiançado
    - 11.1.6. Quebra da fiança
    - 11.1.7. Cassação da fiança
    - 11.1.8. Perda da fiança
    - 11.1.9. Recurso

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado, ente soberano que é, tem o poder genérico de punir pessoas que cometem infrações penais. Assim, no exato instante em que é cometida a infração, este poder deixa de ser genérico e se torna concreto. Surge, portanto, um conflito de interesses: de um lado o Estado pretendendo punir o agente (pretensão punitiva), de outro o autor do ilícito exercendo o direito de defesa constitucionalmente consagrado. O Estado, então, para fazer prevalecer sua pretensão, deve procurar o Poder Judiciário (Estado-juiz), formular uma acusação e provar a autoria e a materialidade do delito. O juiz, ao final, solucionará o conflito de interesses, dizendo se procede ou não procede a pretensão punitiva estatal. Na hipótese afirmativa, deverá fixar uma pena a ser cumprida pelo condenado. O Processo Penal, portanto, é o *conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal*. O Processo Penal é regulamentado pela Constituição Federal, pelo Código de Processo penal (Dec.-Lei n. 3.689/41) e por leis especiais.

### 1.1. LEI PROCESSUAL PENAL NO ESPAÇO

De acordo com o art. 1, o Código de Processo Penal aplica-se em todo o território nacional, ressalvadas eventuais exceções decorrentes de tratados, convenções ou regras de direito internacional. Em suma, aos processos penais que venham a tramitar no território nacional serão aplicadas as regras do Código de Processo Penal. É evidente, porém, que podem ser aplicadas regras atinentes a leis especiais, como, por exemplo, aquelas referentes à apuração de infrações de menor potencial ofensivo, que se encontram na Lei n. 9.099/95.

### 1.2. LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

O art. 2º do Código de Processo Penal diz que a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Trata-se do princípio da imediata aplicação da nova lei processual. Assim, uma lei processual que entre em vigor durante o tramitar de uma ação em que se está apurando fato ocorrido no passado será aplicada de imediato, seja ou não benéfica ao acusado. Entretanto, os atos já praticados de acordo com a lei antiga serão considerados válidos.

### 1.3. FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Fontes são os locais de onde provém o direito. Dividem-se em:

a) *Fontes materiais*. O art. 2, 1, da Constituição Federal, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre *direito processual*. Já em matéria de *procedimento*, a competência para legislar é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, XI, da CF).

b) *Fontes formais* — imediata: a lei; — mediata: os costumes e os princípios gerais do direito. *Costumes* constituem o conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante (elemento objetivo) pela convicção de sua obrigatoriedade (elemento subjetivo).

*Princípios gerais do direito*, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “são regras que se encontram na consciência dos povos e são univ ersalmente aceitas, mesmo que não escritas. Tais regras, de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo” (Coleção Sinopses Jurídicas, *Direito civil* — parte geral, 2. ed., Saraiva, 1998, v. 1, p. 23).

#### 1.4. INTERPRETAÇÃO DA LEI

Tem por finalidade buscar o exato significado da norma.

Quanto à *origem*, ou seja, quanto ao sujeito que interpreta a lei, ela pode ser: autêntica, doutrinária e jurisprudencial.

A interpretação *autêntica* é dada pela própria lei, a qual, em um dos seus dispositivos esclarece determinado assunto. Ex.: o art. 150, § 4 e **52**, do Código Penal diz o que se considera e o que não se considera como “casa”, no crime de violação de domicílio. *Doutrinária* é a interpretação feita pelos estudiosos, professores e autores de obras de direito, através de seus livros, artigos, conferências, palestras etc. Interpretação *jurisprudencial* é aquela feita pelos tribunais e juízes em seus julgamentos.

Quanto ao *modo*, a interpretação pode ser: *gramatical*, que leva em conta o sentido literal das palavras contidas na lei; *teleológica*, que busca descobrir o seu significado através de uma análise acerca dos fins a que ela se destina; *histórica*, que avalia os debates que envolveram sua aprovação e os motivos que levaram à apresentação do projeto de lei; *sistemática*, que busca o significado da norma através de sua integração com os demais dispositivos de uma mesma lei e com o sistema jurídico como um todo.

Quanto ao *resultado*, a interpretação pode ser: *declarativa*, da qual se conclui que a letra da lei corresponde exatamente àquilo que o legislador quis dizer; *restritiva*, quando se conclui que o texto legal abrangiu mais do que queria o legislador (por isso a interpretação irá restringir seu alcance); *extensiva*, quando se conclui que o texto da lei ficou aquém da intenção do legislador (por isso a interpretação irá ampliar sua aplicação).

##### 1.4.1. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA E ANALOGIA

A *interpretação analógica* é possível quando, dentro do próprio texto legal, após uma seqüência casuística, o legislador se vale de uma fórmula genérica, que deve ser interpretada de acordo com os casos anteriores: Ex.: o art. 80 do Código de Processo Penal diz que o juiz pode determinar a separação de processos quando as infrações forem cometidas em tempo e local diversos, para não prolongar a prisão de um dos acusados, pelo excessivo número de réus ou *por outro motivo relevante*. A *analogia* somente é aplicável em casos de lacuna da lei, ou seja, quando não há qualquer norma regulando o tema. Fazer uso de analogia significa aplicar uma norma penal a um fato não abrangido por ela nem por qualquer outra lei, em razão de tratar-se de fato semelhante àquele regulamentado pela norma. A analogia, portanto, é forma de integração da lei e não forma de interpretação. Em matéria *penal*, a analogia só pode ser aplicada em favor do réu (*analogia in bonam partem*), e, ainda assim, se ficar constatado que houve mera omissão involuntária (esquecimento do legislador). Dessa forma, é óbvio que não pode ser utilizada quando o legislador intencionalmente deixou de tratar do

tema, justamente para excluir algum benefício do acusado. É vedado o uso da analogia para incriminar condutas não abrangidas pelo texto legal, para se reconhecer qualificadoras ou quaisquer outras agravantes. A vedação da analogia *iii*, *nalan parteni*

visa evitar que seja desrespeitado o princípio da legalidade. Em matéria *processual penal*, o art. 3 do Código de Processo Penal diz que a lei processual penal admite o emprego da interpretação analógica e extensiva. O emprego da analogia, embora não mencionado expressamente pelo art. 3. é admitido em matéria processual.

## **2. DO INQUÉRITO POLICIAL**

### **2.1. CONCEITO**

É um procedimento investigatório prévio, constituído por uma série de diligências, cuja finalidade é a obtenção de indícios para que o titular da ação possa propô-la contra o autor da infração penal. Assim, cometido um delito, deve o Estado buscar provas iniciais acerca da autoria e da materialidade, para apresentá-las ao titular da ação penal (Ministério Público ou vítima), a fim de que este, avaliando-as, decida se oferece ou não a denúncia ou queixa-crime. Essa investigação inicial, composta por uma série de diligências, chama-se *inquérito policial*.

### **2.2. CARACTERÍSTICAS**

a) O inquérito policial é inquisitivo. Durante o seu tramitar não vigora o princípio do contraditório, que, nos termos do art. 5, LV, da Constituição Federal, só existe após o início efetivo da ação penal, quando já formalizada uma acusação contra o autor da infração. Apesar de o inquérito ser inquisitivo, é evidente que a autoridade que o preside deve pautar-se e agir dentro dos termos da lei.

b) O inquérito é realizado pela Polícia Judiciária (Polícia Civil). É o que dispõe o art. 144, § 42, da Constituição Federal, e o art. 42 do Código de Processo Penal. A presidência do inquérito fica a cargo da autoridade policial (delegado de polícia).

e) O inquérito é sigiloso, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal. O dispositivo visa evitar que a publicidade em relação às provas já colhidas e àquelas que a autoridade pretende obter prejudique a apuração do ilícito. Essa norma, entretanto, perdeu parte substancial de sua utilidade na medida em que o art. 72, III, da Lei n. 8.906/94 (EOAB) estabeleceu que tal sigilo não impede que o advogado do indiciado tome conhecimento do teor do inquérito.

d) Nos termos do art. 92 do Código de Processo Penal, o inquérito policial deve ser escrito.

e) O inquérito policial não é obrigatório. A ação penal poderá ser proposta com base em peças de informação (quaisquer documentos) que demonstrem a existência de indícios de autoria e de materialidade em relação ao autor do delito. Ora, como a finalidade do inquérito é justamente essa (colher indícios), toma-se desnecessária a sua instauração quando o titular da ação já possui em mãos peças que permitam sua propositura de imediato.

### **2.3. FORMAS DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL**

O Código de Processo Penal estabelece as diversas formas pelas quais o inquérito pode ser iniciado.

a) *De ofício* (art. 5º, I). Significa que o inquérito é iniciado por ato voluntário da autoridade policial, sem que tenha havido pedido expresso de qualquer pessoa nesse sentido. A lei determina que a autoridade é obrigada a instaurar o inquérito sempre que tomar conhecimento da ocorrência de crime. Assim, quando o delegado de polícia fica sabendo da prática de um delito deve baixar a chamada *portaria*, que é a peça que dá início ao procedimento inquisitorial. Na portaria a autoridade declara instaurado o inquérito e determina as providências iniciais a serem tomadas. Qualquer pessoa pode levar ao conhecimento da autoridade a ocorrência da infração penal (*notitia criminis*), de tal forma que o delegado de polícia pode tomar conhecimento do delito através de boletim de ocorrência elaborado no Distrito Policial, por notícia da imprensa, por informação prestada por conhecidos, por notícia anônima etc.

b) *Por requisição do juiz ou do Ministério Público* (art. 52, II, 1 parte). Requisição é sinônimo de ordem. Assim, quando o juiz ou o promotor de justiça requisitam a instauração do inquérito, o delegado está obrigado a dar início às investigações.

c) *Em razão de requerimento do ofendido* (art. 52, II, 2 parte). Conforme mencionado acima, qualquer pessoa pode levar ao conhecimento da autoridade a ocorrência de um delito. Quando isso ocorre, normalmente, é lavrado um boletim de ocorrência e, com base nesse, o próprio delegado toma a iniciativa de iniciar o inquérito através de portaria. Acontece, entretanto, que a lei entendeu ser necessário dar à vítima do delito a possibilidade de endereçar uma petição à autoridade solicitando formalmente que a mesma inicie as investigações. Essa petição, em regra, é utilizada quando há necessidade de uma narrativa mais minuciosa acerca do fato delituoso, em razão de sua complexidade.

O art. 52, § 2, do Código de Processo Penal dispõe que tal requerimento pode ser indeferido pela autoridade e que, do despacho de indeferimento, cabe recurso para o chefe de polícia (para alguns, o delegado-geral e para outros, o secretário de segurança pública).

d) *Pelo auto de prisão em flagrante*. Quando uma pessoa é presa em flagrante, deve ser encaminhada à Delegacia de Polícia. Nesta é lavrado o auto de prisão, que é um documento no qual ficam constando as circunstâncias do delito e da prisão. Lavrado o auto, o inquérito está instaurado.

*Observação:* Nos crimes de ação pública condicionada à representação, o inquérito não poderá ser iniciado sem esta (art. 5º, § 4º) e, nos crimes de ação privada, o inquérito não poderá ser instaurado sem consentimento do ofendido ou de seu representante legal (art. 5º, § 5º).

## 2.4. PRAZOS PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO

Uma vez iniciado, o inquérito tem prazo para ser concluído; este depende de estar o indiciado solto ou preso.

a) *Solto* — o prazo é de trinta dias. O art. 10, § 32, do Código de Processo Penal esclarece, entretanto, que tal prazo poderá ser prorrogado quando o fato for de difícil elucidação. O pedido de dilação de prazo deve ser encaminhado pela autoridade policial ao juiz, que, antes de decidir, deve ouvir o Ministério Público, pois este órgão poderá discordar do pedido de prazo e, de imediato, oferecer denúncia ou requerer o arquivamento do inquérito. Por outro lado, se houver concordância por parte do

Ministério Público, o juiz deferirá novo prazo, que será por ele próprio fixado. Como o Ministério Público é o titular da ação, caso o juiz indefira o pedido de prazo, apesar da concordância daquele, poderá ser interposta correição parcial (recurso visando corrigir a falha), O pedido de dilação de prazo pode ser repetido quantas vezes seja necessário.

b) *Preso por prisão preventiva ou flagrante* o prazo é de dez dias. No caso da prisão preventiva, o prazo se conta da data da efetivação da prisão e não da decretação. Na contagem do prazo, inclui-se o primeiro dia, ainda que a prisão tenha se dado poucos minutos antes da meia-noite. O prazo é improrrogável. Assim, se o inquérito não for concluído e enviado à justiça no prazo estipulado, poderá ser interposto *habeas corpus*. Esse prazo, entretanto, encontra algumas exceções em legislações especiais. O art. 21 da Lei de Tóxicos (n. 6.368/ 76), por exemplo, estipula que o prazo é de cinco dias. Veja-se, entretanto, que a Lei dos Crimes Hediondos (n. 8.072/90) dobrou o prazo para os delitos de tráfico, de tal forma que para esses crimes o prazo é de dez dias, enquanto para os demais da Lei de Tóxicos continua sendo de cinco dias. Nos crimes de competência da Justiça Federal, o prazo é de quinze dias, prorrogáveis por mais quinze (art. 66 da Lei n. 5.010/66). Veja-se, todavia, que o tráfico internacional de entorpecentes, apesar de competir à Justiça Federal, segue o prazo mencionado no parágrafo anterior, uma vez que a Lei de Tóxicos é lei especial e posterior. *Observação:* Se o indiciado está preso em virtude de prisão *temporária*, espécie de prisão provisória criada pela Lei n. 7.960/ 89 e que somente pode ser decretada durante o inquérito, a duração da prisão é de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade. Em se tratando, porém, de prisão temporária decretada para apurar crimes hediondos, tráfico de entorpecentes, tortura ou terrorismo, o prazo é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta. Tais prazos, entretanto, referem-se à duração da prisão. Assim, encerrado o prazo sem que a autoridade tenha conseguido as provas que buscava, podera, apos soltar o preso, continuar com as investigações, ao contrario do que ocorre com a prisão em flagrante e a prisão preventiva, em que o prazo de dez dias para o término do inquérito é fatal.

## 2.5. DILIGÊNCIAS

Após a instauração do inquérito, a autoridade d'e determinar a realização das diligências pertinentes ao esclarecimento do fato delituoso. Assim os arts. 62 e 72 do Codigo de Processo Penal elencam um rol de diligências qItC devem ser observadas, desde que cabíveis no caso concreto.

O art. 6º dispõe que, logo que tomar conheciftl0 da prática da infração penal, a autoridade deverá:

*I — dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a jlgada dos peritos criminais;*  
O dispositivo trata da chamada preservação do local do crime, cuja finalidade é evitar que alterações feitas pelos autores do crime ou por populares possam prejudicar a realização da perícia.

*II apreender os objetos que tiverem reta çdO com o fato, após liberados pelos peritos criminais;*

O art. 11 do Código de Processo Penal estabC que tais objetos deverão acompanhar o inquérito, salvo se nao mais interessarem à prova, hipótese em que serão restituídos ao

proprietário. Veja-se que a própria lei determina a realização de perícia nos objetos apreendidos para ser constatada sua natureza e sua eficácia (art. 175).

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

Trata-se de permissão genérica dada pela lei autoridade, no sentido de admitir que esta produza qualquer prova pertinente não elencada expressamente nos demais incisos,. Ex.: Ouvir testemunhas, realizar a avaliação de objetos etc. E evidente, todavia, que a lei não permite a produção de provas ilícitas ou obtidas com abuso de poder.

*IV — ouvir o ofendido;*

Cuida-se de providência extremamente importante, pois, na maioria dos casos, é a vítima quem pode prestar os esclarecimentos mais importantes em relação à autoria do ilícito penal.

*V — ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;*

O dispositivo refere-se ao interrogatório do indiciado (pessoa a quem se atribuiu a autoria do delito na fase do inquérito policial). Esse interrogatório feito durante o inquérito deve ser realizado nos mesmos moldes do interrogatório judicial (*vide* arts. 185 e s.), devendo a autoridade providenciar ainda a assinatura do termo por duas testemunhas que tenham presenciado a leitura da peça. O art. 5º, LXIII, da Constituição garante ao indiciado o direito de permanecer calado durante o interrogatório. O art. 15 do Código de Processo Penal, por sua vez, determinava que, sendo o indiciado menor, deveria ele ser interrogado na presença de um curador nomeado pela autoridade. O dispositivo referia-se evidentemente aos réus menores de 21 anos de idade, ou seja, aos menores que, pela lei civil, dependiam de assistência. Ocorre que o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), em seu art. 52, reduziu a maioridade civil para 18 anos, de modo que não mais é necessária a nomeação de curador ao réu menor de 21 anos (*vide* tópico 9.5).

*Observação:* Não existe réu menor de 18 anos, uma vez que é inimputável.

*VI — proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;*

O procedimento é aquele descrito nos Capítulos VII e VIII do Título VII (*vide* arts. 226 a 230). Ao término das providências mencionadas pelo inciso, a autoridade deverá lavrar o respectivo termo.

*VII — (leter,flin(l,; se târ caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outms perícias;*

O exame de corpo de delito, nos termos do art. 158, é indispensável para a prova da materialidade dos delitos que deixam vestígios. A sua ausência é causa de nulidade da ação (art. 564, III, b).

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

Veja-se, entretanto, que o art. 5º, LVIII, da Constituição estabelece que a pessoa civilmente identificada não será submetida a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Esse dispositivo proíbe, portanto, a identificação datiloscópica sempre

que o indiciado apresentar documentação válida que o identifique. A própria Constituição, contudo, permite que, em hipóteses expressamente previstas em lei especial, seja utilizada tal forma de identificação. A Lei n. 10.054/2000, em seu art. 32, regulamentou o tema permitindo o uso do processo datiloscópico, mesmo que haja identificação civil, quando o agente:

I — estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes Contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;

II — houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;

III — o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;

IV — constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

V — houver registro de extravio do documento de identidade;

VI — o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

Assim, a pessoa presa em flagrante delito, indiciada em inquérito, autora de infração de menor potencial ofensivo ou contra quem haja mandado judicial de prisão expedido, será submetida a identificação datiloscópica *efotografada* se não apresentar documento de identidade ou se estiver presente uma das hipóteses acima descritas. Nos termos do art. 12 da Lei n. 10.054/2000, a autoridade policial deverá juntar o material datiloscópico e fotográfico nos autos de comunicação da prisão em flagrante ou nos do inquérito policial.

O art. 42 da referida lei dispõe, ainda, que, se for apresentado documento de identidade, cópia dele deverá ser mantida no auto da prisão em flagrante, quando houver, e no inquérito.

Por fim, o art. 52 da Lei n. 9.034/95 permite a identificação criminal de pessoas envolvidas em ação praticada por organizações criminosas, mesmo que já tenham sido identificadas civilmente.

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

Esse dispositivo é de suma importância para que o juiz tenha dados para fixar a pena-base ao réu (em caso de condenação), uma vez que o art. 59 do Código Penal dispõe que a referida pena-base deve ser fixada de acordo com a conduta social, a personalidade, os antecedentes do agente, as circunstâncias do crime etc. Na prática, entretanto, em razão da exiguidade de tempo para apuração das inúmeras ocorrências, as autoridades policiais limitam-se a *fazer* um questionário ao *próprio indiciado* acerca dos tópicos mencionados no inciso, de tal sorte que o valor das respostas dadas é praticamente nenhum.

Por fim, o art. 7 do Código de Processo Penal permite que a autoridade policial proceda à reprodução simulada dos fatos com a finalidade de verificar a possibilidade de ter a infração sido praticada de determinada forma. É a chamada reconstituição do crime, da qual o indiciado não é obrigado a tomar parte. O ato deve ser documentado por fotografia.

A reconstituição somente pode ser feita se não for ofensiva à moralidade e à ordem pública.

## 2.6. INCOMUNICABILIDADE

O art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o juiz decretar a incomunicabilidade do indiciado por prazo não superior a três dias, visando com isso evitar que este prejudique o andamento das investigações. Tal dispositivo, entretanto, apesar de não ter sido revogado expressamente, tornou-se inaplicável em razão do disposto no art. 136, § 32, v, da Constituição Federal, que veda a incomunicabilidade, até mesmo quando decretado o estado de defesa.

## 2.7. CONCLUSÃO DO INQUÉRITO

A autoridade policial deve elaborar um relatório descrevendo as providências tomadas durante as investigações. Esse relatório é a peça final do inquérito, que será então remetido ao juiz.

Ao elaborar o relatório, a autoridade declara estar encerrada a fase investigatória, mas não deve manifestar-se acerca do mérito da prova colhida, uma vez que tal atitude significa invadir a área de atuação do Ministério Público, a quem incumbe formar a *opinio delicti*.

O art. 17 do Código de Processo Penal diz que a autoridade policial não poderá determinar o arquivamento do feito. Conforme se verá adiante, o arquivamento do inquérito é sempre determinado pelo juiz, em razão de pedido do Ministério Público.

## 3. DA AÇÃO PENAL

### 3.1. CLASSIFICAÇÃO

O art. 100 do Código Penal traça as regras básicas em torno da classificação da ação penal. Esse dispositivo declara que a ação penal pode ser pública ou privada.

A ação *pública*, nos termos do art. 129, 1, da Constituição, é de iniciativa exclusiva do Ministério Público (órgão do Estado, composto por promotores e procuradores de justiça no âmbito estadual, e por procuradores da República, no federal). Na ação pública vigora o princípio da obrigatoriedade, ou seja, havendo indícios suficientes, surge para o Ministério Público o dever de propor a ação. A peça processual que dá início à ação pública é a denúncia. A ação pública pode ser:

a) *Incondicionada* — é a regra no direito penal. O oferecimento da denúncia independe de qualquer condição específica. No silêncio da lei, o crime é de ação pública incondicionada (art. 100, *caput*, do CP).

b) *Condicionada* — quando o oferecimento da denúncia depende da prévia existência de alguma condição específica. A ação pública pode ser condicionada à *representação* da vítima ou à *requisição do Ministro da Justiça*. A titularidade da ação continua a ser do Ministério Público, mas este somente poderá oferecer a denúncia se estiver presente a representação ou a requisição, que constituem, em verdade, autorização para o início da ação. Em face disso, representação e requisição do Ministro da Justiça têm natureza jurídica de *condição de procedibilidade*.

Para se saber quando um crime é de ação pública condicionada basta verificar o tipo penal. pois a lei expressamente menciona as expressões “somente se procede mediante

representação” ou “somente se procede mediante requisição do Ministro da Justiça”.

A ação penal *privada* é de iniciativa do ofendido ou, quando este é menor ou incapaz, de seu representante legal. O legislador, atento ao fato de que determinados ilícitos atingem a intimidade das vítimas, deixa a critério delas o início da ação penal. Na ação privada, portanto, vigora o princípio da oportunidade ou conveniência, ou seja, ainda que existam provas cabais de autoria e de materialidade, pode a vítima optar por não ingressar com a ação penal, para evitar que aspectos de sua intimidade sejam discutidos em juízo. A peça inicial da ação privada é a queixa-crime. A ação penal privada, por sua vez, subdivide-se em:

a) *Exclusiva* (art. 100, § 22, do CP) — a iniciativa incumbe à vítima ou a seu representante legal.

Em caso de morte do ofendido antes do início da ação, esta poderá ser intentada, desde que dentro do prazo decadencial de seis meses, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 100, § 42, do CP). Se a morte ocorre após o início da ação penal, poderá também haver tal substituição, mas dentro do prazo de sessenta dias, fixado no art. 60, II, do Código de Processo Penal.

Nos crimes de ação privada exclusiva, o legislador, na própria parte especial do Código Penal, expressamente declara que na apuração de tal infração “somente se procede mediante queixa”.

b) *Personalíssima* — a ação só pode ser intentada pela vítima e, em caso de falecimento antes ou depois do início da ação, não poderá haver substituição para a sua propositura ou seu prosseguimento. Ex.: o adultério; para esse crime o art. 240, § 22, do Código Penal estabelece que a ação penal somente pode ser intentada *pelo cônjuge ofendido*. Dessa forma, a morte do ofendido implica extinção da punibilidade dos autores do crime, uma vez que não é possível a substituição no pólo ativo.

e) *Subsidiária da pública* — o Ministério Público, ao receber o inquérito policial que apura crime de ação pública (condicionada ou incondicionada), possui prazo para oferecer a denúncia. Entretanto, findo esse prazo, sem que o Ministério Público tenha se manifestado, surge para o ofendido o direito de oferecer queixa subsidiária em substituição à denúncia não apresentada pelo titular da ação. *Observação:* Nos crimes de lesões corporais dolosas de natureza leve (art. 129, *capuz*, do CP) e lesões corporais culposas (art. 129, § 6k), a ação penal passou a ser pública condicionada à representação, em razão do que dispõe o art. 88 da Lei n. 9.099/95. Não há, entretanto, qualquer menção expressa a esse respeito no Código Penal.

### 3.2. CONDIÇÕES GERAIS DA AÇÃO PENAL

São condições que devem estar presentes para a propositura de toda e qualquer ação penal. Podemos assim enumerá-las:

a) *Legitimidade de parte* — se a ação for pública, deve ser proposta pelo Ministério Público, e se for privada, pelo ofendido ou por seu representante legal. O acusado deve ser maior de 18 anos e deve ser pessoa física, pois, salvo em raras exceções, pessoa jurídica não pode figurar no pólo passivo de uma ação penal, uma vez que não pode ser autora de crime.

b) *Interesse de agir* a ação só pode ser admitida quando houver indícios de autoria e de materialidade a ensejar sua propositura, e desde que não esteja extinta a punibilidade pela prescrição ou qualquer outra causa.

c) *Possibilidade jurídica do pedido* que o fato descrito na denúncia ou queixa seja típico. Assim, a peça inicial deve descrever fato previsto na lei como infração penal, pois, apenas dessa forma, poderá fundamentar Um pedido de condenação no final do processo.

Além dessas condições gerais, algumas espécies de ação penal exigem condições específicas, como, por exemplo, a ação pública condicionada, que pressupõe a existência de representação ou de requisição do Ministro da Justiça.

### 3.3. PRINCÍPIOS GERAIS DA AÇÃO PENAL

Aqueles que se aplicam a toda e qualquer forma de ação penal (pública ou privada).

***Princípio da verdade real.*** O processo penal busca descobrir efetivamente como os fatos se passaram, não admitindo ficções e presunções processuais, diferentemente do que ocorre no processo civil. Por esse princípio, ainda que o réu seja a revel, será necessário que a acusação faça prova cabal do fato imputado para que haja condenação. Por esse princípio, o juiz pode determinar, de ofício, a produção de provas que entenda necessárias para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. O princípio da verdade real encontra, todavia, algumas limitações:

- a) vedação de revisão criminal *pro societate*, ou seja, se após a absolvição transitada em julgado surgirem provas fortíssimas contra o réu, mesmo assim a decisão não poderá ser revista;
- b) vedação constitucional do uso de prova ilícita;
- c) vedação da juntada de documentos na fase das alegações finais no rito do Júri (art. 406, § 2, do CPP);
- d) transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo previstas na Lei **fl.** 9.099/95, uma vez que, com a transação, deixará o juiz de buscar a verdade real para aplicar uma pena avençada pelas partes;
- e) perdão do ofendido e perempção nos crimes de ação privada, que impedem o juiz de julgar o mérito da causa.

***Princípio do contraditório*** (art. 5º, LV, da CF). As partes devem ser ouvidas e ter oportunidade de se manifestar em igualdade de condições, tendo ciência bilateral dos atos processuais, bem como oportunidade para produzir prova em sentido contrário. Em razão deste princípio, não se admite a condenação do réu exclusivamente com base em prova produzida durante o inquérito, posto que, neste, não vigora o contraditório.

***Princípio da ampla defesa*** (art. 5º, LV, da CF). Aos acusados em processo penal são assegurados todos os meios lícitos de defesa.

***Princípio da presunção de inocência*** (art. 52, LVII, da CF). Ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse princípio afastou a aplicação da norma contida no art. 393, II, do Código de Processo Penal, que determinava a inclusão do nome do réu no rol dos culpados logo por ocasião

da sentença de primeira instância. O princípio da presunção do estado de inocência não proíbe, entretanto, a decretação da prisão processual do réu, uma vez que a própria Constituição Federal admite a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, desde que preenchidos certos requisitos descritos na lei.

18

**19**

***Princípio do devido processo legal*** (art. 5º, LIV, da CF). Ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Assim, no instante em que um ilícito penal é cometido, já deve haver uma lei regulamentando o procedimento para a sua apuração. Além disso, por se tratar de matéria de ordem pública, não podem as partes optar **por** procedimento diverso daquele previsto na lei.

***Princípio da vedação da prova ilícita*** (art. 5, LVI, da CF). São inadmissíveis em processo penal as provas obtidas por meio ilícito (*vide* tema Da Prova).

***Princípio do “favor rei” (in dubio pro reo)***. Significa que, na dúvida, deve-se optar pela solução mais favorável ao acusado (*in dubio pro reo*). Assim, havendo duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; havendo dúvida quanto à autoria, deve o réu ser absolvido. Tal princípio, todavia, encontra exceção na fase da pronúncia, no rito do Júri, já que, nessa fase, estando em dúvida, deve o juiz pronunciar o acusado, mandando-o a julgamento pelo Júri. A pronúncia, porém, é um mero juízo de admissibilidade.

***Princípio da iniciativa das partes***. O juiz não pode dar início à ação penal. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, havia algumas exceções a tal regra que permitiam ao juiz, mediante portaria, dar início à ação penal para apurar contravenção penal (art. 26 do CPP) e homicídio ou lesões corporais culposas (art. 1 da Lei n. 4.611/65). Eram os chamados processos judicialiformes. Esses dispositivos, entretanto, não foram recepcionados pelo art. 129, 1, da Carta Magna, que atribuiu ao Ministério Público a titularidade *exclusiva* da ação pública. Agiu acertadamente o legislador constituinte, uma vez que no processo judicialiforme uma mesma pessoa acusava e julgava.

***Princípio da oficiosidade***. Encerrada uma fase processual, o juiz, de ofício, deve determinar que se passe à fase seguinte. Assim, não é necessário que as partes requeiram o prosseguimento do feito ao término de cada fase do procedimento. É **também** chamado de princípio do impulso oficial.

***Princípio da vedação do julgamento “extra petita”***. Ao julgar a ação penal, o juiz deve ater-se ao fato descrito na denúncia ou na queixa. Deve haver, portanto, correlação entre o fato descrito na peça inicial e a sentença proferida pelo juiz.

***Princípio da publicidade***. Estabelece o art. 792 do Código de Processo Penal que as audiências, sessões e atos processuais são franqueados ao público. A Constituição Federal, por sua vez, dispõe que o legislador somente poderá restringir a publicidade dos atos processuais se a defesa da intimidade das partes ou se o interesse social o exigirem (art. 5, LX). Regulamentando tal dispositivo constitucional, existe o art. 792, § 1, do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz, de ofício ou em razão de requerimento das partes, poderá determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas presentes, sempre que a publicidade puder

resultar em escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem. *Observação:* O princípio da identidade física do juiz não vigora no processo penal. Por tal princípio o juiz que colhe a prova deveria ser o mesmo a proferir a sentença.

### 3.4. PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA AÇÃO PÚBLICA E DA AÇÃO PRIVADA

Ao lado dos princípios gerais da ação, válidos para toda e qualquer ação penal, há princípios específicos aplicáveis somente à ação pública e outros apenas à ação privada.

#### 3.4.1. PRINCÍPIOS ATINENTES À AÇÃO PÚBLICA

*Princípio da obrigatoriedade.* Convencendo-se o promotor de Justiça da existência de indícios de autoria e de materialidade em relação a um certo crime, estará ele obrigado a oferecer denúncia contra o autor da infração.

*Princípio da indisponibilidade da ação.* O Ministério Público não pode desistir da ação penal por ele proposta.

*Princípio da oficialidade.* O titular da ação pública é o Ministério Público, instituição oficial, pertencente ao Estado.

#### 3.4.2. PRINCÍPIOS ATINENTES À AÇÃO PRIVADA

*Princípio da oportunidade (ou conveniência).* Ainda que haja provas contra os autores do crime, a vítima pode optar por não processá-los. Na ação privada, o ofendido (ou seu representante legal, se a vítima for incapaz) decide, de acordo com seu livre-arbítrio, se vai ou não ingressar com a ação penal.

*Princípio da disponibilidade da ação.* O querelante pode desistir do prosseguimento da ação por ele intentada através dos institutos do perdão e da perempção.

*Princípio da indivisibilidade.* Este princípio está consagrado no art. 48 do Código de Processo Penal. Na ação privada, conforme já mencionado, o ofendido pode simplesmente optar por não processar os autores do crime. Todavia, caso a vítima resolva ingressar com a ação penal, deverá oferecer a queixa contra todos os autores do crime que tenham sido identificados. *E se o ofendido desrespeita o princípio da indivisibilidade e oferece a queixa apenas contra algum ou alguns dos autores da infração penal?*

Há duas orientações. Para Fernando da Costa Tourinho Filho, o Ministério Público, como fiscal do princípio da indivisibilidade, deve aditar a queixa-crime para fazer constar no pólo passivo da ação privada os autores do delito que não foram mencionados.

A maioria da doutrina, entretanto, entende que, tendo havido intencional omissão em relação a um dos autores do crime, há que se concluir que o ofendido renunciou ao direito de queixa em relação a tal pessoa. A renúncia é uma causa extintiva da punibilidade que, nos termos do art. 49 do Código de Processo Penal, estende-se a todos os autores da infração. Assim, o juiz, alertado pelo Ministério Público, deve decretar a extinção da punibilidade de todos os autores do crime, rejeitando a queixa-crime.

*O princípio da indivisibilidade aplica-se à ação pública?* Apesar de respeitáveis opiniões em sentido contrário, a maioria da doutrina entende que não. Com efeito, o Código de Processo Penal apenas menciona esse princípio em

relação à ação privada, uma vez que tal menção só faz sentido nessa espécie **de** ação. Como na ação privada vigora o princípio da conveniência, **com o** ofendido podendo optar por iniciar ou não o processo, caso ele resolva fazê-lo, deverá oferecer a queixa contra todos os autores do ilícito para que o processo penal não sirva **de** instrumento para barganhas ou negociatas. Na ação pública, por outro lado, vigora o princípio da obrigatoriedade, que, por si só, já faz **com que todos** os autores **do** crime necessariamente sejam incluídos na denúncia. Por isso é totalmente dispensável **o princípio da indivisibilidade na ação pública.**

### 3.5. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA

**Possui este nome porque o exercício do direito de ação** (oferecimento da denúncia) dispensa a existência de qualquer condição *específico* **É claro**, entretanto, que as condições gerais da ação devem sempre estar presentes: legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. **O Ministério Público, titular exclusivo da ação pública. ao receber o** inquérito policial pode tomar uma das seguintes **providências:**

1) *Requerer novas diligências.* Caso entenda ser necessária a realização de nova diligência considerada imprescindível,

23

o promotor de justiça requererá ao juiz a devolução dos autos à Delegacia de Polícia para que tal diligência seja observada (art. 16 do CP). Como a formação da *opinio delicti* incumbe ao Ministério Público, o juiz não pode indeferir esse pedido. Se o fizer, o promotor poderá ingressar com correição parcial.

Veja-se, também, que, nos termos do art. 129, VIII, da Constituição, e art. 13, II. do Código de Processo Penal, o promotor pode optar por requisitar diretamente à autoridade a realização da diligência sem o retorno dos autos à Delegacia.

2) *Requerer o arquivamento do inquérito policial.* Se o promotor entender que o fato é atípico, que está presente alguma excludente de ilicitude, que já está extinta a punibilidade ou que não há indícios suficientes de autoria ou de materialidade, deverá requerer ao juiz o arquivamento do inquérito. Nesse caso, duas hipóteses podem ocorrer:

a) *O juiz concorda com o pedido e ordena o arquivamento.* Uma vez arquivado o inquérito, poderá a autoridade policial realizar outras investigações no sentido de obter novas provas de que tenha notícia (art. 18). A ação penal, entretanto, somente poderá ser iniciada com base em tal inquérito se efetivamente forem obtidas essas provas e desde que não esteja extinta a punibilidade (Súmula 524 do STF). Da decisão que determina o arquivamento do inquérito não cabe recurso. Há, entretanto, uma exceção no art. 72 da Lei n. 1.521/51, que determina que o juiz deve recorrer de ofício sempre que determinar o arquivamento de inquérito que apura crime contra a economia popular ou contra a saúde pública. Os crimes da Lei de Tóxicos, todavia, apesar de serem crimes contra a saúde pública, sujeitam-se a rito específico previsto na Lei n. 6.368/76, que não exige o recurso de ofício. Em relação à contravenção penal do jogo do bicho, o art. 62 da Lei n. 1.508/51 permitia que qualquer do povo ingressasse com recurso em sentido estrito contra a decisão que determinasse o arquivamento do inquérito. Essa norma, entretanto, encontra-se revogada pela Lei n. 9.099/95, que regulamenta a apuração de todas as contravenções penais.

b) *O juiz discorda do pedido de arquivamento e, nos termos do art. 28 do Código de*

*Processo Penal, ranete o inquérito ao Procurador-Geral de Justiça.* A Procuradonja-Geral é órgão da administração superior do Ministério Público que, dentre várias outras funções, tem o poder de reanjsar pedido de arquivamento feito pelo promotor de justiça. Com efeito, como o Ministério Público tem a titularidade exclusiva da ação pública, a decisão em torno do arquivamento deve ficar dentro da instituição. O juiz atua como fiscal do princípio da obrigatoriedade e, ao discordar do pedido de arquivamento do promotor, deve, em decisão fundamentada remeLer os autos ao Procurador-Geral para uma nova análise. Nesse caso, duas situações podem ocorrer: — O Procurador-Geral insiste no pedido de arquivamento, hipótese em que o juiz estará obrigado a determiná-lo.

— O Procurador-Geral entende ser caso de oferecimento de denúncia. Assim, ele próprio a oferece ou designa outro promotor para fazê-lo. A designação deve recair sobre outro promotor para não ferir a livre convicção e a independência funcional do primeiro. O promotor designado nã pode recusar-se a oferecer a denúncia, pois não está agindo em nome próprio, mas por ordem do Procurador-Geral. *Observação:* O ProcuradorGeral ao fazer a reanálise do inquérito, pode entender que são necessárias novas diligências. Nesse caso, determinará diretamente que tais diligências sejam realizadas, e, após o seu cumprimento, inquérito retornará para o próprio ProcuradorGeral tomar unia das duas atitudes acima mencionadas (insistir no arquivamento OU dar início à ação penal).

3) *Oferecer denúncia* Se o promotor convencer-se que o fato é cfimjnos0 e que há indícios de autoria e de materialidade, deverá oferecer a denúncia, peça inicial rara a apuração dos crimes de ação pública.

24

25

O prazo para o oferecimento da denúncia é de cinco dias, se o indiciado está preso, e de quinze dias, se está solto. O descumprimento do prazo, todavia, não impede que a denúncia seja oferecida posteriormente pelo Ministério Público.

*Quais, então, as conseqüências para o descuinprimen to do praco?*

a) é possível ao réu pleitear o relaxamento de sua prisão;  
b) surge para a vítima o direito de ingressar com a ação privada subsidiária da pública.

### 3.5.1. REQUISITOS DA DENÚNCIA

A denúncia é uma peça que exige muita técnica, pois deve ser simples e direta, sem fazer constas em seu corpo detalhes supérfluos ou análise de provas. A análise das provas será feita oportunamente na fase das alegações finais. Na denúncia, em verdade, o Ministério Público simplesmente atribui a alguém a responsabilidade por um fato e, portanto, deve ser sucinta.

O art. 41 do Código de Processo Penal adverte, todavia, que a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias. Assim, apesar de sucinta, a denúncia deve conter todos os dados para que seja possível ao leitor entender o que se passou, bem como as circunstâncias através das quais o delito foi cometido. As circunstâncias que devem estas contidas na denúncia são:

a) Todas as elementares do tipo penal e a maneira como ocorreram no caso concreto. Assim, se a denúncia descreve um fato atípico ou se não menciona uma das elementares do tipo, ela é inepta e deve ser rejeitada.

b) Todos os dados que puderem implicar alteração da pena (qualificadoras, causas de aumento etc.).

Nas “circunstâncias do fato criminoso”, exigidas pelo art. 41 do Código de Processo Penal, também se inserem as condições de tempo, local e modo de execução.

*Observações:*

1) No crime tentado, o promotor deve descrever o início da execução do crime, bem como a circunstância alheia à vontade do(s) agente(s) que impediu a consumação do delito.

2) No crime culposo, o Ministério Público deve descrever minuciosamente a imprudência, negligência ou imperícia do autor do delito. Não basta dizer que o indiciado agiu com imprudência, deve-se especificar em que ela consistiu.

3) No caso de concurso de agentes, deve-se descrever a conduta de todos eles, da forma mais clara possível, para que se possa estabelecer qual a responsabilidade individual de cada um (importante para os fins do art. 29, § 1º e 2º, do Código Penal). Todavia, se no caso concreto for impossível fazê-lo com minúcias, admite-se que a descrição seja genérica, como ocorre, por exemplo, em um linchamento praticado por diversas pessoas, onde se torna difícil estabelecer qual tipo de agressão foi perpetrada por cada um dos linchadores (há julgados do STF neste sentido).

4) No crime de desacato deve-se mencionar quais foram as palavras desrespeitosas dirigidas ao funcionário público. Não basta dizer que o agente ofendeu o funcionário ou que o indiciado usou palavras de baixo calão. Deve-se escrever exatamente quais foram as palavras ditas, mesmo que sejam termos extremamente grotescos. O mesmo deve ocorrer em eventual denúncia ou queixa por crime de injúria.

## 5.2. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Se preenchidos os requisitos legais, o juiz deve receber a denúncia. A partir desse instante considera-se efetivamente iniciada a ação.

O recebimento da denúncia interrompe o prazo prescricional.

### 3.5.3. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

As hipóteses de rejeição da denúncia e da queixa encontram-se descritas no art. 43 do Código de Processo Penal:

— Se o fato narrado na denúncia ou queixa é *evidentemente* atípico. Assim se o fato descrito não constitui infração penal, inviável o início do processo. Se o fato aparentemente constitui ilícito penal, o juiz deve receber a denúncia porque, nessa fase, vigora o brocardo *in dubio pro societate*. Nos termos da lei, a rejeição somente se dará quando o fato evidentemente não constitui infração penal.

— Se já estiver extinta a punibilidade pela prescrição OU qualqU outra causa. Dessa forma, se o promotor, por equívoco, oferece denúncia para apurar um crime que já está prescrito, o juiz, ao verificar o decurso do prazo prescricional, deve decretar a extinção da punibilidade e, por consequência, rejeitar a denúncia.

— Quando for manifesta a ilegitimidade de parte ou quando faltar outra condição da ação.

A ilegitimidade pode ser ativa (Ministério Público oferecer denúncia em crime de ação privada, ou inverso) ou passiva (denúncia contra menor de 18 anos, p. ex.). Dá-se falta de outra condição da ação quando o promotor, por exemplo, oferece denúncia em crime de ação pública condicionada sem que exista a representação ou a requisição do Ministro da Justiça.

Nas hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, previstas nesse inciso III, a ação poderá ser reproposta, desde que o seja pela parte legítima (1 hipótese) ou presente a condição ausente (2 hipótese).

Da decisão que rejeita a denúncia ou queixa cabe recurso em sentido estrito (art. 581, 1, do CPP). Há, entretanto, algumas exceções: da rejeição da denúncia ou queixa por crime de imprensa ou em relação a infração de menor potencial ofensivo abrangida pela Lei n. 9.099/95, o recurso cabível é a apelação.

### 3.6. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO

#### 3.6.1. REPRESENTAÇÃO. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A representação é uma manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de solicitar a instauração do inquérito e autorizar o Ministério Público a ingressar com a ação penal contra os autores do delito. Nessa modalidade de ação, a titularidade continua sendo exclusiva do Ministério Público, mas o promotor somente pode dar o seu início se estiver presente essa autorização da vítima. Por tal motivo, a representação tem *natureza jurídica* de condição de procedibilidade (condição para que o titular da ação possa exercê-la). Veja-se que a representação é uma simples autorização, motivo pelo qual não vincula o Ministério Público, que, portanto, pode pedir o arquivamento do inquérito. Além disso, deve ser genérica (para apurar o fato delituoso como um todo) e não contra determinados autores do crime. Assim, oferecida a representação, o promotor analisará o inquérito e apresentará denúncia contra todas as pessoas em relação às quais existam indícios suficientes.

#### 3.6.2. ASPECTOS FORMAIS

a) *A quem deve ser endereçada a representação?* Nos termos do art. 39, *caput*, do Código de Processo Penal, pode ser endereçada ao juiz, ao Ministério Público ou à autoridade policial.

b) *A representação exige rigor formal?* Não. Basta que a vítima ou seu representante deixem claro o interesse em ver os autores do delito punidos. Assim, é suficiente, por exemplo, que a vítima faça constar no histórico do boletim de ocorrência que deseja ver responsabilizados criminalmente os autores do delito.

c) A representação pode ser apresentada mediante declaração *escrita* ou *oral*. Na última hipótese, deverá ser reduzida a termo para constar dos autos (é oral, portanto, apenas na origem).

d) A representação pode ser ofertada *pessoalmente* ou *por procurador com poderes especiais*.

#### 3.6.4. RETRATAÇÃO

O art. 25 do Código de Processo Penal dispõe que a representação é retratável até o *oferecimento* da denúncia. Assim, a vítima pode retirar a representação, de tal forma a retirar do Ministério Público a possibilidade de iniciar a ação.

Há que se salientar ainda que, dentro do prazo decadencial, é possível que a vítima novamente ofereça a representação, ou seja, que se retrate da retratação, outra vez permitindo que o Ministério Público ofereça a denúncia.

### 3.6.5. TITULARIDADE DO DIREITO DE REPRESENTAR

#### 3.6.3. PRAZO

Nos termos do art. 38 do Código de Processo Penal, o direito de representação deve ser exercido no prazo de seis meses, a contar do dia em que a vítima ou seu representante legal tomaram conhecimento da autoria do crime.

O prazo é para que seja oferecida a representação. Assim, oferecida dentro do prazo, o Ministério Público pode apresentar a denúncia após esses seis meses.

Saliente-se que, segundo a lei, o prazo decadencial somente passa a correr da data em que a vítima (ou seu representante) toma conhecimento acerca da autoria. Por isso, é possível que a prescrição ocorra antes da decadência, bastando que a vítima não tome conhecimento da autoria do delito.

Conforme já mencionado, a representação destina-se à apuração do fato delituoso, e, dessa forma, é óbvio que a vítima pode oferecer a representação antes mesmo de ser descoberta a autoria do crime, justamente para que a autoridade policial possa instaurar o inquérito e, assim, apurar quem praticou o ilícito.

a) Se a vítima for menor de 18 anos, apenas o seu representante legal poderá exercer o direito. Pela legislação civil, representantes legais são os pais, tutores ou curadores. A jurisprudência, todavia, tem admitido que o direito seja exercido por outras pessoas que tenham a guarda ou a responsabilidade de fato do menor, como, por exemplo, avós, tios etc.

Se a vítima for menor de 18 anos e não tiver representante legal, o juiz deverá nomear um curador especial para avaliar a conveniência do oferecimento da representação (art. 33 do Código de Processo Penal). O curador especial deve ser pessoa da confiança do magistrado e não é obrigado a oferecer a representação, incumbindo-lhe, em verdade, avaliar se o ato poderá trazer benefícios ou prejuízos ao menor. O juiz igualmente nomeará curador especial, se houver colidência de interesses entre a vítima menor e seus representantes, por serem estes os autores da infração penal (art. 33). A competência para a nomeação desse curador especial é do Juízo da Infância e Juventude, nos termos do art. 148, parágrafo único, f, da Lei n. 8.069/90 (ECA), que, em relação aos menores, alterou a redação do art. 33 do CPP.

r

30

31

b) Se a vítima é maior de 18 anos, somente ela própria poderá apresentar a representação.

As5, podemos chegar a algumas conclusões: Se0 menor é vítima de um crime aos 14 anos e conta a seu pai quem foi o autor da infração. o prazo se escoia totalmente para o representante legal, devendo ser decretada a extinção da punibilidade após o decurso de seis meses sem que o pai tenha oferecido representação. Assim, quando o menor completa 18 anos não pode cogitar em oferecê-la. Por outro lado. se o menor sabe quem é o autor do crime desde os 14 anos de idade e não informa seu representante legal a esse respeito, fica claro que o prazo não fluiu em relação a este e, assim, quando a vítima completar a maioridade, o prazo começará a correr para ela. Transcorridos seis meses, cessa o prazo para o exercício do direito de representação por parte da vítima, restando extinta a punibilidade do agente, ainda que,

posteriormente, o filho conte ao pai quem foi o autor do crime. Saliente-se que o art. 52 do novo Código Civil, ao estabelecer a maioridade civil plena aos 18 anos, revogou o art. 34 do pp. Com efeito, este dispositivo estabelecia que, sendo o ofendido maior de 18 e menor de 21 anos, o direito poderia ser exercido por ele próprio ou por seu representante legal. Atualmente, contudo, a pessoa maior de 18 anos não mais possui representante legal, de modo que apenas ela pode exercer o direito. Por consequência, a Súmula 594 do STF, publicada em razão do mencionado art. 34, perdeu sua aplicabilidade. Esta súmula estabelecia que “os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”.

Caso a vítima seja maior de 18 anos, mas seja também *doente mental*, o direito passará aos representantes legais. a vítima for doente mental e não possuir representante legal ou caso os tenha e haja conflito de interesses, o juiz deverá nomear curador especial (art. 33).

No caso de a vítima falecer antes do decurso do prazo decadencial, o direito de representação passará ao seu cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos (art. 24, § 12, do Código de Processo Penal). Havendo duas ou mais vítimas, se apenas uma delas representar somente em relação a ela a denúncia poderá ser oferecida. Assim, se alguém provoca lesões corporais culposas em três vítimas e apenas uma delas representa, a denúncia somente poderá ser ofertada em relação àquela que representou, desprezando-se neste caso, o concurso de crimes.

Veremos adiante que essas mesmas regras são aplicadas quanto à titularidade do direito de queixa nos crimes de ação privada.

### 3.7. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REQUISIÇÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA

A **requisição do** Ministro da Justiça é também uma condição de procedibilidade. Em determinados ilícitos penais, entendeu o legislador ser conveniente que o Ministro da Justiça avalie a conveniência política de ser iniciada a ação penal pelo Ministério Público. E o que ocorre quando um estrangeiro pratica crime contra brasileiro fora do território nacional (art. 72, § 3, *b*, do Código Penal) ou quando é cometido crime contra a honra do Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro (art. 145 do Código Penal). Nesses casos, somente com a requisição é que poderá ser oferecida a denúncia. Veja-se, entretanto, que a existência da requisição não vincula o Ministério Público, que, apesar dela, pode requerer o arquivamento do feito, uma vez que a Constituição Federal assegura independência funcional e livre convencimento aos membros de tal instituição, possuindo seus integrantes total autonomia na formação da *opinio delicti*. Ao contrário do que ocorre com a representação, não existe prazo decadencial para o oferecimento da requisição por

32

33

parte do Ministro da Justiça. Assim, a requisição pode ser oferecida a qualquer tempo, desde que antes da prescrição.

*É possível a retratação da requisição?*

Há duas orientações:

- a) A requisição é irretroatável, uma vez que o art. 25 do Código de Processo Penal somente admite a retratação da representação. E a opinião de José Frederico Marques, Hélio Tornaghi e Fernando da Costa Tourinho Filho.
- b) A requisição é retratável. Apesar de o art. 25 só mencionar expressamente a

possibilidade de retratação da representação, pode ele ser aplicado por analogia à requisição. E a opinião de Damásio E. de Jesus.

### 3.8. AÇÃO PENAL PRIVADA

#### 3.8.1. INTRODUÇÃO

Na ação penal privada o direito de punir continua sendo do Estado, que, entretanto, transfere a iniciativa da ação penal ao ofendido ou seu representante legal, uma vez que os delitos desta natureza atingem aspectos da intimidade da vítima que pode preferir não discuti-los em juízo.

O sujeito ativo da ação penal privada é chamado *querelante*, e o passivo, *querelado*. A peça inicial da ação penal é a queixa-crime. Esta possui os mesmos requisitos da denúncia.

O procurador do ofendido, para ofertá-la, deve estar munido de procuração com poderes especiais, devendo constar do mandado o nome do querelado, bem como menção ao fato criminoso (art. 44 do CPP).

Se o ofendido comprovar sua pobreza, o juiz, a pedido do mesmo, nomeará advogado para promover a ação penal (art. 32 do CPP). Considera-se pobre a pessoa que não pode prover às despesas do processo. sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família (la). sendo prova suficiente de pobreza atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido.

*Quem pode exercer o direito de queixa?*

Conforme já mencionado, aplicam-se as mesmas regras referentes ao direito de representação na ação pública condicionada.

O art. 35 do Código de Processo Penal estabelecia que a mulher casada somente poderia exercer o direito de queixa com o consentimento do marido, salvo se ele fosse o autor do delito. Tal dispositivo já se encontrava tacitamente revogado desde o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) e foi expressamente revogado pela Lei n. 9.520/97.

#### 3.8.2. PRAZO

Nos termos do art. 38 do Código de Processo Penal, a parte decai do direito de queixa após seis meses a contar da data em que descobre a autoria do delito. Esse prazo é para o oferecimento da queixa junto ao juízo.

#### 3.8.3. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Na ação privada o promotor atua como fiscal da lei (*custos legis*), no sentido de serem observados o procedimento legal e os direitos das partes.

O art. 45 do Código de Processo Penal admite que o Ministério Público adite a queixa. A doutrina majoritária, todavia, entende que tal aditamento pode ter por finalidade apenas a correção de imperfeições formais no texto da queixa, mas não a inclusão de co-réu ou de fato novo.

34

35

*Como a l'Íti!fl(i pode abrir mão do direito de queixa?*  
Através da decadência, da preempção. da renúncia e do perdão. que são causas extintivas da punibilidade.

### 3.9. DECADÊNCIA

Na ação penal Privada, decadência é a perda do direito de ação em face do decurso do prazo sem o oferecimento da queixa. Essa perda do direito de ação atinge também *o jus puniendi*, gerando a extinção da punibilidade do autor da infração penal. Nos crimes de ação pública condicionada à representação a decadência decorre do não-oferecimento da representação no prazo legal, fator que impede o titular da ação (Ministério Público) de oferecer a denúncia e, portanto, gera também a extinção da punibilidade.

Não existe prazo decadencial nos crimes de ação pública condicionada à remissão do Ministro da Justiça.

A decadência somente é possível antes do início da ação penal e comunica-se a todos os autores do crime.

Nos termos do art. 103 do Código Penal, salvo disposição expressa em sentido contrário, o prazo decadencial é de seis meses a contar do dia em que a vítima ou seu representante legal tomam conhecimento da autoria do fato. Na ação privada, esse é o prazo para que a queixa-crime (peça inicial da ação) seja apresentada em juízo. Na ação pública condicionada, o prazo para que seja oferecida a representação, que é uma condição de procedibilidade. Assim, sendo a representação oferecida no prazo, a denúncia (peça inicial da ação pública) pode ser ofertada ainda após os seis meses. O curso do prazo decadencial não se interrompe e não se suspende. Por isso a instauração do inquérito policial (nos crimes de ação privada) e o pedido de explicações nos crimes

contra a honra (art. 144 do Código Penal) não obstam a sua fluência. Há casos em que o prazo decadencial é menor, como, por exemplo, no crime de adultério, em que ele é de um mês, a contar da data em que a vítima toma conhecimento do fato, ou nos crimes contra a honra previstos na Lei de Imprensa, em que o prazo é de três meses, contados da publicação da notícia. No caso de crime continuado, o prazo decadencial conta-se isoladamente em relação a cada um dos crimes, ou seja, conta-se a partir da data em que se descobre a autoria de cada um dos delitos.

No crime habitual, cuja existência pressupõe uma reiteração de atos, a decadência é contada a partir do último ato conhecido praticado pelo ofendido. Na hipótese de crime permanente, o prazo decadencial somente pode começar a fluir após a cessação da permanência, mesmo que a autoria seja conhecida desde data anterior. Assim, suponha-se que uma mulher seja raptada violentamente (art. 219 do Código Penal) e permaneça um ano em poder do agente, sabendo ela quem era o autor do crime, desde o primeiro dia. É óbvio que o prazo decadencial não poderia estar correndo, pois, caso contrário, teria havido decadência antes mesmo da cessação da atividade delituosa. Se a vítima, entretanto, só descobre a autoria após cessada a permanência, o prazo correrá da data da descoberta. O prazo decadencial é matéria prevista no Código de Processo Penal (art. 38) e no Código Penal (art. 103). Trata-se, portanto, de instituto híbrido, motivo pelo qual surgiu discussão em torno da natureza de seu prazo: processual (no qual se exclui o primeiro dia da contagem) ou penal (no qual o primeiro dia é incluído no prazo). A doutrina concluiu ser o prazo penal, uma vez que pode gerar a extinção da punibilidade do agente, devendo, assim, optar-se pela solução mais benéfica ao acusado.

### 3.10. PEREMPÇÃO

Perempção é uma sanção aplicada ao querelante, consistente na perda do direito de prosseguir na ação penal privada, em razão de sua inércia ou negligência processual. A perempção somente é possível após o início da ação penal e, uma vez reconhecida, estende-se a todos os autores do delito. Saliente-se, também, que a perempção é instituto exclusivo da ação penal privada, sendo, portanto, inaplicável aos crimes de ação pública, bem como aos crimes de ação privada subsidiária da pública. Nestes últimos, caso o querelante demonstre-se desidioso, o Ministério Público retoma a titularidade da ação (art. 29 do Código de Processo Penal), não se podendo cogitar em perempção.

As hipóteses de perempção estão elencadas em um rol constante do art. 60 do Código de Processo Penal, que contém quatro incisos:

*I — quando, iniciada esta, o querelante deixar de protnover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos;*

Essa hipótese só se aplica quando há algum ato a ser praticado pelo querelante, uma vez que ele não é obrigado a comparecer mensalmente em juízo apenas para pleitear o prosseguimento do feito. Ademais, a perempção é inaplicável quando o fato decorre de força maior, como, por exemplo, greve dos funcionários do Poder Judiciário. Também não existe perempção quando a culpa pelo atraso é da defesa. Decorridos os trinta dias, deverá ser declarada a perempção e a ação não poderá ser reproposta. Não se deve confundir essa regra com as do Processo Civil, que permitem ao autor propor novamente a ação quando o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito (pela não-movimentação deste por 30 dias). Pelo Código de Processo Civil só será decretada a perempção na terceira vez em que tal extinção repetir-se.

*II — quando, falecendo o querelante, **011** sobre L'indo sua incapacidade, 1100 comparecer ciii jlu.0. para prosseguir no l)IV— cesso, dentro do praco de 60 (sessenta) (liaS, qualquer (las pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no ad. 36:*

Nos termos do dispositivo, se o querelante falecer ou for declarado ausente ou, ainda, se for interditado em razão de doença mental, após o início da ação penal, esta somente poderá prosseguir se, em um prazo de sessenta dias, comparecer em juízo, para substituí-lo no pólo ativo da ação, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Assim, sob o prisma da ação penal, a substituição é uma condição de prosseguibilidade. Não satisfeita essa condição, a ação estará perempta. Veja-se que, nos termos do art. 36 do Código de Processo Penal, se após a substituição houver desistência por parte do novo querelante, os outros sucessores poderão prosseguir na ação.

*III — quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;*

Esse dispositivo prevê duas hipóteses de perempção. A primeira delas dá-se quando a presença física do querelante é indispensável para a realização de algum ato processual e este, sem justa causa, deixa de comparecer.

Exemplo: querelante intimado para prestar depoimento em juízo falta à audiência. A maior parte da doutrina entende haver perempção quando o querelante não comparece

à audiência de tentativa de reconciliação no procedimento dos crimes contra a honra, por se tratar de ato no qual ele deve estar presente. Há, todavia, entendimento em sentido contrário, uma vez que esta audiência é feita antes do recebimento da queixa, sendo, portanto, anterior ao início do processo, fato que tornaria inaplicável o instituto da perempção, que só pode ser aplicado após o início da ação.

38

39

A segunda hipótese mencionada nesse inciso é a *falta* do pedido de condenação nas alegações finais. O não-oferecimento das alegações finais equivale à ausência do pedido de condenação. Em se tratando de dois crimes, e havendo pedido de condenação somente em relação a um, haverá perempção em relação ao outro.

*IV — quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.*

Assim, se a empresa for incorporada por outra ou for apenas alterada a razão social, poderá haver o prosseguimento da ação.

### 3.11. RENÚNCIA

Renúncia é um ato através do qual o ofendido abre mão (abdica) do direito de oferecer a queixa. Trata-se de ato unilateral, uma vez que, para produzir efeitos, independe de aceitação do autor do delito.

A renúncia só pode ocorrer antes do início da ação penal (antes do recebimento da queixa). Alguns autores, todavia, dizem que, quando o ofendido abre mão do direito, após o oferecimento da queixa e antes de seu recebimento, existe, em verdade, *desistência* do direito de ação. Trata-se, entretanto, de mera questão de nomenclatura (jogo de palavras), pois, ainda que se conceitue esta hipótese como desistência, as regras a serem seguidas serão as mesmas referentes à renúncia, uma vez que o art. 107, V, do Código Penal somente fez menção à renúncia e ao perdão como causas extintivas da punibilidade, sendo certo que este último só é cabível após o recebimento da queixa, ou seja, após a formação da relação jurídica processual.

A renúncia pode partir apenas do titular do direito de o art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Penal estabelecia que a renúncia do representante legal do menor que houvesse completado 18 anos não privaria este do direito de queixa nem a renúncia do último excluiria o direito do primeiro. Essa regra se aplicava quando o ofendido tinha idade entre 18 e 21 anos, na medida em que, nessa hipótese, a ação penal poderia ser proposta por ele ou por seu representante legal. Esse dispositivo, contudo, foi denogado, uma vez que, desde o advento do novo Código Civil, a pessoa maior de 18 anos não mais possui representante legal. Assim, a renúncia do ofendido que tenha mais de 18 anos gera a extinção da punibilidade. Havendo duas vítimas, a renúncia por parte de uma não atinge o direito de a outra oferecer queixa.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. Renúncia expressa é aquela que consta de declaração escrita e assinada pelo ofendido, por seu representante ou por procurador com poderes especiais (art. 50 do Código de Processo Penal). A renúncia tácita decorre da prática de ato incompatível com a intenção de exercer o direito de queixa e admite qualquer meio de prova (art. 57). Ex.: casamento do autor do crime com a vítima. Nos termos do art. 49 do Código de Processo Penal, a renúncia em relação a um dos

autores do crime a todos se estende. Trata-se de regra decorrente do princípio da indivisibilidade da ação privada (art. 48 do Código de Processo Penal). A renúncia sempre foi instituto exclusivo da ação penal privada. A Lei n. 9.099/95, entretanto, criou uma hipótese de aplicação às infrações de menor potencial ofensivo apuráveis mediante ação pública condicionada à representação. Com efeito, o art. 74, parágrafo único, da mencionada lei estabeleceu que, nos crimes de ação privada e de ação pública condicionada, a composição em relação aos

#### **queixa.**

danos civis, homologada pelo juiz na audiência preliminar. implica *renúncia* ao direito de queixa ou de representação. Essa regra da Lei n. 9.099/95 trouxe também a possibilidade de a renúncia, excepcionalmente, não se estender a todos os autores do crime. Suponha-se que duas pessoas em concurso cometam um crime contra alguém e que apenas um dos autores do delito componha-se com a vítima em relação à parte dos prejuízos por ele provocados (metade, p. ex.). Parece-nos inegável que, nesse caso, somente aquele que se compôs com a vítima é que faz *jus* ao reconhecimento da renúncia. O art. 104, parágrafo único, do Código Penal estipula que não implica renúncia tácita o fato de receber o ofendido a indenização devida em razão da prática delituosa. Essa regra, entretanto, não se aplica às infrações de menor potencial ofensivo, pois, conforme já mencionado, a simples composição acerca dos danos civis, realizada na audiência preliminar e homologada pelo juiz, gera a renúncia ao direito de queixa e, por conseqüência, a extinção da punibilidade. Em suma, nos crimes de ação privada e de ação pública condicionada à representação de menor potencial ofensivo, a reparação do dano gera a extinção da punibilidade, enquanto nos delitos de ação privada ou pública condicionada, que não sejam considerados de menor potencial ofensivo, a reparação do dano não gera a renúncia.

### **3.12. PERDÃO DO OFENDIDO**

É um ato através do qual o querelante desiste do prosseguimento da ação penal privada, desculpando o querelado pela prática da infração penal. O perdão só é cabível após o início da ação penal e desde que não tenha havido trânsito em julgado da sentença condenatória.

Trata-se de ato bilateral. pois apenas gera a extinção da punibilidade se for aceito pelo ofendido. Veja-se que o próprio art. 107. V. do Código Penal diz que se extingue a punibilidade pelo perdão aceito. O perdão é instituto exclusivo da ação penal privada. Nos termos do art. 51 do Código de Processo Penal, o perdão concedido a um dos querelados a todos se estende, mas somente extingue a punibilidade daqueles que o aceitarem.

Havendo dois querelantes, o perdão oferecido por um deles não atinge a ação penal movida pelo outro.

Nos termos do art. 52 do Código de Processo Penal, se a vítima tivesse entre 18 e 21 anos, o perdão não geraria efeito se fosse concedido por ela e houvesse discordância de seu representante legal, ou vice-versa. Esse dispositivo foi revogado pelo novo Código Civil, na medida em que a pessoa com mais de 18 anos não mais possui representante legal, e, assim, só ela poderá conceder o perdão.

O oferecimento do perdão pode ser feito pessoalmente ou por procurador com poderes especiais.

O perdão pode ser processual ou extraprocessual. Será processual quando concedido mediante declaração expressa nos autos. Nesse caso, dispõe o art. 58 do Código de Processo Penal que o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo constar do mandado de intimação que o seu silêncio importará em aceitação. Assim, para não aceitar o perdão o querelado deve comparecer em juízo e declará-lo expressamente.

O perdão extraprocessual, por sua vez, pode ser expresso ou tácito. Expresso quando concedido através de declaração assinada pelo querelante ou por procurador com poderes especiais. Tácito quando o querelante praticar ato incompatível com a intenção de prosseguir na ação. O perdão **tácito** admite qualquer meio de prova.

42

43

Nos termos do art. 59 do Código de Processo Penal, a aceitação do perdão extraprocessual deverá constar de declaração assinada pelo querelado, seu representante legal ou procurador com poderes especiais. Está revogado o art. 54 do Código de Processo Penal, que estabelece que, sendo o querelado maior de 18 e menor de 21 anos, a aceitação deve ser feita por ele ou por seu representante legal, pois, havendo oposição de um deles, o processo prossegue. Com efeito, nos termos do art. 5 do novo Código Civil, não mais existe a figura do representante legal ao réu maior de 18 anos, de modo que basta este aceitar o perdão que haverá a extinção da punibilidade.

### **3.13. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA**

O Ministério Público, ao receber o inquérito policial que apura crime de ação pública (condicionada ou incondicionada), possui prazo de cinco dias para oferecer denúncia, se o indiciado está preso, e de quinze dias, se está solto. Findo esse prazo, sem que o Ministério Público tenha se manifestado, surge para o ofendido o direito de oferecer queixa subsidiária em substituição à denúncia não apresentada pelo titular da ação. O direito de apresentar essa queixa subsidiária inicia-se com o término do prazo do Ministério Público e se estende pelos seis meses seguintes. Como o prazo do Ministério Público é impróprio, poderá o *Parquet* oferecer a denúncia dentro desses seis meses (caso a vítima não tenha ainda apresentado a queixa substitutiva) e até mesmo após tal período. Assim, após os seis meses, a vítima decai do direito de oferecer a queixa subsidiária, mas isto não implica extinção da punibilidade do agente, pois, conforme dito, o Ministério Público continua podendo oferecer a denúncia até que ocorra a prescrição.

44

Essa espécie de ação só é possível quando o Ministério Público não se manifesta dentro do prazo. Assim, se o Promotor de Justiça promove o arquivamento do feito ou requer o retorno do inquérito à Delegacia para novas diligências, não cabe a queixa subsidiária. Essa espécie de ação, prevista no art. 100, § 3º, do Código Penal, e no art. 29 do Código de Processo Penal, não fere o art. 129, 1, da Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público o direito exclusivo de iniciar a ação pública, uma vez que a própria Carta Magna, em seu art. 5, LIX, dispõe que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

#### **3.13.1. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Também nessa espécie de ação penal atua o Ministério Público como fiscal da lei (*custos legis*). Entretanto, como se trata de crime que, na origem, é de ação pública por atingir bens cuja proteção interessam à coletividade, o promotor tem poderes diferenciados, descritos no art. 29 do Código de Processo Penal:

a) Caso a queixa oferecida não preencha os requisitos previstos na lei (queixa inviável),

- o Ministério Público a repudia e oferece denúncia substitutiva, hipótese em que retoma a titularidade da ação;
- b) Se a queixa for viável mas apresentar pequenas falhas, o Ministério Público poderá aditá-la, nessa hipótese não retoma a titularidade;
- c) Pode recorrer em qualquer sentido, ao contrário do que ocorre na ação privada comum, em que só pode recorrer em favor do querelado;
- d) Pode requerer e participar da produção de qualquer prova;

45

**J**

- e) Em caso de negligência do querelante no desenrolar da ação, o Ministério Público deve retornar a sua titularidade. Assim, não existe perempção nessa modalidade de ação penal.

3.13.2.

**LITISCONSÓRCIO**

Litisconsórcio é a pluralidade de partes em um dos pólos da ação. Dá-se o litisconsórcio passivo quando duas ou mais pessoas são acusadas em uma mesma ação penal por terem cometido um delito em concurso ou praticado crimes conexos. O litisconsórcio ativo ocorre quando são cometidos crimes conexos (que devem ser apurados em um só processo) e não coincide a titularidade da ação penal. Isso acontece em duas hipóteses: a) quando é cometido um crime de ação pública conexo com um de ação privada. Nesse caso, o Ministério Público oferece denúncia em relação ao crime de ação pública, e o ofendido, queixa-crime em relação ao delito de ação privada. Em virtude da conexão, os crimes são apurados conjuntamente, havendo, pois, duas partes no pólo ativo; b) quando são cometidos crimes conexos, ambos de ação privada, contra vítimas diversas. Ex.: Alexandre ofende a honra de Fernando e Rodrigo. Estes ingressam, portanto, com queixa-crime contra o ofensor.

**4. AÇÃO CIVIL “EX DELICTO”**

O ilícito penal não difere, em essência, do ilícito civil, pois ambos são atos que afrontam a ordem jurídica. A ilicitude jurídica é uma só, derivando a diversidade de tratamento de razões de oportunidade escolhidas pelo legislador, que resolve punir com maior rigor certas condutas ilícitas. A diferença é, pois, de grau (intensidade), com que a ordem jurídica é violada. Assim, o legislador classifica certos atos somente como ilícitos civis, cominando sanções como indenização, execução forçada, anulação do ato etc. Para aqueles casos de

ve violação à ordem jurídica (ataque aos valores fundamentais da sociedade), o legislador prevê, em geral ao lado da sanção civil, uma sanção de caráter penal. No mais das vezes, o ilícito penal é também ilícito civil, na medida em que causa danos à vítima, a qual, independentemente do exercício do direito de punir por parte do Estado, pode pleitear a reparação do prejuízo suportado. Para evitar decisões conflitantes sobre esses dois desdobramentos da conduta ilícita, o ordenamento prevê, em uma série de dispositivos, meios de promover a interação entre as duas esferas (cível e penal). O art. 91, 1, do Código Penal dispõe que a condenação penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. O art. 935 do novo Código Civil, por seu turno, prevê que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Da análise de tais regras, conclui-se que é relativa a independência entre as responsabilidades civil e criminal.

Assim, pode haver trâmite simultâneo de uma ação civil e uma ação penal referentes ao mesmo fato. Se sobrevier decisão condenatória proferida pelo juízo penal, contudo, mostrar-se-á prejudicado o julgamento da ação civil, em razão da força vinculante da sentença penal condenatória.

A lei faculta ao juiz civil suspender o curso do processo, até o julgamento definitivo da ação penal, pelo prazo máximo de um ano, a fim de evitar decisões contraditórias (art. 64, parágrafo único, do CPP, e art. 265, IV, a, e § 5, do CPC). A sentença penal absolutória, por outro lado, faz coisa julgada no cível quando reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (art. 65 do CPP).

47

-4

[1

Daí se extrai que não se pode mais discutir no cível se agiu ou não o autor do fato acobertado por uma das excludentes de ilicitude (arts. 23 do CP e 188, 1 e II. do novo Código Civil).

Esse regramento todavia, nem sempre exime o sujeito em favor de quem foi reconhecida a excludente de arcar com indenização pois, ao contrário do que ocorre na esfera penal, mesmo tendo agido acobertado por tais justificantes, por vezes será o autor obrigado a indenizar. Isso ocorre nas seguintes hipóteses:

a) se reconhecido o estado de necessidade, e o *prejudicado* não tiver sido o culpado pela situação de perigo, deve o autor indenizá-lo, sem prejuízo do direito regressivo em face do causador do perigo;

b) se reconhecida a legítima defesa putativa. a vítima ou seus herdeiros devem ser ressarcidos, uma vez que a pessoa atingida não estava agredindo o agente que, por erro, supôs estar sendo agredido;

c) se reconhecida a defesa real, mas o autor tiver, por erro de pontaria (*aberratio ictus* ou *aberratio criminis*), causado danos a terceiros, deve indenizá-lo.

Também faz coisa julgada no cível a sentença penal absolutória que reconhece, de forma categórica, a inexistência material do fato (art. 386, 1, do CPP), nos termos do art. 66 do Código de Processo Penal e art. 935 do Código Civil.

Não impedem a propositura da ação civil: a) decisão que acolhe a promoção de arquivamento de inquérito policial; b) decisão que julga extinta a punibilidade do agente; c) sentença absolutória que reconhece não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do CPP); d) sentença absolutória que reconhece haver dúvida quanto à existência do fato (art. 386, II); e) sentença absolutória que reconhece a existência de circunstância que isente o réu de pena (art. 386, V); e f) sentença absolutória que declara inexistir prova suficiente para condenação (art. 386, VI).

Apesar de ser-lhe facultado postular no juízo cível seu direito a indenização, o ofendido não necessita ingressar com tal ação civil de conhecimento para ver reparado o prejuízo que sofreu, pois a sentença penal condenatória constitui título executivo. Ou seja, pode o ofendido aguardar o desfecho do processo penal e, em caso de condenação, promover no cível a execução da sentença proferida pelo juiz criminal. Tal possibilidade é expressamente prevista nos arts. 63 do Código de Processo Penal e 584, II, do Código de Processo Civil. Nesse caso, deve-se promover a liquidação prévia da sentença criminal (em regra, por artigos), uma vez que tal decisão não delimita a extensão do direito do ofendido (valor do dano). Saliente-se, porém, que o ofendido pode ingressar com uma ação civil de conhecimento visando a reparação do dano, antes mesmo (e independentemente) da propositura da

ação

penal.

#### 4.1. LEGITIMIDADE ATIVA

A ação civil *ex delicto* de conhecimento ou de execução pode ser ajuizada pelo ofendido, por seus herdeiros ou por seu representante legal. Se o ofendido for pobre, a ação civil (de conhecimento ou de execução) poderá ser proposta pelo Ministério Público, que atuará como substituto processual, se assim requerer o interessado. A lei emprestou caráter público, pois, à reparação do dano *ex delicto*.

#### 4.2. LEGITIMIDADE PASSIVA

A ação civil de conhecimento pode ser proposta “contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil”, nos termos do disposto no art. 64 do Código de Processo Penal.

A execução direta da sentença penal, por outro lado, só poderá ser ajuizada em face de quem foi réu no processo criminal, não gerando efeito em relação ao terceiro (responsá

1

48

49

1

vel civil), pois somente pode ter título judicial contra si o sujeito que foi citado para a ação de conhecimento e, portanto, pôde exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa.

#### 4.3. COMPETÊNCIA

Nos termos do disposto no art. 575, IV, do Código de Processo Civil, a ação civil *ex delicto*, de conhecimento ou execução, deve ser proposta no juízo cível. Observa-se, em relação à competência, as regras estabelecidas pela Lei Processual Civil (arts. 94 e 100, parágrafo único, ambos do CPC).

### 5. JURISDIÇÃO

#### 5.1. CONCEITO

Jurisdição é o poder de julgar (que é inerente a todos os juízes). É a possibilidade de aplicar a lei abstrata aos casos concretos que lhe sejam apresentados, o poder de solucionar lides.

Ocorre que um juiz não pode julgar todos os casos, de todas as espécies, sendo necessária uma delimitação de sua jurisdição. Essa delimitação é chamada de *competência*, tema que será analisado adiante.

#### 5.2. PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO

*Princípio do juiz natural.* Ninguém pode ser processado ou julgado senão pelo juiz competente, de acordo com normas preestabelecidas. São vedados, da mesma forma, juízos e tribunais de exceção (art. 5, XXXVII, da CF).

*Princípio da investidura.* A jurisdição só pode ser exercida por quem foi aprovado em concurso público, nomeado, empossado e que está no exercício de suas atividades.

*Princípio da indeclinabilidade.* O juiz não pode deixar de dar a prestação jurisdicional, tampouco uma lei pode ser feita para excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito de alguém (art. 5. XXXV. da CF).

*Princípio da indelegabilidade.* Nenhum juiz pode delegar sua jurisdição a outro, pois, se isto ocorrer, estará sendo desrespeitado o princípio do juiz natural.

*Princípio da improrrogabilidade.* O juiz não pode invadir a área de atuação de outro, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

*Princípio da inevitabilidade (ou irrecusabilidade).* As partes não podem recusar o juiz, salvo nos casos de suspeição, impedimento ou incompetência.

*Princípio da inércia (ou da iniciativa das partes).* O juiz não pode dar início à ação penal.

## 6. COMPETÊNCIA

O Título V do Código de Processo Penal trata do tema competência.

O art. 69 estabelece que a competência jurisdicional será determinada:

- I — pelo lugar da infração;
- II — pelo domicílio ou residência do réu;
- III — pela natureza da infração;
- IV — pela distribuição;
- V — pela conexão ou continência;
- VI — pela prevenção;
- VII — por prerrogativa de função.

Cada um desses critérios de fixação de competência tem finalidade diversa. Com efeito, a competência pelo lugar da infração e pelo domicílio/residência do réu (também chamadas de *ratione loci*) têm por finalidade fixar a comarca competente. Uma vez fixada a comarca, o critério da natureza da infração (*ratione materiae*) serve para que se encontre a Justiça competente (Justiça Militar, Eleitoral, Comum etc.). Por fim, fixada a comarca e a Justiça, é possível que restem vários juízes igualmente competentes. Se um deles adiantou-se aos demais na prática de algum ato relevante, ainda que antes do início da ação, estará ele prevento. Se, todavia, não há juiz prevento, deverá ser feito um sorteio (distribuição).

Dessa forma, suponha-se que um crime de roubo foi praticado na cidade de São Paulo em prejuízo de uma agência do INSS. Por ter sido consumado o roubo em São Paulo, será esta a comarca competente. O critério do domicílio do réu não é utilizado, pois, conforme veremos adiante, só é aplicado quando desconhecido totalmente o local da consumação. Como o crime foi cometido contra autarquia da União, a competência é da Justiça Federal de São Paulo (art. 109, IV, da CF). Por fim, como existem vários juízes federais criminais em São Paulo, se um deles estiver prevento, será ele o competente, caso contrário, deverá ser feita a distribuição.

A conexão e a continência, em verdade, não são formas de fixação de competência, mas de prorrogação de competência (*vide* item próprio).

A competência por prerrogativa de função (*ratione personae*) verifica-se quando o legislador, levando em consideração a relevância do cargo ou função ocupados pelo autor da infração, estabelece órgãos específicos e preestabelecidos do Poder Judiciário para o julgamento. Ex.: se o Prefeito do Município de Campinas comete um crime, será julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo; se o Presidente da República comete um crime, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

A competência em razão da pessoa e em razão da matéria, por serem de interesse público, são absolutas. Assim, o desrespeito às regras a elas referentes geram a nulidade absoluta da ação penal. Ao contrário, a competência territorial é relativa, podendo ser prorrogada, de tal sorte que, se não alegada no momento oportuno pela parte interessada e se não provado o prejuízo, não será decretada a nulidade do processo (nulidade relativa, portanto).

### 6.1. COMPETÊNCIA PELO LUGAR DA INFRAÇÃO

O art. 70, *caput*, 1º parte, do Código de Processo Penal determina que o foro (comarca) competente será firmado pelo local da *consumação* do crime. O art. 14, 1, do Código Penal, por sua vez, diz que um crime considera-se consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua descrição legal. Assim, quando se estudam os crimes em espécie, na Parte Especial do Código Penal, sempre se dedica um momento para a abordagem do momento consumativo. Pois bem, encontrado o instante exato da consumação, deve-se perquirir o local de sua ocorrência. Este será o foro competente para o processo e o julgamento da infração penal.

Conforme já mencionado, saber qual o momento consumativo não é tarefa árdua e é assunto tratado pela área penal. Acontece que determinadas infrações penais revestem-se de algumas peculiaridades, e, por isso, o estudo do momento consumativo torna-se um pouco mais complexo e, portanto, merece uma abordagem específica.

a) *Crime de emissão de cheque sem fundos* (art. 171, § 2, VI, do CP). A consumação ocorre quando o banco sacado (aquele cujo endereço consta no cheque emitido) nega-se a efetuar o pagamento. Assim, não basta a simples emissão, posto que, antes de o banco recusar-se a pagar o cheque, o agente pode arrepender-se e depositar o valor devido em sua conta. Assim, as Súmulas 521 do STF e 244 do STJ dispõem que “o foro competente para o processo e o julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade de emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado”. Em suma, competente é o local em que está situado o banco, de forma que se uma pessoa tem a conta corrente em São Paulo e *faz* uma compra no Rio de Janeiro, o foro competente será São Paulo.

b) *Crime de estelionato comum, cometido mediante falsificação de cheque* (art. 171, *caput*, do CP). Nesse caso, o agente emite cheque de terceiro, fazendo-se passar pelo correntista, falsificando a assinatura deste último. O crime de estelionato comum consuma-se no momento da obtenção da vantagem ilícita, ou seja, no local em que o cheque foi passado. Assim, se uma pessoa faz uma compra no Rio de Janeiro e falsifica o cheque de pessoa cuja conta corrente é em São Paulo, o foro competente é o Rio de Janeiro, local em que o agente recebeu as mercadorias compradas. Nesse sentido, a Súmula 48 do STJ: “Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque”.

c) *Crime de falso testemunho prestado em carta precatória*, O foro competente para apreciar tal delito é o da comarca deprecada pois o crime consuma-se no local em que o depoimento é prestado. Há, entretanto, posição minoritária no sentido de que o foro competente seria o deprecante, pois nele que serão sentidos os efeitos do falso.

d) *Crimes qualificados pelo resultado*. De acordo com a opinião de Fernando da Costa Tourinho Filho, o foro competente é o do local em que ocorre o resultado agravador, pois apenas neste é que se reúnem todos os elementos do tipo penal. Ex.: aborto cometido em Diadema, que traz complicações à saúde da gestante, culminando com a morte desta em hospital na cidade de São Paulo. Competente será a comarca de São Paulo.

e) *Crime de homicídio doloso*. Evidentemente a consumação dá-se no momento da morte da vítima.

Há uma hipótese, entretanto, em que a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento diverso, ou seja. naquela em que a vítima é alvejada em uma cidade, transferida para hospital de outra cidade e nesta vem a morrer. Pela regra do Código de Processo Penal, o foro competente deveria ser o do local da morte. Acontece, todavia, que essa solução poderia trazer complicações para o julgamento pelo Júri. uma vez que as testemunhas arroladas para serem ouvidas no Plenário, no dia do julgamento, não seriam obrigadas a se deslocar de uma cidade para outra, fato que poderia prejudicar o julgamento pelos jurados. Para evitar tal situação, bem como pelo fato de entenderem os doutrinadores que o julgamento pelos jurados deve ser feito no local onde o crime atingiu a sociedade, é que se firmou interpretação no sentido de que o crime deve ser apurado no local da ação (onde a vítima foi alvejada).

f) *Crime de extorsão mediante seqüestro*. A consumação dá-se no momento em que a vítima é seqüestrada, ainda que os agentes não consigam receber o resgate que pretendiam. Assim, suponha-se que a vítima seja seqüestrada em Porto Alegre e levada para o cativo em Caxias do Sul. É evidente que o crime se consumou em Porto Alegre. Acontece, entretanto, que se trata de crime permanente cuja consumação se alonga no tempo enquanto a vítima não for libertada. Assim, pode-se dizer que o delito já estava consumado em Porto Alegre, mas que a consumação prolongou-se até Caxias do Sul. Nessas hipóteses (crime permanente praticado em território de duas ou mais comarcas), estabelece o art. 71 do Código de Processo Penal que qualquer delas é competente. Como deve haver um só processo, a competência será firmada, dentre uma delas, por prevenção.

Essa mesma regra aplica-se quando duas ou mais infrações forem cometidas em *continuação delitiva* no território de comarcas distintas. Qualquer delas é competente, firmando-se uma delas por prevenção. Veja-se, porém, que o Código Penal (art. 71) só admite continuação delitiva quando as duas ações delituosas ocorrem em mesmas circunstâncias de local (mesma comarca ou comarcas *contíguas*).

g) *Crime praticado em local incerto na divisa de duas ou mais comarcas*. Nessa hipótese, não se sabe o local exato da consumação, mas se tem certeza de que o ilícito ocorreu entre o trajeto de uma para outra cidade. É o que ocorre, por exemplo, quando um furto é cometido em um ônibus que faz viagem entre duas cidades, sendo a ocorrência do delito descoberta apenas na chegada. Como não se sabe ao certo quando o delito se consumou, o ali. 70, § 3º, do Código de Processo Penal, determina que a competência seja *fixada* entre uma delas por prevenção.

h) *Crime praticado em local certo, havendo incerteza quanto a pertencer a uma ou outra comarca*. Nesse caso, discute-se sobre uma certa localidade pertencer a um ou outro município. O art. 70, § 3º, igualmente determina a utilização do critério da prevenção.

Há que se lembrar, por outro lado, que muitas vezes não é possível a aplicação do critério da consumação do delito, por não ter havido consumação ou por ter ele ocorrido fora do território brasileiro. Serão, então, aplicadas as seguintes regras:

a) No crime tentado, será competente o local em que foi praticado o último ato de execução (art. 70, *caput*, 2 parte, do CPP).

b) Se a execução do delito iniciou-se no território brasileiro, e a consumação ocorreu no exterior, será competente o lugar onde, Brasil, foi praticado o último ato de execução (art. 70, § 1º do CPP). São os chamados crimes a distância.

c) Se o último ato de execução foi praticado no exterior, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir resultado no território nacional (art. 70, § 2, do CPP).

d) Se um crime foi cometido integralmente no exterior, normalmente não será julgado no Brasil. Ocorre, entretanto, que o ali. 7 do Código Penal estabelece algumas hipóteses de extraterritorialidade da lei penal brasileira, ou seja, algumas hipóteses erra que o agente será julgado no Brasil, apesar de o crime ter-se verificado fora do país. Quando isso ocorre, o ali. 88 do Código de Processo Penal determina que o réu será julgado na capital do Estado onde por último tenha residido o acusado no território nacional, e caso nunca tenha tido residência no país, será julgado na Capital da República.

e) Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais da República, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto-mar, serão processados e julgados pela Justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do país, pela do último em que houver tocado (art. 89).

f) Os crimes praticados a bordo de aeronave nacional, dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou ao alto-mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e julgados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso após o crime, ou pela comarca de onde houver partido a aeronave (art. 90). Nas hipóteses dos arts. 89 e 90, a competência será da Justiça Federal, conforme se verá adiante.

## 6.2. COMPETÊNCIA PELO DOMICÍLIO OU RESIDÊNCIA DO RÉU

Nos termos do art. 72, *caput*, do Código de Processo Penal, não sendo conhecido o lugar da infração, a competência será firmada pelo local do domicílio ou residência do réu.

Esse critério também tem por finalidade apontar o foro (comarca) competente e, nos termos da lei, é subsidiário em relação ao critério do lugar da infração. Em suma, só será aplicado quando for totalmente desconhecido o lugar da infração. Ex.: objeto furtado por desconhecido em Belo Horizonte é encontrado em poder do receptador em Recife. A Polícia, entretanto, não consegue descobrir em que local o receptador comprou o objeto. Assim, como a aquisição pode ter-se dado em qualquer local do país, o foro competente para apurar a receptação será o do domicílio ou residência do réu. Não se deve confundir com a regra anteriormente estudada na qual o crime se consuma em local incerto, na divisa entre duas comarcas, hipótese em que ambas so competentes. firmando-se uma delas por prevenção (art. 70, § 32, do CPP). A competência pelo domicílio ou residência do réu só se aplica quando for *totalmente* desconhecido o lugar da consumação.

*Conclusão:* sendo conhecido o local da infração, não se aplica o critério do domicílio/residência do réu. Há, entretanto, uma exceção expressa no art. 73 do Código de Processo Penal. Com efeito, tal dispositivo estabelece que, na ação privada *exclusiva*, mesmo sendo conhecido o lugar da infração, a vítima pode optar por dar início ao processo no foro do domicílio/residência do réu. Essa regra não vale para a ação privada subsidiária da pública.

De acordo com o art. 70 do Código Civil, domicílio é o local em que a pessoa mora com ânimo definitivo, e residência o local em que a pessoa mora com ânimo transitório. Se o réu tiver mais de uma residência, a competência será firmada entre uma delas, por prevenção (art. 72, § 1, do CPP).

Se, por outro lado, o réu não tiver residência ou for ignorado o local em que o mesmo mora, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento (formal) do fato (art. 72, § 22, do CPP).

### 6.3. COMPETÊNCIA PELA NATUREZA DA INFRAÇÃO

Com a utilização dos dois primeiros critérios, necessariamente já estará fixada a comarca competente. Dentro dessa comarca, todavia, o julgamento poderá ficar a cargo da Justiça Especial ou da Justiça Comum, dependendo da natureza (espécie) da infração penal cometida. A Justiça Especial divide-se em Justiça Militar (para apurar crimes militares) e Justiça Eleitoral (para apurar crimes eleitorais). Já a Justiça Comum subdivide-se em Federal e Estadual.

### 6.4. JUSTIÇA MILITAR

O art. 124 da Constituição dispõe que cabe à Justiça Militar julgar os crimes militares definidos em lei. Crimes militares são aqueles descritos no Código Penal Militar. Tais crimes se subdividem em:

a) *Próprios* aqueles previstos no Código Penal Militar que não encontram descrição típica semelhante na legislação comum. Exemplo: insubordinação, deserção etc. O art. 64, II, do Código Penal estabelece que a condenação por crime militar próprio não gera reincidência perante a Justiça Comum.

b) *Impróprios* — aqueles previstos no Código Penal Militar que encontram descrição típica semelhante na esfera comum. Ex.: estupro, roubo, furto etc.

A Justiça Militar julga apenas os crimes militares praticados por militar em serviço. Desse modo, se o militar está de folga ao cometer o crime, responde perante a Justiça Comum. Além disso, se está em serviço, mas pratica crime que não está previsto no Código Penal Militar (não sendo, portanto, crime desta natureza), será também julgado pela Justiça Comum. Hipótese muito comum é a dos crimes de abuso de autoridade, previstos na Lei n. 4.898/65, cujo julgamento é feito pela Justiça Comum, ainda que cometido por militar em serviço.

A Lei n. 9.299/96 revogou dispositivo do Código Penal Militar que dispunha ser competente a Justiça Militar para julgar crime praticado por militar em período de folga com a *arma da corporação*. Por esse motivo está também revogada a Súmula 47 do STJ. Atualmente, portanto, o julgamento incumbe à Justiça Comum. Essa mesma lei estabeleceu ser competente a Justiça Comum para apurar crime doloso contra a vida de *civil*, ainda que cometido por militar em serviço. Assim, tal julgamento será feito pelo Tribunal do Júri.

Há inúmeras súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tratando da competência da Justiça Militar:

Súmula 6 — “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade”. Há quem entenda que a parte final desta súmula não tem mais aplicação após a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, pois, segundo os seguidores dessa corrente, tal diploma pune indistintamente os militares e os civis que venham a causar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, qualquer que seja a vítima.

Súmula 53 — “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais”.

Súmula 75 — “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar

por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal”. Súmula 78 — “Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa”. Súmula 90 — “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”. Essa súmula toma por fundamento o art. 79, 1, do Código de Processo Penal, que estabelece a separação de processo quando há conexão entre crime militar e crime comum. A mesma separação ocorre quando um militar e um civil praticam um mesmo crime em concurso.

Súmula 172 — “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

#### **6.4.1. COMPOSIÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR**

A Justiça Militar subdivide-se em:

a) *Federal* — para julgar os membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica);

b) *Estadual* — para julgar os integrantes das polícias militares estaduais (incluindo os membros do Corpo de Bombeiros e Policiais Rodoviários Estaduais). Em primeira instância, o julgamento é feito nas auditorias. Caso o autor da infração seja oficial da Polícia Militar, o julgamento ficará a cargo dos Conselhos de Justiça Especiais, mas se o delito foi cometido por não oficial, o julgamento se dará nos chamados Conselhos de Justiça Permanentes. Tais conselhos são compostos por quatro juízes militares e por um juiz auditor (juiz concursado). As auditorias existem apenas nas capitais dos Estados.

Em segunda instância o julgamento é feito pelo Superior Tribunal de Justiça Militar no caso de recursos provenientes da Justiça Militar Federal. Por outro lado, no caso de recursos advindos da Justiça Militar Estadual, os julgamentos serão feitos pelos Tribunais de Justiça Militares, nos Estados onde houver, ou pelo próprio Tribunal de Justiça Estadual, onde não houver tribunal especializado.

#### **6.5. JUSTIÇA ELEITORAL**

A Justiça Eleitoral julga os crimes eleitorais e os seus conexos (art. 121 da CF). Os crimes eleitorais, em regra, estão descritos no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65). O julgamento em primeira instância é feito pelos juízes eleitorais, função exercida pelos próprios juízes estaduais designados para tal atividade pelo Tribunal Regional Eleitoral. Os recursos são julgados pelos Tribunais Regionais Eleitorais, existentes na capital de cada Estado-Membro. Em terceira instância, o julgamento é feito pelo Tribunal Superior Eleitoral.

#### **6.6. JUSTIÇA FEDERAL**

A competência da Justiça Federal está toda elencada no art. 109 da Constituição, incumbindo-lhe processar e julgar:

a) “Os crimes políticos” (inciso IV, I parte).

b) “As infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as

contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral” (inciso IV, 2ª parte).

De acordo com o dispositivo, o processo por contravenção penal é de competência da Justiça Comum, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades (Súmula 38 do STJ).

Como o texto não se refere a crimes em detrimento de Sociedades de Economia Mista controladas pela União (Banco do Brasil, p. ex.), a competência para apurar tais ilícitos é da Justiça Estadual (Súmula 42 do STJ).

Tendo em vista que a lei refere-se genericamente a crimes cometidos em detrimento de serviços da União, a competência é da Justiça Federal sempre que for praticado crime *contra* servidor público federal em razão de suas funções (Súmula 147 do STJ) ou *por* servidor público federal no desempenho de suas atividades.

Por outro lado, a Súmula 140 do STJ dispõe que “compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

c) “Os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (inciso V).

Trata-se de dispositivo de fundamental importância, pois, de acordo com ele, o tráfico internacional de entorpecentes é de competência da Justiça Federal. Nas hipóteses de tráfico interno de entorpecentes, a competência é da Justiça Estadual. Não se pode esquecer, entretanto, o art. 27 da Lei de Tóxicos, segundo o qual o processo e o julgamento do crime de tráfico com o exterior caberão à Justiça Estadual com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara da Justiça Federal. O recurso, entretanto, será sempre para o Tribunal Regional Federal. Ex.: tráfico internacional flagrado em Mauá. Como nesta comarca não há Justiça Federal, o julgamento fica a cargo da Justiça Estadual de Mauá, com eventual recurso para o TRF. Se, entretanto, o crime se consuma na cidade de São Paulo, onde há vara federal, o julgamento será feito pela Justiça Federal de São Paulo.

d) “Os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira” (inciso VI).

A Justiça Federal julga apenas os crimes contra a organização do trabalho quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente (Súmula 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos).

e) “Os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar” (inciso IX).

Todo crime cometido a bordo de navio ou aeronave será de competência da Justiça Federal. Conforme estudado anteriormente (arts. 89 e 90), o foro competente será o do local da partida ou chegada, dependendo se o navio ou aeronave afasta-se ou se aproxima do Brasil.

f) “Os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro” (inciso X). Esses crimes estão previstos no art. 125 da Lei n. 6.815/80. *Observação:* A Lei n. 10.259/01, regulamentando o ali. 98, Párrafo único, da Constituição Federal, criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal.

### **6.6.1. COMPOSIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL**

Em primeira instância, o julgamento é feito pelos juízes de direito ou pelo Tribunal do Júri

(homicídio cometido a bordo de um navio, p. ex.). Em segunda instância, o julgamento dos recursos é feito nos Tribunais Regionais Federais. Há, ao cinco Tribunais Regionais Federais (São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Rio Grande do Sul e Distrito Federal).

## **7. JUSTIÇA ESTADUAL**

A competência da Justiça Comum Estadual é encontrada por exclusão. Em suma, se o crime não for militar, eleitoral e não estiver inserido na competência da Justiça Federal, Será julgado pela Justiça Estadual.

### **7.1. COMPOSIÇÃO DA JUSTIÇA ESTADUAL**

Em primeira instância, o julgamento é feito pelos juízes estaduais e pelo Tribunal do Júri. Em segunda instância, o julgamento dos recursos fica a cargo do Tribunal de Justiça Estadual e do Tribunal de Alçada Criminal (onde houver).

## **8. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Ainda dentro do estudo da competência pela natureza da infração, há que se salientar que o art. 98, I, da Constituição, que foi regulamentado pela Lei n. 9.099/95, criou os chamados Juizados Especiais Criminais para a apuração das chamadas infrações de menor potencial ofensivo, que, após as alterações trazidas pelo art. 2, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01, são todas as contravenções penais e os crimes que tenham pena máxima não superior a dois anos, ou pena alternativa de multa. Veja-se que, embora esta nova lei tenha expressamente afastado este novo conceito em relação aos Juizados Estaduais, há um consenso da doutrina no sentido de que, em virtude do princípio da isonomia, deve ele ser aplicado tanto nos Juizados Especiais Federais como nos Estaduais. Esses Juizados têm como traço característico a possibilidade de adoção de medidas despenalizadoras, como a composição civil de danos gerando a extinção da punibilidade e a transação penal para aplicação imediata de multa ou de pena restritiva de direitos.

### **6.9. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA EM UMA MESMA COMARCA**

A Lei de Organização Judiciária pode estabelecer divisão em razão da matéria dentro de uma mesma comarca, visando com isso sistematizar o serviço através da especialização. É o que ocorre, por exemplo, na comarca de São Paulo, em que os crimes mais graves são julgados no foro central, enquanto as infrações mais leves são julgadas nos foros regionais.

### **6.10. PREVENÇÃO E DISTRIBUIÇÃO**

Com a utilização dos critérios anteriores, necessariamente já estarão fixadas a comarca e a Justiça competentes. Ocorre que é possível que restem vários juízes igualmente competentes para o caso. É o que ocorre, por exemplo, quando é cometido um roubo na cidade de São Paulo, que possui trinta juízes criminais (em princípio todos eles têm competência para julgar o delito). Na hipótese, verificar-se-á a prevenção se um deles

adiantar-se aos demais na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa, passando este, portanto, a ser o competente. Ex.: decretação da prisão preventiva, concessão de fiança, pedido de explicações em juízo, decretação de busca e apreensão nos processos para apuração de crime contra a propriedade imaterial etc.

Se, entretanto, não houver qualquer juiz prevento, será feita a distribuição, que é um sorteio para a fixação de um determinado juiz para a causa.

## 6.11. CONEXÃO E CONTINÊNCIA

Conforme já mencionado anteriormente, a conexão e a continência não são critérios para a fixação, mas para a prorrogação da competência. Com efeito, quando existe algum vínculo (conexão ou continência) entre duas ou mais infrações, estabelece a lei que deve existir um só processo. Ora, quando essas infrações forem cometidas na mesma comarca e devam ser apuradas pela mesma Justiça não haverá qualquer problema na união. Ocorre, entretanto, que muitas vezes os delitos conexos, de acordo com as regras anteriores, são de competência de comarcas ou Justicas distintas. Nesse caso, como deve haver uma só ação, estabelece o Código de Processo Penal algumas regras para que a competência de uma comarca ou cje uma Justiça prevaleça sobre as demais, julgando a infração que seria de sua alçada e também a outra. Assim, em relação a esta infração penal estará havendo prorrogação da competência. O estudo do tema é feito em três partes: hipóteses de conexão e continência; critérios de prevalência de um foro ou de uma Justiça sobre outra; hipóteses em que, apesar da conexão ou continência, ocorre a separação dos processos.

## 6.12. HIPÓTESES DE CONEXÃO (ART. 76)

Para que exista conexão deve haver um vínculo, uma ligação entre duas ou mais infrações penais. O artigo em destaque enumera essas hipóteses, devendo-se salientar que somente se fala em conexão quando forem praticadas *duas ou mais* infrações (o que não ocorre na continência).

### 6.12.1. CONEXÃO INTERSUBJETIVA

Nesta, as duas ou mais infrações são praticadas por duas ou mais pessoas, sendo que o elo de ligação entre os delitos reside justamente nisso. Dá-se pelas seguintes formas:

a) *Simultaneidade* (ou *ocasional*) se, ocorrendo duas ou mais infrações penais, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas. Ex.: vários torcedores invadem um campo de futebol para agredir o árbitro e seu auxiliar, causando lesões em ambos (dois crimes). Esse caso de conexão é também chamado de ocasional justamente porque não há prévia combinação entre os envolvidos.

b) *Concurso* — se, ocorrendo duas ou mais infrações penais, houverem sido praticadas por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar. Nesse caso, há o liame subjetivo (ajuste) entre os agentes que, portanto, são co-autores ou partícipes. Ex.: dois indivíduos entram em uma casa, onde praticam roubo e estupro. Essa regra aplica-se ainda que os delitos, porventura, tenham sido praticados em momento e local diversos.

c) *Reciprocidade* — se as infrações forem praticadas por duas ou mais pessoas, umas contra as outras. Ex.: lesões corporais recíprocas.

### 6.12.2. CONEXÃO OBJETIVA

São hipóteses em que o vínculo entre as infrações está na motivação de uma delas em relação à outra. Classificam-se em:

- a) *Teleológica* — quando uma infração penal visa assegurar a execução de outra. Nessa hipótese, o vínculo encontra-se na motivação do primeiro delito em relação ao segundo. Ex.: matar o segurança para seqüestrar o empresário.
- b) *Conseqüencial* — quando uma infração visa assegurar a ocultação, a impunidade ou vantagem de outra. Nessas hipóteses, o vínculo encontra-se na motivação do segundo delito em relação ao primeiro. Ex.: atear fogo em uma casa, para que não se descubra o furto nela cometido (garantir a ocultação); matar testemunha ou vítima de crime anterior (garantir a impunidade); matar pessoa que ia pagar o preço do resgate de pessoa seqüestrada (garantir a vantagem do crime anterior).

### 6.12.3. CONEXÃO INSTRUMENTAL OU PROBATÓRIA

Quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Ex.: a prova do crime de furto em relação à receptação.

### 6.13. HIPÓTESES DE CONTINÊNCIA (ART. 77)

- a) Por *cumulação subjetiva* — quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração. Ocorre nas hipóteses de co-autoria ou participação em relação a *um só crime* (o que a diferencia da conexão, que sempre pressupõe duas ou mais infrações).
- b) Por *cumulação objetiva* — em todas as hipóteses de concurso formal, inclusive na *aberratio ictus* e *aberratio criminis* com duplo resultado.

### 6.14. FORO PREVALENTE

Como o art. 79 do Código de Processo Penal dispõe que nos casos de conexão e continência deve haver um só processo, tornou-se necessário estabelecer critérios para que um foro (ou justiça) prevaleça sobre os demais quando os delitos forem de competências distintas. Nessas hipóteses, o prevalente terá sua competência prorrogada, pois estará julgando um delito que, pelas regras gerais, seria de competência de outro.

Os critérios estão elencados no art. 78 do Código de Processo Penal:

1) *No concurso de jurisdições de categorias diversas (instâncias diversas) predominará a de maior graduação.*

Assim, se um prefeito e um funcionário da Prefeitura cometerem um crime, ambos serão julgados pelo Tribunal de Justiça, tendo em vista que o prefeito goza de foro por prerrogativa de função.

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

Conforme já estudado anteriormente, a Justiça Especial subdivide-se em Militar e Eleitoral. Ocorre, entretanto, que o art. 79, 1, do Código de Processo Penal, diz que a Justiça Militar não julga crime comum conexo, de tal forma que o dispositivo em análise só tem aplicação quando se trata de crime comum conexo com crime eleitoral, hipótese em que prevalecerá a competência da Justiça Eleitoral.

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

Assim, se for cometido um homicídio em Santos conexo com um estupro em São Paulo, prevalecerá a competência do Tribunal do Júri (da Comarca de Santos).

*E se houver crime eleitoral conexo com crime de competência do Júri?*

Há dois entendimentos. Uma primeira corrente diz que deve prevalecer a competência da Justiça Eleitoral, uma vez que o Código de Processo Penal diz que o Júri tem prevalência apenas quando conexo com outro crime *comum*. A segunda, que é majoritária na jurisprudência, entende ser necessária a separação de processos e julgamentos, uma vez que tanto a competência da Justiça Eleitoral quanto a do Tribunal do Júri constam da Constituição Federal, não podendo uma prevalecer sobre a outra com base em dispositivos infraconstitucionais.

*4) No concurso de jurisdições da mesma categoria.*

*a) Preponderar a do lugar da infração à qual for cominada a pena mais grave.*

Entende-se por mais grave a maior pena máxima em abstrato. Assim, se um furto simples (1 a 4 anos) for conexo com um estelionato (1 a 5 anos), prevalece a competência do local em que foi cometido o estelionato. Essa regra não se aplica quando há conexão entre um crime da esfera federal com um da estadual. Quando essa forma de conexão ocorre, prevalece a competência da Justiça Federal para ambos os crimes, ainda que o da esfera federal tenha pena menor, uma vez que a competência da Justiça Federal é determinada pela Constituição e não pode ser afastada por regra do Código de Processo Penal.

*Observação:* Se for cometido um crime de aborto com consentimento da gestante (1 a 4 anos) em Nova Friburgo, conexo com um roubo (4 a 10 anos), no Rio de Janeiro, prevalece a competência de Nova Friburgo, pois, apesar de a pena do aborto ser menor, cuida-se de crime de competência do Júri (que prevalece quando há conexão com crime comum).

*b) Prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade.*

Assim, se o agente entra em uma loja em São Paulo e furta três televisores, vendendo-os em seguida a três receptores diversos no município de Ribeirão Preto, pode-se concluir ter havido um único furto em São Paulo e três crimes de receptação em Ribeirão Preto. Prevalece, portanto, a competência desta comarca, uma vez que a pena do furto é igual à da receptação.

*c) Se as penas forem idênticas e em igual número, firmar-se-á a competência por prevenção.*

É o que ocorre quando há conexão entre *um* único furto e *uma* única receptação.

## **6.15. RITO**

Nos casos de conexão entre crimes que tenham ritos processuais diversos, deverá ser seguido o rito mais amplo, ou seja, aquele que assegure maiores oportunidades de defesa ao réu.

## **6.16. CONEXÃO ENTRE A JURISDIÇÃO COMUM E A DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Se houver conexão ou continência entre infração de menor potencial ofensivo e outra mais grave, prevalecerá a competência desta última, inclusive em relação ao rito processual. Há, entretanto, entendimento no sentido de que deve haver cisão dos procedimentos, uma vez que a competência dos juzados está no texto da Constituição

Federal (art. 98, I) e, por isso, não pode ser afastada pela regra do Código de Processo Penal que determina a prevalência do local onde for cometida a infração mais grave.

### 6.17. AVOCAÇÃO

É possível que, apesar da conexão ou continência, tenham sido instaurados processos diferentes, em razão de algum equívoco. Nesse caso, estabelece o art. 82 do Código de Processo Penal que a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante outros juízes. Avocar significa chamar para si. Assim, o juiz prevalente oficia aos demais solicitando a remessa dos autos, para a sua reunião. É claro que os outros juízes podem discordar, hipótese em que deverão suscitar o conflito de jurisdição. A avocação somente é possível se nenhum dos processos estiver com sentença *definitiva*. Nesse sentido também a Súmula 235 do STJ: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

### 6.18. SEPARAÇÃO DE PROCESSOS

Apesar da existência de conexão ou continência, a lei estabelece algumas hipóteses em que deverá ocorrer a separação de processos. Essa separação pode ser obrigatória ou facultativa.

1) Obrigatória (art. 79 do CPP):

*I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;*

*II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.*

Nessas duas hipóteses, a separação dá-se desde o início, ou seja, são iniciadas duas ações autônomas. Já nas hipóteses seguintes (P e 22), o processo inicia-se uno, havendo posterior desmembramento.

§ 1º - *Cessar, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum co-réu, sobrevier o caso previsto no art. 152.*

Assim, havendo dois ou mais réus, se sobrevier doença mental a qualquer deles durante o tramitar da ação, ficará esta suspensa em relação ao doente, prosseguindo em relação aos demais.

§ 2º - *A unidade do processo não importará a do julgamento se houver co-réu foragido que não possa ser julgado à revelia.*

As hipóteses de co-réu que não pode ser julgado à revelia são as seguintes:

1) Se o acusado for citado por edital e não comparecer ao interrogatório nem nomear defensor (art. 366). Nesse caso, o processo fica suspenso em relação a ele, prosseguindo em relação aos demais.

2) Se o acusado não for intimado pessoalmente da sentença de pronúncia nos crimes inafiançáveis (arts. 413 e 414). A ação continua em relação àqueles que foram intimados.

3) Se o réu não comparecer no dia do julgamento em Plenário nos crimes inafiançáveis, hipótese em que será adiado o Júri em relação a ele, prosseguindo em relação aos réus presentes (art. 451, § 12).

b) *Quando ocorrer a hipótese do art. 461.*

No rito do Júri, havendo dois ou mais réus com defensores diversos, caso não coincida a escolha dos jurados, torna-se impossível a composição de Conselho de Sentença único para o julgamento de todos na mesma data. Assim, o processo será desmembrado, julgando-se apenas um deles.

*Observação:* Ocorre também separação obrigatória do processo quando há dois ou mais réus e é aplicada a suspensão condicional do processo em relação a um deles, hipótese em que a ação continua quanto aos demais (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

2) Facultativa (art. 80):

a) *Quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes.*

Desde que tal fato possa prejudicar o tramitar da ação.

b) *Em razão do número excessivo de réus.*

c) *Para não prolongar a prisão provisória de qualquer dos réus.*

d) *Por qualquer outro motivo relevante.*

Em todas as hipóteses, o juiz decidirá a respeito da separação levando em conta a sua conveniência para o bom andamento da ação penal.

## 6.19. DESCLASSIFICAÇÃO E COMPETÊNCIA

Se iniciado o processo, perante um juiz, houver desclassificação para infração de competência de outro, vários caminhos poderão ser seguidos, dependendo da hipótese concreta, uma vez que o Código de Processo Penal traça várias regras distintas a respeito:

a) Em se tratando de um só crime apurado na ação penal, com a desclassificação, o juiz deverá remeter o processo ao juízo competente para o julgamento (art. 74, § 2º).

b) Se a desclassificação ocorrer na fase da pronúncia, o art. 74, § 3º, estabelece que o processo será remetido ao juízo competente, observando-se, nesse caso, o disposto no art. 410, ou seja, o juiz que receber o processo deverá reabrir ao acusado prazo para a defesa e indicação de testemunhas, prosseguindo-se, depois de encerrada a inquirição, de acordo com os arts. 499 e seguintes, ainda que o crime seja apenado com detenção. Esta última ressalva é importante porque, em regra, a fase dos arts. 499 e seguintes somente se aplica aos crimes apenados com reclusão.

c) Se a desclassificação ocorrer em Plenário, em razão das respostas dos jurados aos quesitos, caberá ao juiz-presidente proferir, de imediato, a sentença (arts. 74, § 3, 2 parte. e 492, § 22).

Há, por outro lado, regras específicas para as hipóteses de conexão ou continência quando ocorre desclassificação ou absolvição em relação ao crime que havia dado competência ao juiz:

a) No rito comum, mesmo tendo havido tal desclassificação ou absolvição, o juiz continua competente para julgar a outra infração penal ou o co-réu. Ex.: cabendo ao Tribunal de Justiça julgar crime praticado pelo prefeito em co-autoria com outra pessoa em razão de o primeiro gozar de prerrogativa de foro, caso venha o Tribunal a absolvê-lo, continuará competente para julgar a outra pessoa. Da mesma forma, se um crime de roubo cometido em São Paulo é conexo com um furto qualificado cometido em Campinas e ambos estão sendo apurados em São Paulo, porque a pena do roubo é mais alta, continuará o juiz de São Paulo a julgar o furto qualificado ainda que tenha absolvido o réu pelo roubo (ou que tenha desclassificado tal crime para outro menos grave que o furto qualificado, como, por exemplo, para furto simples). A essa hipótese dá-se o nome *de perpetuatio jurisdictionis* (art. 81, *caput*).

b) Se a pessoa estava sendo processada por um crime doloso contra a vida e por crime comum conexo, caso o Juiz, na fase da pronúncia, desclassifique o crime doloso contra a vida para delito não abrangido pela competência do júri, deverá remeter os autos ao juízo competente, para apreciar ambos os delitos. Recebendo o processo, o juiz deverá observar o rito do art. 410 do Código de Processo Penal.

c) Se, em Plenário, os jurados absolverem o réu em relação ao crime doloso contra a vida, continuam a julgar os crimes conexos, uma vez que, ao julgarem o mérito, firmaram sua competência.

d) Se os jurados, em Plenário, desclassificam o crime doloso contra a vida para delito de outra natureza, nesse caso existem duas orientações na doutrina. A primeira delas, que prevalece na prática, é no sentido de que o julgamento dos crimes conexos se desloca para o juiz-presidente, pois, com a desclassificação, os jurados estar-se-iam declarando incompetentes para o caso. A outra orientação é no sentido de continuarem os jurados a julgar os crimes complexos com fundamento no art. 81, *capuz'*, do Código de Processo Penal (*perpetuatio jurisdictionis*).

## 6.20. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Em face da relevância do cargo ou da função exercida por determinadas pessoas, são elas julgadas originariamente por órgãos superiores da jurisdição e não pelos órgãos comuns. Em razão disso, sendo o delito cometido por uma dessas pessoas, não se aplicam os critérios estudados anteriormente porque a Constituição Federal preestabeleceu o julgamento por Tribunais Superiores. Assim, se o Presidente da República cometer um crime em Florianópolis, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal e não por um dos juízes criminais de Florianópolis.

Apesar de parte da doutrina denominar a hipótese de foro *privilegiado*, a verdade é que não se trata de privilégio, uma vez que a norma não se aplica em benefício à pessoa, mas ao cargo ou função por ela exercido. Trata-se, inclusive, de garantia à sociedade e à Justiça, no sentido de se evitar que o detentor de cargo ou função relevante exerça pressão sobre os juízes das comarcas.

As hipóteses previstas na Constituição são as seguintes (no que se refere à prática de ilícitos penais):

1) *Supremo Tribunal Federal*. Julga o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados Federais e Senadores, os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar), os membros dos Tribunais de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

2) *Superior Tribunal de Justiça*. Julga originariamente os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os Desembargadores e membros dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho, os membros dos Tribunais de Contas dos Municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.

3) *Tribunais Regionais Federais*. Julgam os Juízes Federais, incluídos os da Justiça Militar Federal e da Justiça do Trabalho e os membros do Ministério Público da União que oficiem junto à primeira instância.

4) *Tribunais de Justiça Estaduais*. Julgam os Prefeitos, os Juízes Estaduais (abrangendo os integrantes dos Tribunais de Alçada, do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de primeira instância e os auditores da Justiça Militar) e os membros do Ministério Público Estadual.

No Estado de São Paulo, a Constituição Estadual atribui também ao Tribunal de Justiça competência para julgar o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral do Estado, o Delegado-Geral de Polícia e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

*Observações:*

- 1) O foro por prerrogativa de função estende-se àquele que não goza da prerrogativa mas comete o crime em concurso com os que dela gozam. Nesse caso, ainda que o Tribunal venha a absolver este último, continuará julgando o outro (art. 81, *caput*).
- 2) A denúncia contra quem goza de tal foro deve ser oferecida pelo órgão do Ministério Público em atuação junto ao Tribunal. Ex.: denúncia contra prefeitos municipais deve ser oferecida pelo Procurador-Geral de Justiça.
- 3) Estende-se a competência do Tribunal sobre seu jurisdicionado qualquer que tenha sido o local da prática do delito. Ex.: juiz do Estado de São Paulo comete um crime em outro Estado. Será julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.
- 4) O foro por prerrogativa de função prevalece ainda que o sujeito tenha cometido crime doloso contra a vida.

5) Se a infração é praticada antes de o agente possuir o cargo ou função, deverão ser o inquérito ou ação penal remetidos no estado em que se encontram ao Tribunal, tão logo o agente os assumira.

6) E se a infração for cometida durante o período em que o sujeito ocupa determinado cargo ou função, mas deixa de exercê-lo antes do julgamento?

A resposta é longa, devido à complexidade e relevância do tema. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 1964, editou a Súmula 394, consagrando que, para os crimes cometidos durante o exercício funcional, prevalece a competência do tribunal, ainda que o inquérito ou a ação penal se iniciem após a cessação daquele exercício. O foro por prerrogativa de função foi, assim, mantido, por via jurisprudencial, àqueles que não mais exerciam o cargo ou função. Argumentavam que o exercício do poder somente poderia ser exercido com total independência se houvesse garantias de que o julgamento seria feito nos tribunais, que possuem maior categoria e isenção. Em 1999 o STF cancelou a referida súmula alegando que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, 1. *b*, concedeu a prerrogativa de foro apenas aos que estão no desempenho da função, não alcançando aqueles que não mais exerçam mandato ou cargo (ainda que o delito tenha sido cometido anteriormente). Essa decisão causou grande apreensão em muitos políticos, temerosos em enfrentar juízes de 1ª instância na condição de ex-exercentes de cargos ou mandatos. Por isso, foi aprovada e sancionada a Lei n. 10.268/2002, que alterou o art. 84 do CPP, estabelecendo em seu § 12 que “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”. Veja-se que o dispositivo refere-se apenas a atos administrativos do agente considerados ilícitos, de modo que os ex-exercentes de cargo ou função pública terão direito ao foro privilegiado apenas em relação às infrações penais cometidas no desempenho das funções. Por isso, um Deputado Federal que cometa homicídio por motivo de ciúme será julgado no STF, mas, se o mandato se encerrar antes do julgamento, o processo deverá ser remetido à 1ª instância para prosseguimento. Ao contrário, se o Deputado cometesse um crime de corrupção passiva no desempenho da função, a competência do STF prosseguiria mesmo após o término do mandato, em decorrência da atual redação do art. 84, § 12, do CPP.

Saliente-se, entretanto, que grande número de juristas considera inconstitucional essa nova regra por entender que a Lei n. 10.268/2002, por ser lei ordinária, não pode aumentar as hipóteses de foro por prerrogativa de função que estão previstas expressamente na Constituição Federal.

7) Já a Súmula 451 dispõe que não existe foro por prerrogativa de função quando o delito é cometido após a aposentadoria ou o término do mandato.

## 6.21. EXCEÇÃO DA VERDADE

O art. 85 do Código de Processo Penal estabelece que, nos crimes contra a honra que admitem exceção da verdade, caso esta seja oposta contra querelante que tenha foro por prerrogativa de função, deverá a exceção ser julgada pelo Tribunal e não pelo juízo por onde tramita a ação. Assim, suponha-se que um prefeito, sentindo-se caluniado, ingresse com ação penal contra o ofensor, na Comarca de Presidente Prudente. O ofensor, então, resolve ingressar com exceção da verdade, dispondo-se a provar que a imputação feita contra o prefeito é verdadeira. Pois bem, nesse caso a exceção da verdade será julgada pelo Tribunal de Justiça.

A doutrina entende que apenas a exceção é julgada pelo Tribunal, devendo os autos retornar à comarca de origem para a decisão quanto ao processo originário. Entende-se, também, que o Tribunal limita-se a julgar a exceção, sendo colhidas as provas no juízo de primeira instância.

A regra do art. 85 do Código de Processo Penal somente se aplica quando a exceção da verdade é oposta no crime de calúnia, pois apenas neste delito o querelado tem por finalidade provar que o querelante (prefeito, no exemplo acima) praticou crime.

## 7. QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES (aqui)

O Código de Processo Penal reservou um Título (VI) para cuidar das questões e processos que se mostram como incidentes do processo principal. Incidente é o que ocorre, sobrevém, acessório, superveniente, isto é, todas aquelas controvérsias que devem ser decididas pelo juiz antes de solucionar a lide principal. Tais questões prévias a que deve o julgador ater-se antes de enfrentar o mérito da causa principal dividem-se em:

a) *Questões prejudiciais* (arts. 92 a 94) — são aquelas relativas a um elemento constitutivo do crime e que subordinam, necessariamente, a decisão da causa principal. Nesses casos, há relação de dependência lógica entre a questão prejudicial e a questão principal (ou prejudicada).

b) *Processos incidentes* — são as exceções (arts. 95 a 111), as incompatibilidades e impedimentos (art. 112), o conflito de jurisdição (arts. 113 a 117), a restituição de coisa apreendida (arts. 118 a 124), as medidas assecuratórias (arts. 125 a 144), o incidente de falsidade (arts. 145 a 148) e o incidente de insanidade mental do acusado (arts. 149 a 154).

### 7.1. QUESTÕES PREJUDICIAIS

A controvérsia prejudicial impede o julgamento da causa e, portanto, deve ser solucionada previamente, daí o vínculo de dependência existente entre ambas. Ex.: apreciação da exceção de verdade no crime de calúnia. São elementos da prejudicialidade:

a) *anterioridade lógica* — a decisão da causa principal está subordinada à solução da questão prejudicial;

b) *necessariedade* — não basta a mera dependência lógica, devendo a controvérsia mostrar-se fundamental para a solução da lide;

c) *autonomia* — a questão verdadeiramente prejudicial pode ser objeto de processo

autônomo.

A prejudicialidade é uma forma de conexão em que estão vinculadas as figuras prejudicial e prejudicada.

Quanto ao *grau de influência* sobre a questão principal, divide-se em: a) *total* — quando refere-se a uma elementar da figura típica e, portanto, interfere na existência do crime;

b) *parcial* — quando se relaciona apenas com a existência ou inexistência de circunstância (atenuante, agravante, causa de aumento ou diminuição de pena).

Pode ser dividida, quanto ao *caráter*, em:

a) *Homogênea* (comum ou imperfeita) — quando se insere no mesmo ramo do direito da questão principal. Ex.: re81

1

conhecimento da existência do delito precedente para caracterização da receptação (ambas referem-se ao direito penal).

b) *Heterogênea* (perfeita ou jurisdicional) — refere-se a matéria estranha ao ramo do direito da questão prejudicada. Ex.: discussão acerca de nulidade de casamento (direito civil) para configuração do crime de bigamia (direito penal).

Esta, por sua vez, em relação ao efeito, pode ser:

1) *Obrigatória*. É aquela que, uma vez detectada e considerada relevante para a solução da lide, acarreta, obrigatoriamente, a suspensão do processo. Em tais casos, o juiz criminal não pode julgar a questão prejudicial, devendo aguardar a decisão do juiz cível.

Diz-se que tais questões são *devolutivas absolutas*, pois remetem o julgamento da matéria subordinante, compulsoriamente, para o juízo cível.

É o que ocorre na hipótese prevista no art. 92 do Código de Processo Penal, quando o julgador vislumbra relação de dependência entre a causa principal e controvérsia que repute *séria e fundada*, sobre o *estado civil das pessoas* (estado familiar, cidadania, capacidade). Há, nesse caso, proibição de o juiz pronunciar-se acerca da questão prejudicial, mostrando-se inexorável a suspensão do processo.

Nessa hipótese, em se tratando de crime cuja ação penal é de iniciativa pública, o Ministério Público, se necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que já estiver em curso.

2) *Facultativa*. Hipótese em que a lei confere poder ao juiz penal para decidir se a questão será julgada *incidenter tantum* ou se aguardará a decisão ser proferida no cível (art. 93). São denominadas, também, *devolutivas relativas*.

Dá-se nos casos em que a questão prejudicial *não se refere ao estado das pessoas* e desde que:

— a controvérsia seja de difícil solução:

— a questão não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite;

— já haja processo em curso no cível.

Configurada tal hipótese, pode o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, suspender a ação penal, por prazo razoável e passível de prorrogação, após realização de provas urgentes (assim entendida a inquirição de testemunhas). Findo o prazo fixado para a suspensão, independentemente de haver o juiz cível proferido a decisão, o processo retomará o seu curso, devolvendo-se integralmente ao juiz penal a competência para conhecer a matéria.

Incumbe ao Ministério Público, sendo a ação penal de iniciativa pública, intervir no processo cível para a célere solução da lide.

Em qualquer hipótese, a suspensão do processo acarreta, automaticamente, a suspensão do prazo prescricional (art. 116, 1, do CP).

A decisão do juízo cível é sempre vinculante nos casos relativos ao estado das pessoas. Nas demais hipóteses, a decisão proferida na esfera civil vincula o juiz criminal apenas se proferida no lapso em que o processo está suspenso (*incompetência temporária do juízo criminal*). A decisão proferida sobre questão cível pelo juiz penal, no entanto, não faz coisa julgada na esfera cível, pois decididas incidentalmente. A decisão que determina a suspensão do processo, a requerimento ou *ex officio*, é desafiada por recurso em sentido estrito (art. 581, XVI, do CPP). A decisão que nega a suspensão é irrecorrível (art. 93, § 2, do CPP), devendo a matéria ser discutida em sede de apelação.

## 7.2. EXCEÇÕES aqui

Exceção é procedimento incidental pelo qual o acusado defende-se de modo indireto, visando a extinção da ação ou o retardamento do seu exercício.

Diz-se defesa indireta, em contraposição à defesa direta, toda oposição à pretensão condenatória do autor que não se vincule ao mérito da causa, destinada a extinguir, modificar, impedir ou retardar o exercício da ação penal. Defesa direta é a atividade do acusado voltada para a negativa da existência do fato, da autoria a ele imputada, da tipicidade, da ilicitude e, ainda, da culpabilidade.

As exceções podem ser:

a) *dilatórias* — são aquelas que, uma vez acolhidas, não ensejam a extinção do processo, mas apenas seu retardamento ou transferência de seu exercício (*suspeição, incompetência e ilegitimidade de parte*);

b) *peremptórias* — são aquelas que, quando procedentes, determinam a extinção do processo (*coisa julgada e litispendência*).

A exceção, via de regra, mostra-se como incidente processual próprio do acusado, porém pode ser utilizada pelo autor ou conhecida, de ofício, pelo juiz.

## 7.3. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

A exceção de suspeição, de caráter dilatório, destina-se a afastar juiz a quem se reputa parcial, não isento. Não tem como efeito, portanto, deslocar a causa de juízo, mas afastar a pessoa física do julgador.

Os motivos que ensejam a suspeição estão elencados no art. 254 do Código de Processo Penal: a amizade íntima; a inimizade capital; a circunstância de estar o juiz, seu cônjuge, ascendente ou descendente, respondendo processo análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; o fato de o juiz, seu cônjuge, ou parente consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; o

aconselhamento a uma das partes, acerca de fatos que tenham relação com a causa; o fato de ser o juiz credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; e, ainda, a circunstância de ser o julgador sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Para alguns, tal enumeração é taxativa. Para outros, em razão da essencialidade da imparcialidade do julgador para o exercício da jurisdição, o rol admite interpretação extensiva e emprego de analogia (art. 3º do CPP).

A exceção de suspeição é prioritária em relação às demais, porquanto essas últimas devem ser apreciadas por juiz imparcial. Assim, a exceção tardiamente aforada

evidencia o reconhecimento da isenção do juiz para julgar a causa. O processamento da suspeição pode dar-se de dois modos, de acordo com a iniciativa. Pode o juiz, espontaneamente, declarar-se suspeito, indicando o motivo legal (arts. 97 e 254), caso em que deverá remeter os autos ao substituto legal, intimando-se as partes. A decisão pela qual o juiz abstém-se de apreciar determinada causa, por entender-se suspeito, é irrecorrível. Em não havendo abstenção, pode a parte, por via de petição por ela assinada ou por procurador com poderes especiais, argüi-la.

O autor da exceção, denominado *excipiente*, deve, ao ajuizar o requerimento, mencionar o nome do juiz, chamado *excepto*, e expor as razões nas quais se escora o pedido, bem assim trazer o rol de testemunhas e documentos.

O Ministério Público deve argüir a suspeição por ocasião do oferecimento da denúncia (na própria denúncia ou na promoção lançada no inquérito), salvo se a causa for superveniente.

Parte da doutrina entende que o assistente de acusação não pode argüir a suspeição, em razão da ausência de

84

85

previsibilidade no rol taxativo que elenca as atividades que lhe são permitidas (art. 271 do CPP). Por outro lado, argumenta-se que o ofendido tem interesse na imparcialidade do juiz, tanto mais considerando-se que o julgamento da causa influi no direito a eventual ressarcimento.

Aforada a argüição por qualquer das partes, pode o juiz acolhê-la, suspendendo o andamento do processo e determinando a juntada da petição e documentos que a acompanham, após o que determinará a remessa ao substituto (art. 99 do CPP). Caso rejeite a argüição, o juiz determinará a autuação em apartado e, em três dias, oferecerá resposta, juntando documentos e arrolando testemunhas. Em seguida, os autos serão remetidos, no prazo de vinte e quatro horas, ao Tribunal de Justiça, para julgamento da exceção.

Ordinariamente, a exceção não determina a suspensão do processo. No entanto, o feito terá o andamento susado até o julgamento da argüição se a parte contrária, reconhecendo a procedência do pleito, assim o requerer (art. 102 do CPP). A Câmara Especial do Tribunal de Justiça, competente para o julgamento da exceção, poderá rejeitar liminarmente a argüição ou, considerando-a relevante, designar data para oitiva de testemunhas, passando ao julgamento. Se procedente a argüição, o processo será encaminhado ao substituto legal do *excepto*, declarando-se nulos os atos processuais praticados (arts. 101 e 564, 1, do CPP). Nesse caso, se evidenciado erro inescusável do juiz, deverá ele arcar com as custas referentes à exceção.

Julgando improcedente a exceção, o tribunal determinará a devolução dos autos ao juiz e, em caso de *má-fé* do excipiente, impor-lhe-á multa. O Código de Processo Penal estabelece que a argüição pode dirigir-se contra membro do Ministério Público, hipótese em que o juiz do processo, após ouvir o promotor, colherá as provas e julgará a exceção no prazo de três dias. Se

procedente, oficiará no processo o substituto legal (art. 104 do CPP). A decisão é, em qualquer caso, irrecorrível. A doutrina, entretanto, tem entendido que essa regra não foi recepcionada pela Constituição Federal por ferir o princípio da autonomia do Ministério

Público. Assim, a decisão quanto à suspeição de membro do Ministério Público deve ser solucionada no próprio âmbito da instituição pelo Procurador-Geral. A Súmula 234 do STJ estabelece que a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal (inquérito) não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento de denúncia. Pode ser alegada, também, a suspeição de peritos, intérpretes e funcionários da Justiça, que se processará perante o juiz com quem atue o excepto. Em tal hipótese, o juiz decidirá de plano e sem recurso, determinando o afastamento do órgão auxiliar, se procedente a arguição (art. 105 do CPP). A suspeição do jurado, por outro turno, deve ser alegada oralmente (art. 106 do CPP), imediatamente à leitura que o juiz faz da cédula correspondente (arts. 459, § 22, e 460 do CPP), devendo o juiz decidir a arguição de plano. Não se pode excepcionar autoridade policial (art. 107 do CPP). Os delegados de polícia, no entanto, devem declarar-se suspeitos, restando ao interessado recorrer ao superior hierárquico da autoridade policial, em caso de inobservância espontânea do preceito.

#### **7.4. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO**

A exceção de incompetência de juízo, ou *declinatoriafori* é regulada nos arts. 108 e 109 do Código de Processo Penal e destina-se a corrigir inadequação do foro ou do juízo ao caso a ser julgado.

Se verificar a inobservância a algum dos critérios de fixação de competência (arts. 69 a 91 do CPP), o juiz deve, *ex officio*, declarar-se incompetente (art. 109 do CPP).

86

87

Em não havendo reconhecimento da incompetência pelo juízo, pode a parte opor exceção, oral ou escrita, no prazo da defesa prévia. A inobservância do prazo, cuidando-se de incompetência relativa, opera a preclusão, ocorrendo o que se chama de *prorrogação da competência*. Se se tratar de incompetência absoluta, poderá ser alegada a qualquer tempo. A arguição, que se processa em apartado e não suspende o curso do processo, pode ser aforada pelo acusado ou pelo Ministério Público. Se julgar procedente a exceção, o juiz remeterá o processo ao juízo que entende competente, onde serão aproveitados os atos instrutórios, se ratificados, uma vez que os atos decisórios são nulos (arts. 564, 1, e 567 do CPP). Da decisão que reconhece a incompetência do juízo cabe recurso em sentido estrito (art. 581, II, do CPP). Rejeitada a exceção, descabe qualquer recurso, mostrando-se possível, no entanto, a impetração de *habeas corpus*.

#### **7.5. EXCEÇÃO DE ILEGITIMIDADE DE PARTE**

A posição prevalente na doutrina (Magalhães Noronha, Fernando da Costa Tourinho Filho e Júlio F. Mirabete) é de que tal exceção é cabível tanto em relação à ilegitimidade *ad causam* (titularidade do direito de ação) como no tocante à ilegitimidade *adprocessum* (capacidade para prática dos atos processuais). Entendimento minoritário (Hélio Tornaghi), no entanto, por reputar a exceção instrumento destinado a cuidar dos pressupostos processuais, afirma ser cabível somente nos casos em que se discute a ilegitimidade *adprocessum*.

É exceção privativa do acusado tendente a corrigir erro no pólo ativo da ação, mostrando-se cabível, entre outras, na hipótese em que é oferecida queixa em caso de ação penal de iniciativa pública; na hipótese de oferecimento de denúncia para crimes de ação penal de iniciativa privada; na hipótese de incapacidade do querelante.

Deve o juiz, no entanto, declarar *ex officio* a ilegitimidade, nos casos em que se mostrar manifesta, porquanto constitui causa de rejeição da denúncia ou da queixa (art. 43, III, do CPP).

O processamento é como o da exceção de incompetência de juízo, com a ressalva de que não há prazo fatal para arguição, à semelhança do que ocorre na de litispendência. É efeito do reconhecimento da ilegitimidade *ad causam* a anulação do processo desde o início, em razão da ausência de condição da ação. Caso seja reconhecida a ilegitimidade *ad processum*, isto é, a falta de capacidade processual do representante da parte, a invalidade pode ser sanada a qualquer tempo, mediante ratificação dos atos processuais (art. 568 do CPP).

O recurso em sentido estrito é o cabível contra a decisão que reconhece a procedência da exceção de ilegitimidade de parte (art. 581, III, do CPP). Da decisão pela qual o juiz reconhece espontaneamente a ilegitimidade, cabe recurso em sentido estrito, fulcrado, no entanto, no art. 581, I, do Código de Processo Penal. Contra a decisão que rejeita a arguição não há recurso, ressalvada a possibilidade de impetração de *habeas corpus* ou alegação da matéria em preliminar de apelação.

#### 7.6. EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA

Litispendência é a situação que deflui da existência simultânea de duas ou mais ações idênticas.

Em virtude da inadmissibilidade de imputar-se a alguém duas vezes o mesmo fato tido como criminoso (*non bis in idem*), a lei prevê a possibilidade de aforar-se a exceção de litispendência, de caráter peremptório, que tem como finalidade evitar o processamento paralelo de ações idênticas.

88

89

#### 7.7. EXCEÇÃO DE COISA JULGADA

Idênticas são as ações em que coincidem o *pedido* (via de regra a aplicação de pena), as *partes* e a *causa de pedir* (fato criminoso). Ocorrendo a tríplice identidade, ou seja, o mesmo autor, com fundamento no mesmo fato, ajuizando o mesmo pedido em face do mesmo réu, configurada estará situação de litispendência.

*Obs'ação:* É possível que haja litispendência ainda que os autores da ação sejam diversos. Eo que ocorre, por exemplo, quando, por equívoco, são instaurados dois inquéritos para apurar o mesmo crime. Em um deles, o promotor oferece denúncia. No outro, o promotor não analisa os autos no prazo legal, e a vítima oferece a queixa subsidiária. Trata-se, evidentemente, de situação excepcional, mas a litispendência deve ser reconhecida. Não se pode esquecer, ademais, que *ojus puniendi* é sempre do Estado. É pressuposto, portanto, para a ocorrência da litispendência a existência de dois processos iguais *em curso*. Assim, somente com a citação do réu no segundo processo estará caracterizada a litispendência.

Na exceção de litispendência deve ser observado, no que lhe for aplicável, o disposto sobre a incompetência de juízo (art. 110 do CPP). Pode o juiz, portanto, reconhecê-la de ofício e, assim não o fazendo, deverá a parte argüi-la, oralmente ou por escrito. O incidente corre em apartado e não suspende o curso do processo. A litispendência pode ser alegada a qualquer tempo, não se operando a preclusão se argüida após o prazo da prévia.

Contra a decisão que acolhe a exceção pode ser interposto recurso em sentido estrito (art. 581, III, do CPP). Contra a decisão em que o juiz rejeita a argüição não cabe qualquer recurso, porém pode-se sanar o ilegal constrangimento causado pela violação do princípio do *non bis in idem* por via de *habeas corpus*. Se a litispendência foi declarada de ofício pelo juiz, cabe apelação, pois tal decisão tem força de definitiva (art. 593, II, do CPP).

Também se assenta na proibição de imputar-se a alguém por mais de uma vez o mesmo fato a exceção de coisa julgada cujo caráter é peremptório. Diverge da litispendência pela circunstância de que, em se tratando de coisa julgada, há um segundo processo referente a fato que já foi apreciado e decidido, com sentença passada em julgado, em oportunidade anterior. Na litispendência, por outro turno, há um processo em curso (uma lide pendente), obstando o aforamento de segundo feito relativo ao mesmo fato. Verificada a identidade dos elementos identificadores (*pedido, partes e causa de pedir*) da ação proposta com os daquela em que já houve decisão com trânsito em julgado, torna-se possível a declaração da existência de coisa julgada, de ofício, pelo juiz, determinando-se a extinção do feito ou a rejeição da queixa ou denúncia, se não recebidas.

Não havendo reconhecimento pelo julgador, poderão as partes argüi-la, desde que tenha havido o recebimento da queixa ou denúncia. O processamento é idêntico ao da exceção de incompetência de juízo, ocorrendo em autos apartados e não acarretando a suspensão da ação principal. Não há prazo fatal, no entanto, para seu ajuizamento. A exceção de coisa julgada só poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença (art. 110, § 22, do CPP). A decisão que reconhece a procedência da exceção é desafiada por via de recurso em sentido estrito (art. 581, III, do CPP), ao passo que aquela que rejeita a argüição é irrecorrível, ensejando, no entanto, a impetração de pedido de ordem de *habeas corpus*. Da decisão pela qual o juiz reconhece, *ex officio*, a coisa julgada cabe apelação, em razão de cuidar-se de sentença com força de definitiva (art. 593, II, do CPP).

90

91

*Observação:* Dispõe o Código de Processo Penal, no § 1 do art. 110, que se a parte houver de opor mais de uma exceção, referindo-se às de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, deverá fazê-lo em uma só oportunidade. O desrespeito a tal preceito, no entanto, não impede o reconhecimento posterior de uma delas, pois, como já apontado, podem ser reconhecidas a qualquer tempo.

## 7.8. INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS

O art. 112 do Código de Processo Penal prevê o dever de o juiz, do órgão do Ministério Público, peritos, intérpretes e serventuários ou funcionários da Justiça absterem-se de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que serão declinados nos autos. As hipóteses, elencadas nos arts. 252 e 253 do Código de Processo Penal e aplicáveis também aos demais sujeitos acima citados, são: ter funcionado o cônjuge ou parente do juiz, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou Perito; haver o juiz desempenhado qualquer dessas funções **Ou** servido como testemunha; ter funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de

direito, sobre a questão; o juiz ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até terceiro grau, inclusive, for parte **Ou** diretamente interessado no feito; *nos juízos coletivos*, est o proibidos de servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta **Ou** colateral até o terceiro grau, inclusive. O art. 462 do Código ostenta a proibição de serem jurados 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.

92  
Não ocorrendo o afastamento espontâneo, a parte pode arguir a incompatibilidade ou impedimento, observando-se o procedimento da exceção de suspeição.

## 7.9. CONFLITO DE JURISDIÇÃO

### 7.9.1. CONCEITO

Dá-se o conflito de jurisdição quando dois ou mais juízes consideram-se competentes ou incompetentes para apreciar determinado fato, ou, ainda, quando existir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos. A expressão “conflito de jurisdição” é equivocada, uma vez que é sabido que a jurisdição é una. O correto teria sido o Código utilizar a expressão “conflito de competência”.

7.9.2.

### ESPÉCIES

- a) *conflito positivo de jurisdição* — ocorre quando dois ou mais juízes entendem-se competentes para julgar o mesmo fato criminoso;  
b) *conflito negativo de jurisdição* — ocorre na hipótese em que dois ou mais juízes recusam-se a apreciar determinado fato delituoso.

### 7.9.3. PROCESSAMENTO DO CONFLITO DE JURISDIÇÃO

O conflito pode ser suscitado:

- a) pela parte interessada;  
b) pelo Ministério Público;  
c) por qualquer dos juízes ou Tribunais em causa.

93

Se argüido por juiz ou Tribunal, o conflito será suscitado sob forma de representação; caso seja levantado pela parte ou pelo Ministério Público, ganhará forma de requerimento.

Em qualquer hipótese, deverá o suscitante argüir o conflito por escrito e circunstanciadamente, perante o Tribunal competente, expondo os fundamentos e juntando os documentos comprobatórios (art. 116 do CPP).

Cuidando-se de conflito negativo, pode ser suscitado nos próprios autos, pois o processo, obviamente, não terá prosseguimento até que seja dirimida a questão (art. 116, § 1, do **CPP**).

Em se tratando de conflito positivo, formar-se-ão autos próprios. Distribuído o feito, poderá o relator determinar imediatamente que se suspenda o curso do processo (art. 116. § 2, do CPP). Ordenada ou não a suspensão do processo, o relator requisitará informações às autoridades em conflito, remetendo-lhes cópia do requerimento ou representação. Recebidas as informações, que devem ser prestadas no prazo assinado pelo relator, e após ouvido o Procurador-Geral de Justiça, o conflito será decidido na primeira sessão, salvo se houver necessidade de diligência instrutória. Proferida a decisão, as cópias necessárias serão remetidas às autoridades contra as quais tiver sido

levantado o conflito ou que o houverem suscitado, para a sua execução.

#### 7.9.4. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

As regras de competência são estabelecidas pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, pelas leis processuais e de organização judiciária e pelos regimentos internos dos Tribunais. O Supremo Tribunal Federal julga os conflitos entre Tribunais Superiores ou entre estes e qualquer outro Tribunal (art. 102, 1, *o*, da CF).

Não é possível estabelecer-se conflito entre o Supremo Tribunal Federal e qualquer outro órgão jurisdicional. O art. 117 do Código de Processo Penal prevê o poder de o STF restabelecer sua competência, mediante advocatória, sempre que exercida por qualquer dos juízes ou Tribunais inferiores. A Constituição Federal prevê o mesmo poder ao dispor que lhe cabe o julgamento de “reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (art. 102, 1, *l*).

Ao Superior Tribunal de Justiça compete julgar os conflitos entre quaisquer Tribunais, ressalvada a competência do Supremo Tribunal Federal, bem assim entre tribunais e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a Tribunais diversos (art. 105, 1, *d*, da CF). Ex.: entre juízes de Estados diversos ou entre juiz federal e juiz estadual. Entre Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-Membro, no entanto, não há conflito (Súmula 22 do STJ), sendo a *dúvida* sobre a competência solucionada pelo primeiro.

Compete aos Tribunais Regionais Federais o julgamento dos conflitos entre juízes vinculados ao tribunal (art. 108, 1, *e*, da CF), bem como o conflito verificado, na respectiva Região, entre o juiz federal e o juiz estadual investido na jurisdição federal (Súmula 3 do STJ).

Os Tribunais de Justiça julgam os conflitos entre juízes a ele subordinados, bem como aqueles estabelecidos entre juiz de direito do Estado e a Justiça Militar local (Súmula 555 do STF).

No Estado de São Paulo os conflitos entre juízes estaduais serão sempre solucionados pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça, ainda que os delitos sejam de competência recursal afeta ao Tribunal de Alçada Criminal. A Súmula 59 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízes conflitantes”.

**94**

**95**

#### 7.9.5. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

Cuida-se de conflito estabelecido entre órgão do Poder Judiciário e órgão de outro Poder — Legislativo e Executivo — (divergência entre o juiz da execução e o diretor de estabelecimento penitenciário, p. ex.), ou entre órgãos de Poderes que não o Judiciário (conflito entre promotores de justiça para oferecimento de denúncia, p. ex.). Na primeira hipótese, cabe ao Judiciário solucionar o conflito; na segunda, o conflito é dirimido sem a intervenção judiciária.

*Observações:*

- 1) Meras divergências entre juiz e promotor não caracterizam o conflito de atribuições.
- 2) O conflito de atribuições entre promotores é dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça.
- 3) O conflito de atribuições entre membros do Ministério Público de Estados diversos é

dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça. O mesmo ocorre quando o conflito envolve membros do Ministério Público Federal e Estadual. Essa foi a solução encontrada em virtude da impossibilidade de uma esfera do Ministério Público sobrepor-se à outra na resolução do conflito.

### 7.10. RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS (aqui)

Três são as espécies de coisas **que podem interessar ao processo penal**: os instrumentos utilizados na execução do crime (*instrumenta sceleris*), os bens materiais havidos diretamente da prática do delito (*producta sceleris*) e os bens materiais de valor exclusivamente probatório.

Tendo ocorrido a apreensão de tais coisas, só poderão ser restituídas após o trânsito em julgado da sentença, enquanto perdurar o interesse para o processo (art. 118 do CPP).

Há bens, entretanto, que não podem ser restituídos, pois são objeto de *confisco* (perda em favor da União), ressalvado o direito do lesado e do terceiro de boa-fé. Esses bens, elencados no art. 91, II, do Código Penal, são: a) instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

O confisco é efeito automático da condenação, prescindindo de declaração expressa na decisão, e não se opera quando o bem é reclamado pelo lesado ou terceiro de boa-fé. Quando cabível a restituição, poderá ser feita pela autoridade policial ou pelo juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.

#### 7.10.1. RESTITUIÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL

É possível na fase do inquérito policial. A autoridade policial, antes de decidir, deve ouvir o Ministério Público, nos termos do art. 120, § 3, do Código de Processo Penal.  
*Requisitos:*

- a) tratar-se de coisa restituível (não sujeita a confisco) e não existir interesse na manutenção da apreensão;
  - b) não haver dúvida quanto ao direito do reclamante;
  - c) a apreensão da coisa não tiver sido realizada em poder de terceiro de boa-fé.
- Se decidir pela devolução, a autoridade anexará termo aos autos, que deve ser assinado pelo interessado.

#### 7.10.2. RESTITUIÇÃO PELO JUIZ

Se o direito do reclamante for indubitoso, poderá o juiz, mediante simples termo nos autos, ordenar a devolução dos bens, desde que sejam restituíveis e não subsista interesse para o processo.

Caso não seja manifesto o direito do reclamante, o requerimento deve ser autuado em apartado, iniciando-se o processo incidente de restituição.

Ocorrerá, então, a instrução do feito, devendo o requerente, no prazo de cinco dias, produzir prova de seu direito.

Se as coisas foram apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, será deferido igual prazo para instruir o procedimento. Nesta última hipótese, ambos disporão de dois dias para arrazoar (prazo comum).

Finda a instrução, o juiz ouvirá o Ministério Público e proferirá decisão.

Se houver elementos nos autos que permitam o convencimento acerca do direito do reclamante, o juiz deferirá a restituição.

Em caso de dúvida sobre a quem devam ser restituídos os bens, o juiz indeferirá o

pedido, remetendo as partes para o juízo cível e ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea (art. 120, § 42).

#### 7.10.3. COISAS FACILMENTE DETERIORÁVEIS

Em se tratando de coisas perecíveis, pode o juiz optar por duas soluções (art. 120, § 52, do **CPP**):

- a) determinar a avaliação e posterior venda em leilão, depositando-se o dinheiro apurado;
- b) entregá-las ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade.

#### 7.10.4. RECURSOS

A decisão que remete a solução da controvérsia ao cível, embora não solucione a causa, esgota a possibilidade de sua discussão perante a jurisdição criminal, daí sua definitividade, o que revela a apelação como recurso cabível (art. 593, II, do CPP).

#### 7.10.5. DESTINO DOS BENS

a) As coisas adquiridas com o proveito da infração, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, serão leiloadas, e o dinheiro apurado reverterá em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé (arts. 121 e 133 do CPP).

b) Em se tratando de coisas confiscáveis, decorrido o prazo de noventa dias, a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória, o juiz ordenará a venda em leilão (art. 122 do

**CPP**).

e) Pode o juiz, no entanto, em relação aos instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e às coisas confiscadas, determinar a inutilização ou recolhimento a museu criminal, caso haja interesse em sua conservação (art. 124 do CPP).

d) Não se cuidando de coisas confiscáveis, se no prazo de noventa dias, após transitar em julgado a sentença final, condenatória ou absolutória, não houver reclamação e desde que não pertençam ao réu, os bens serão leiloados, depositando-se o valor correspondente à disposição do juízo de ausentes (art. 123 do CPP).

7.11.

#### MEDIDAS

#### ASSECURATÓRIAS

A prática da infração, além de lesar a coletividade, acarreta danos à vítima. Visando assegurar a efetiva reparação do prejuízo causado ao ofendido, o Código de Processo Penal prevê três modalidades de medidas cautelares: a) seqüestro; b) hipoteca legal; e) arresto.

A utilidade de tais instrumentos evidencia-se pela impossibilidade de provimento de mérito instantâneo, o que poderia acarretar significativa modificação da situação de fato, de modo a tornar a prestação jurisdicional reparatória ineficaz.

**98**

99

A adoção dessas medidas precautórias no juízo penal 7.12.5. PROCEDIMENTOS E RECURSO

independe do prévio ajuizamento de ação civil. São questões incidentes que devem ser processadas em Decreto o seqüestro, o juiz expedirá mandado e, após, apartado, para que não haja tumulto processual. determinará a sua inscrição no Registro de Imóveis, para alertar

terceiros acerca da destinação do bem ao cumprimento de res 7.12 **SEQÜESTRO** civil decorrente do ato ilícito. A decisão que decreta o seqüestro é apelável (art. 593, O seqüestro pode recair sobre bens móveis ou imóveis. do CPP). 7.12.1. **SEQÜESTRO DE BENS IMÓVEIS** 7.12.6. **EMBARGOS AO SEQÜESTRO** Podem ser objeto de seqüestro os imóveis adquiridos pelo O Código empregou o termo “embargos” para referir-se agente com os proveitos da infração, ainda que transferidos tanto à defesa apresentada pelo terceiro que aduz não haver ali- a terceiros (art. 125 do CPP). enado ou transferido o bem, ou que alegue boa-fé, como à re sistênci exercida pelo indiciado ou réu (tecnicamente deno 7.12.2 **OPORTUNIDADE E COMPETÊNCIA** minada contestação). Podem opor os embargos: É cabível o seqüestro no curso da ação penal ou na fase a) indiciado ou réu; do inquérito policial, porém somente o juiz pode decretá-lo. b) terceiro senhor e possuidor; c) terceiro de boa-fé que adquiriu o imóvel a título one 7.12.3 **INICIATIVA** roso.

O seqüestro pode ser decretado *de ofício* pelo juiz, Os embargos serão julgados pelo juiz penal.

que deverá baixar portaria e ordenar a autuação em apenso, *Levantamento do seqüestro*: Levantamento é a perda de ou a *requerimento* do Ministério Público ou do ofendi- eficácia da medida. Pode ocorrer nos seguintes casos (art. 131): do, ou mediante *representação* da autoridade policial (art. a) se a ação penal correspondente não for ajuizada no 127 do CPP). prazo de sessenta dias, a contar da data em que ficar concluída a diligência; 7.12.4. **REQUISITOS** b) se o terceiro de boa-fé prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, *b*, segunda parte, do Có Par a decretação do seqüestro é necessária e suficiente digo Penal, ou seja, se garantir o valor que constitua provento

a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos auferido pelo agente com a prática criminosa, quantia essa bens (art. 126 do CPP). que poderá reverter em favor da União; 100 101

a) prova cabal da existência material do fato criminoso:

c) se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença passada em julgado.

7.12.7. **SEQÜESTRO DE MÓVEIS**

Se o réu adquiriu bens móveis com os proventos ou produtos do crime, poderão eles ser objeto de seqüestro.

Tal medida, no entanto, só será decretada se o bem não foi apreendido em medida de busca e apreensão efetivada nos termos do art. 240 do CPP, ou quando incabível tal providência.

No mais, aplicam-se as disposições relativas ao seqüestro de bens imóveis, no que couberem.

**7.13. HIPOTECA LEGAL**

A segunda modalidade de medida assecuratória regrada pelo Código é a hipoteca.

7.13.1. **CONCEITO E FINALIDADE**

Hipoteca legal é o direito real de garantia que tem por objeto bens imóveis pertencentes ao devedor que, embora continuem em seu poder, asseguram, precipuamente, a satisfação do crédito.

Destina-se a assegurar a reparação do dano causado à vítima, bem assim o pagamento de eventual pena de multa e despesas processuais, tendo a primeira preferência sobre estas últimas.

#### 7.13.2. OPORTUNIDADE E REQUISITOS

A especialização da hipoteca pode ser requerida em qualquer fase do processo (art. 134 do CPP).

Para que se possa realizar a inscrição da hipoteca, devem estar presentes dois requisitos:

b) indícios suficientes de autoria.

#### 7.13.3. LEGITIMIDADE

A especialização da hipoteca pode ser requerida:

a) pelo ofendido, seu representante legal ou herdeiros;

b) pelo Ministério Público, desde que o ofendido seja pobre e requeira a efetivação da medida ou se houver interesse da Fazenda Pública.

#### 7.13.4. PROCESSAMENTO

A parte deve ajuizar petição, estimando o valor da responsabilidade civil, e designará os bens que terão de ficar especialmente hipotecados (art. 135 do CPP). Tal requerimento deve ser instruído com as provas ou indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, assim também com relação aos imóveis que possuir o responsável, além daqueles apontados como objeto da hipoteca e com documentação comprobatória do domínio (art. 135, § 1, do CPP).

Após determinar a autuação em apartado (art. 138 do CPP), o juiz deverá arbitrar o valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis.

Em seguida, as partes serão ouvidas no prazo de dois dias, que correrá em cartório, e o juiz, se entender presentes os requisitos legais, determinará a inscrição da hipoteca legal. Com a inscrição, o bem torna-se inalienável.

#### 7.13.5. LIQUIDAÇÃO

A hipoteca será cancelada se, por sentença irrecurável, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade (art. 141

102

103

**do CPP**), caso em que deve o interessado postular no juízo cível eventual reparação do dano.

Caso sobrevenha sentença condenatória, os autos serão remetidos ao juízo cível, após o trânsito em julgado, para que se promova a execução (arts. 63 e 143 do CPP).

*Observação:* Ainda que presentes os pressupostos para a inscrição da hipoteca, pode o juiz deixar de proceder à inscrição, desde que o réu ofereça *caução* suficiente, em dinheiro ou em títulos da dívida pública, pelo valor de sua cotação em Bolsa.

#### 7.14. ARRESTO

**O art. 137** do Código de Processo Penal ostenta impropriedade terminológica, uma vez que empregou o termo “seqüestrados” para designar bens suscetíveis de *arresto*.

##### 7.14.1. OBJETO

Enquanto o seqüestro recai necessariamente sobre bens relacionados à prática criminosa (adquiridos com os proventos da infração), o *arresto* consiste na constrição de bens móveis pertencentes ao agente, para garantir a satisfação da pretensão indenizatória do ofendido.

Podem ser objeto de *arresto* aqueles bens suscetíveis de penhora. As coisas impenhoráveis (art. 649 do CPC), portanto, não são *arrestáveis*.

Saliente-se, novamente, que não serão objeto de arresto os produtos e proventos do crime, porquanto sujeitos a seqüestro e busca e apreensão. O arresto, como a hipoteca, pressupõe a existência de prova da existência material do crime, bem assim de indícios de autoria e pode ser requerido pela parte ou pelo Ministério Público, em relação a este, quando houver interesse da Fazenda ou se o ofendido for pobre e o requerer.

**O pedido será autuado em apartado (art. 13X do CPP).**

*Observações:*

- 1) Se os bens forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, serão avaliados e levados a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado.
- 2) Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, os autos serão remetidos ao cível (fis. 143). Advindo decisão absolutória irrecorrível ou declaração de extinção da punibilidade, o arresto será levantado, e os bens devolvidos ao acusado (art. 141 do CPP).

7.14.2.

DISTINÇÃO

O próprio produto do crime, quando encontrado nas diligências efetuadas por policiais, será apreendido e, depois de realizadas as perícias necessárias, será devolvido ao proprietário. igualmente, se houver notícia de que tal objeto está em certo local, será determinada a medida de busca e apreensão. **Já** os bens que o autor da infração adquirir com os proventos do crime, móveis ou imóveis, serão objeto de seqüestro. Por fim, outros bens do réu — não adquiridos com os proventos — serão objeto de hipoteca legal (imóveis) ou arresto (móveis). Lembre-se que o seqüestro, a hipoteca e o arresto têm por finalidade garantir o ressarcimento do prejuízo sofrido pela vítima em decorrência do delito.

**7.15. INCIDENTE DE FALSIDADE**

Se alguma das partes suspeita da falsidade de um documento, poderá requerer por escrito a instauração de processo incidente tendente a constatar tal circunstância.

104

105

7.15.1. LEGITIMIDADE

Podem suscitar o incidente de falsidade:

- a) o réu ou querelado;
- b) a vítima (ainda que não habilitada como assistente);
- c) o Ministério Público ou o querelante;
- d) o juiz, de ofício.

A lei não proíbe a argüição pelo sujeito que juntou o documento aos autos. Possível a argüição de falsidade por procurador com poderes especiais (art. 146 do CPP).

7.15.2.

PROCESSAMENTO

Se deferida a instauração do incidente, o juiz ordenará a autuação em apartado, assinando prazo de quarenta e oito horas para a parte contrária oferecer resposta. Após, será aberto prazo, sucessivamente, a cada uma das partes (e para o Ministério Público, se atuar como *custos legis*), para produção de provas (via de regra o exame pericial do documento). Posteriormente, poderá o juiz determinar a realização de diligências que entender necessárias, seguindo-se decisão.

7.15.3.

RECURSO

Julgada procedente ou improcedente a argüição, caberá recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XVIII. do Código de Processo Penal.

7.15.4.

EFEITOS

Se o juiz reconhecer a falsidade, por decisão transitada em julgado, determinará o desentranhamento do documento

e remessa ao Ministério Público para apurar a responsabilidade pela falsificação. O incidente destina-se, portanto, a afastar dos autos o documento inautêntico, o qual não pode servir como meio de prova no processo principal. A decisão, qualquer que seja seu teor, não faz coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil. Assim, mesmo que reconhecida a falsidade no incidente, pode sobrevir absolvição em eventual processo instaurado para apurar o crime de falso.

#### **7.16. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO**

Havendo dúvida quanto à imputabilidade do acusado, será instaurado processo incidente para aferição de sua saúde mental. Não bastam meras suposições acerca da higidez mental do réu para instauração do incidente, mostrando-se necessário que a dúvida advinha de elementos de convicção existentes nos autos.

##### **7.16.1. OPORTUNIDADE E LEGITIMIDADE**

O incidente pode ser instaurado em qualquer fase do processo ou do inquérito. A instauração do incidente é sempre determinada pelo juiz, ainda que em fase de inquérito, e pode dar-se:

- a) de ofício;
- b) a requerimento do Ministério Público;
- c) a requerimento do defensor, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado;
- d) por representação da autoridade policial.

106

107

##### **7.16.2. PROCESSAMENTO**

Após instaurar o incidente por via de portaria, o juiz nomeará curador ao réu ou indiciado. Nessa mesma oportunidade, o juiz nomeará dois peritos para realização do exame, intimando-se as partes, em seguida, para oferecimento de quesitos. Caso o incidente seja instaurado na fase do inquérito, os peritos responderão somente aos quesitos do juiz e do Ministério Público.

Se instaurado no curso da ação penal, o incidente determina a suspensão do processo, ressalvada a realização de diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento. O prazo prescricional flui durante o período de suspensão. Caso instaurado em fase de inquérito policial, não haverá suspensão do feito, por ausência de previsão legal. O incidente será processado em apartado, só ocorrendo o apensamento após a apresentação do laudo (art. 153 do CPP).

Se o acusado estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, podendo o exame ser realizado em outro estabelecimento adequado na sua falta. Se solto o réu e havendo requerimento por parte dos peritos, poderá o juiz designar estabelecimento adequado para realização do exame.

O exame deve ser realizado no prazo de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo, situação em que poderá o juiz prorrogá-lo (art. 150, § 1, do **CPP**).

##### **7.16.3. EFEITOS DA JUNTADA DO LAUDO**

O incidente não será decidido pelo juiz, uma vez que a imputabilidade será analisada por ocasião da sentença de mérito. Se os peritos concluírem pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu à época da ação, a ação penal seguirá

nos seus ulteriores termos, porém com intervenção necessária do curador, a quem cumprirá acompanhar os atos processuais (art. 151 do CPP). Em havendo conclusão de que a doença mental sobreveio à infração, o processo continuará suspenso, aguardando o restabelecimento do acusado. Nessa hipótese, pode o juiz ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário. Se houver restabelecimento do acusado, o feito retomará seu curso, desde que não se tenha operado a prescrição.

*Observações:*

- 1) Não é possível embasar a decisão do incidente de insanidade em laudo referente a outro processo, uma vez que a imputabilidade deve ser constatada ao tempo da ação ou omissão.
- 2) A falta de nomeação de curador ao acusado no incidente é causa de nulidade do processo.
- 3) A decisão que determina a instauração do incidente é irrecurável.
- 4) O juiz não está adstrito às conclusões dos peritos, podendo determinar a realização de novo exame e, até mesmo, afastá-las, desde que fundamentadamente.
- 5) Se a doença ou perturbação mental sobrevier no curso da execução da pena privativa de liberdade, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, determinar a substituição da pena por medida de segurança (art. 183 da Lei de Execuções Penais).

## **8. DA PROVA**

**1. Conceito.** Provar significa demonstrar, no processo, a existência ou inexistência de um fato, a falsidade ou a veracidade de uma afirmação. Prova é, portanto, o mecanismo pelo qual se tenta estabelecer a verdade de uma alegação ou de um fato.

108

109

**2. Objeto.** Busca-se com o processo a reconstrução histórica do fato tido como criminoso. São objeto de prova, pois, todos aqueles fatos, acontecimentos, coisas e circunstâncias relevantes e úteis para formar a convicção do julgador acerca do ocorrido, para que possa dar solução à lide penal.

Não precisam, portanto, ser provados:

- a) os fatos inúteis na apuração da causa;
- b) os fatos notórios, ou seja, a verdade sabida. Ex.: desnecessária a prova de que dia 15 de novembro é a data da proclamação da República;
- e) os fatos em relação aos quais exista presunção legal. Ex.: inimputabilidade do menor de 18 anos.

Por outro lado, os fatos admitidos ou aceitos pelas partes (incontroversos) precisam ser provados, uma vez que no processo penal vigora o princípio da verdade real, não podendo o juiz tomar como verdadeiros os fatos apenas porque as partes o admitiram. Ex.: a simples confissão do réu ou a ausência de impugnação especificada acerca de uma alegação da acusação não isentam o autor da ação de produzir a prova do fato. O direito, em regra, não precisa ser provado, uma vez que se presume estar o juiz instruído sobre ele (*jura novit curia*). Há exceções no tocante a tal regra, devendo ser objeto de prova:

- a) as leis estaduais e municipais;
- b) os regulamentos e portarias;
- e) os costumes;
- d) a legislação estrangeira.

**3. Meios de prova.** Pode servir de prova tudo o que, direta ou indiretamente, seja útil na apuração da verdade real. O Código de Processo Penal enumera algumas delas (testemunhal

documental, pericial etc.). A enumeração, entretanto, não é taxativa, podendo servir de prova outros meios não previstos na lei: filmagens, fotografias etc. São as chamadas provas *inominadas*.

Assim, via de regra, todas as provas são admissíveis, O princípio da verdade real, no entanto, não confere às partes ou ao juiz a faculdade de violar normas legais para sua obtenção ou introdução no processo. A vedação encontra-se na própria Constituição Federal (art. 52, LVI). São proibidas, portanto:

a) *As provas ilícitas* — são aquelas em cuja obtenção há violação de norma de direito material, isto é, diz-se ilicitamente obtida a prova quando violado um direito que determinada pessoa tem tutelado independentemente do processo. Ex.: as provas obtidas com violação do domicílio (art. 52, XI, da CF), das comunicações (art. 52, XII, da CF), mediante tortura etc.

Importante lembrar que a Lei n. 9.296/96 disciplinou as hipóteses e a forma em que é admitida a interceptação telefônica, para fim de investigação criminal ou instrução processual penal. Pode o juiz, portanto, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, determinar a interceptação, desde que: a) o crime seja apenado com reclusão; b) haja indícios razoáveis de autoria ou de participação na infração; e e) não exista outro meio de produzir a prova. O procedimento será sigiloso e correrá em autos apartados.

Há tendência, jurisprudencial e doutrinária, em considerar inadmissível a *prova ilícita por derivação*. Adotam os defensores dessa opinião a *teoria dos frutos da árvore envenenada* (*fruits of poisonous tree*), segundo a qual a prova em si mesma lícita, mas que foi obtida por intermédio de informação obtida ilicitamente, deve também ser considerada ilícita. Ex.:

prova ilícita por derivação é a apreensão de entorpecente em veículo abordado por policiais (prova em princípio lícita), os quais obtiveram a informação acerca do transporte da substância por meio de interceptação telefônica ilegal.

110

lii

Para alguns, a proibição de utilizar-se as provas ilicitamente obtidas é temperada pelo *princípio da proporcionalidade*, segundo o qual é necessário admitir certa flexibilidade quando se cuida do tema, sob pena de praticar-se injustiça. Assim, em casos de extrema gravidade e quando o princípio da proibição da prova ilícita mostrar-se em conflito com outros valores fundamentais (como o direito de defesa, constitucionalmente tutelado), pode-se admitir os elementos de convicção obtidos com violação de norma de direito substancial.

b) *As provas ilegítimas* — são aquelas obtidas ou introduzidas com violação de regras do direito processual. Nesse caso há violação de norma garantidora de interesse vinculado ao processo e sua finalidade. Ex.: utilização no Plenário de Júri de prova juntada nos três dias que antecedem o julgamento, oitiva de testemunha que está proibida de depor etc.

*Observações:*

1) As provas ilícitas ou ilegítimas, porquanto vedadas, não devem ser introduzidas no processo. Se já anexadas aos autos, devem ser desentranhadas.

2) Não se admite também a produção de prova com invocação do sobrenatural ou que sejam incompatíveis com a dignidade humana.

3) O art. 155 do Código de Processo Penal, por sua vez, dispõe que, quanto à prova

referente ao estado das pessoas (casamento, nascimento, parentesco etc.), devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

**4. Finalidade das provas.** A atividade probatória destina-se a fornecer ao julgador, destinatário da prova, elementos suficientes para que possa conhecer a verdade acerca do fato delituoso e, assim, aplicar o direito.

**5. Sistemas de valoração das provas.** Pode-se classificar os sistemas de apreciação da prova em quatro grupos:

a) Sistema *das provas irracionais* (ou *sistema ordálio*). Adotado na Antiguidade. A decisão acerca da veracidade dos fatos era entregue a um ser sobrenatural. Uma das partes (ordálio unilateral) ou ambas (ordálio bilateral) eram submetidas a uma prova e, de acordo com o resultado, decidia-se o conflito. Ex.: submissão do acusado à prova do ferro em brasa, que devia ser seguro sem produzir queimadura; deixarem as partes os braços estendidos, perdendo a questão aquela que primeiro os deixasse cair.

b) Sistema *da prova legal* ou *da certeza moral do legislador*. A lei atribui a cada prova um valor, não podendo o juiz desvincular-se de tais parâmetros. O juiz não tem poder de apreciação pessoal, motivada ou não. Foi utilizado, principalmente, dos séculos XIII a XVffl. Ex.: a lei prevê a confissão como prova absoluta, inadmitindo-se qualquer demonstração em contrário.

c) Sistema *da íntima convicção* ou *da certeza moral do juiz*. A lei atribui ao julgador a liberdade plena para avaliação das provas (valoração *secundum conscientiam*), não mostrando-se necessária a fundamentação da decisão. Vigora apenas para as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, já que os jurados não fundamentam sua decisão.

d) Sistema *da livre convicção do juiz* ou *da persuasão racional do magistrado*. O livre convencimento, sistema consagrado pelos modernos ordenamentos, é o adotado, como regra, pelo Código (art. 157). O juiz deve sopesar todas as provas existentes nos autos, formando livremente seu convencimento, que, no entanto, deve fazer-se acompanhar de motivação (indicação dos caminhos intelectuais que o permitiram chegar às conclusões).

**6. Ônus da prova,** O art. 156 prevê que a prova da acusação incumbe a quem a fizer.

113

112

Assim, a acusação deve provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva (a ocorrência do fato típico, a autoria, bem como o dolo ou culpa). Cabe à defesa, por sua vez, provar eventuais fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito de punir postulado em juízo (as excludentes de ilicitude, de culpabilidade etc.).

Veja-se, entretanto, que o art. 156, atento ao princípio da verdade real, permite expressamente que o juiz tome a iniciativa de determinar, de ofício, a produção de provas que entender relevantes.

No processo penal vigora o princípio da *comunhão da prova*, segundo o qual os elementos de convicção servem a ambas as partes e não apenas ao sujeito que a produziu.

**7. Classificação das provas.** Quanto à *natureza*:

a) *direta* — diz-se direta a prova quando, por si só, demonstra o fato controvertido;

b) *indireta* — é a prova que demonstra um fato do qual se deduz o fato que se quer provar.

Quanto ao *valor*:

a) *plena* (*perfeita* ou *completa*) — é aquela apta a conduzir o julgador a um juízo de certeza;

b) *não plena* (*imperfeita* ou *incompleta*) — traz apenas uma probabilidade acerca da ocorrência do fato e de sua autoria. Ex.: indícios.  
Quanto à origem:

a) *originária* — quando não há intermediários entre o fato e a prova (testemunha presencial);

b) *derivada* — quando existe intermediação entre o fato e a prova (testemunho do testemunho, p. ex.).

Quanto à fonte:

a) *pessoal* tem como fonte alguma manifestação humana (testemunho, confissão, conclusões periciais, documento escrito pela parte etc.);

b) *real* — tem como fonte a apreciação de elementos físicos distintos da pessoa humana (o cadáver, a arma do crime etc.).

**8. Prova emprestada (ou trasladada).** É aquela colhida em uma ação e transportada para outro processo, no qual será utilizada. Para alguns é válida somente quando se destina a gerar efeito contra uma das partes do processo originário no qual foi produzida, pois afirma-se que, em caso contrário, haveria violação do princípio do contraditório.

**9. Momentos da atividade probatória.** As provas são:

a) propostas (requeridas); b) admitidas (juízo de admissibilidade pelo julgador); e) produzidas (introduzidas no processo); e apreciadas (juízo de valoração pelo magistrado).

## 8.1. DAS PERÍCIAS EM GERAL E DO EXAME DE CORPO DE DELITO

### 8.1.1. CONCEITO E OBJETO

É o exame realizado por pessoa com conhecimentos específicos sobre matéria técnica útil para o deslinde da causa, destinado a instruir o julgador. A perícia pode ter por objeto escritos, cadáveres, pessoas lesionadas, instrumentos do crime etc.

### 8.1.2. LAUDO PERICIAL

É o documento elaborado pelos peritos com base naquilo que por eles foi observado.

São *partes do laudo*:

a) preâmbulo;

b) quesitos (reprodução dos quesitos formulados pelas partes);

e) histórico;

d) descrição (é a parte mais importante do laudo, em que deve o perito procurar transformar em palavras as sensações que experimenta ao realizar o exame);

e) discussão; f) conclusão; e

g) resposta aos quesitos.

O laudo não deve conter qualquer conclusão de ordem jurídica, uma vez que tal juízo é exclusivo do magistrado.

### 8.1.3. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA

A realização pode ocorrer na fase do inquérito ou durante o processo, por determinação da autoridade policial (art. 6, VII, do CPP) ou do juiz (de ofício ou a requerimento das partes). Não viola o princípio do contraditório a realização de perícia na fase policial e a não-repetição em juízo, pois pode-se apresentar quesitos (art. 176 do CPP), criticar o laudo apresentado, requerer fundamentadamente a complementação ou realização de novo exame (art. 181 do CPP) etc. As partes não intervirão na nomeação dos peritos (art. 276 do CPP).

A perícia deve ser realizada, em regra, por dois peritos oficiais (art. 159 do CPP). Na

sua falta, deverá a autoridade nomear duas pessoas idôneas e com formação específica (peritos não oficiais), que prestarão compromisso. É nulo o exame pericial realizado por apenas um perito (Súmula 361 do STF). Havendo divergência entre os peritos, será nomeado terceiro perito para se manifestar. Caso haja necessidade de exame por carta precatória, o juízo deprecado nomeará os peritos.

8.1.4. VINCULAÇÃO DO JUIZ AO LAUDO  
Entre nós foi adotado o sistema *liberatório*, segundo o qual o juiz, fundamentadamente, poderá rejeitar, no todo ou em parte, as conclusões dos peritos. O laudo não vincula também os jurados. O sistema em que o juiz está adstrito às conclusões dos peritos, por sua vez, denomina-se *i'nculatório*.

8.1.5. O EXAME DE CORPO DE DELITO. DISTINÇÃO ENTRE EXAME DE CORPO DE DELITO E CORPO DE DELITO  
*Corpo de delito* é o conjunto de elementos sensíveis (vestígios) deixados pelo crime, isto é, todas aquelas alterações perceptíveis no mundo das coisas e derivadas da ocorrência do delito que, de alguma forma, comprovam a existência desse fato. *Exame de corpo de delito*, por outro lado, é a atividade voltada para a captação desses vestígios e posterior elaboração de documento que registre a existência de tais elementos (laudo). O exame de corpo de delito pode ser:  
a) *direto* — realizado sobre o próprio corpo de delito;  
b) *indireto* — é aquele realizado sobre dados e vestígios paralelos, como, por exemplo, a ficha médica da vítima.  
Nos termos do disposto no art. 158 do Código de Processo Penal, é obrigatória a realização de exame de corpo de delito, direto ou indireto, nas infrações que deixam vestígios (*delitos não transeuntes* — ex.: homicídio, furto qualificado pelo arrombamento, incêndio, lesões corporais etc.), não podendo supri-lo a confissão do acusado.

O art. 167 do mesmo Código, entretanto, dispõe que, uma vez inviabilizada a realização do exame pelo desaparecimento

116

117

—

dos vestígios, a prova testemunhal poderá suprir—lhe a falta (prova não pericial, que não se confunde com a prova pericial indireta). Para que se aceite a prova testemunhal é necessário que o desaparecimento não possa ser imputado aos órgãos estatais incumbidos da persecução penal. Assim, a demora injustificada na realização do exame e o conseqüente desfazimento dos elementos não autoriza a prova testemunhal. A inexistência do exame nas infrações que deixam vestígios é causa de nulidade da ação penal (art. 564, III, b, do CPP), ressalvada a possibilidade do suprimento acima apontado.

*Observações:*

- 1) O exame realizado em um cadáver para constatar a causa da morte é chamado *exame necroscópico* (*necropsia* ou *autópsia*). O Código de Processo Penal regula também a *exumação* (desenterramento de cadáver para realização de exame).
- 2) Nos crimes de falsificação de documento realiza-se o *exame docuinentoscópico*, para se constatar eventual falsidade material, e o *grafotécnico*, quando possível, a fim de se apurar o responsável pelo preenchimento e lançamento da assinatura.
- 3) Cuidando-se de delito de lesão corporal grave em razão da incapacidade da vítima para as ocupações habituais, por mais de trinta dias (art. 129, § 12, 1, do Código Penal), deverá ser realizado *exame complementar* após o trigésimo dia (art. 168, § 2, do Código

de Processo Penal). A falta do exame complementar, entretanto, pode ser suprida pela prova testemunhal (art. 168, § 32, do CPP).

A expressão *exame complementar* também é utilizada quando o laudo apresenta alguma falha ou omissão, hipótese em que o juiz determinará ao perito que supra a formalidade faltante, complemente ou esclareça o laudo (art. 181 do CPP).

4) No furto cometido mediante destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou por meio de escalada,

deverão os peritos, além de descrever os vestígios, indicar com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado (art. 171 do CPP).

5) No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver iniciado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem para a elucidação do fato (art. 173 do CPP).

6) Deve ser realizada *avaliação* de coisas destruídas, deterioradas, subtraídas ou que constituam produto do crime. Se impossível a avaliação direta, os peritos farão a avaliação através dos elementos constantes dos autos e dos que resultarem das diligências (art. 172 do CPP).

## 8.2. INTERROGATÓRIO

### 8.2.1. CONCEITO E NATUREZA

É um ato no qual o juiz ouve o acusado acerca da imputação que lhe é feita.

O interrogatório tem natureza mista, pois é meio de prova e também meio de defesa.

### 8.2.2. CARACTERÍSTICAS

- a) ato personalíssimo: só o réu pode ser interrogado;
- b) ato privativo do juiz: as partes não podem fazer perguntas;
- c) ato oral;
- d) ato não sujeito à preclusão: o acusado pode ser interrogado a qualquer tempo, até o trânsito em julgado da sentença.

118

119

### 8.2.3. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO

O juiz, ao receber a denúncia, determina a citação do réu e designa data para realização do interrogatório. Se o réu estiver preso, será apresentado nessa data; se estiver solto e comparecer, proceder-se-á ao interrogatório.

Se o réu tornar-se revel pelo não-comparecimento na data designada, mas vier a ser preso ou comparecer posteriormente a juízo, será interrogado na primeira oportunidade.

A falta de interrogatório do réu presente é causa de nulidade absoluta (art. 564, II, e, do CPP).

O art. 196 do Código de Processo Penal permite que o juiz proceda a novo interrogatório do réu a qualquer momento da ação, se entender necessária tal providência.

### 8.2.4. SILÊNCIO E MENTIRA DO RÉU

Pode o réu, como forma de exercício da autodefesa, quedar-se silente, circunstância que não pode pesar em seu desfavor, nos termos do art. 5-º, LXIII, da Constituição. Assim, tem ele o direito de não responder a qualquer pergunta do juiz, o qual não advertirá o acusado de que o silêncio poderá ser interpretado em seu desfavor. Não foi recepcionada, pois, pela Constituição Federal, a parte final do art. 186 (“... o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa...”). Além de permanecer em silêncio, pode o réu mentir, sem que isso importe em qualquer consequência prejudicial a ele.

*Observações:*

1) A regra do art. 194 do CPP, segundo a qual o réu menor de 21 anos deveria ser interrogado na presença de curador, foi revogada pelo art. 59 do novo Código Civil (*i'ide* tópico 9.5).

2) No Estado de São Paulo, o interrogatório pode ser feito por via de carta precatória, quando o réu residir em outra

comarca (Provimento **CXCI** de 1984, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo).

3) Havendo mais de um réu, cada qual será interrogado separadamente.

4) Se o acusado não falar português, será interrogado com o auxílio de um intérprete.

5) Ao *mudo* são endereçadas perguntas orais, que serão respondidas por escrito; se *surdo* o interrogado, far-se-ão perguntas escritas, e as respostas serão orais; caso se trate de *surdo-mudo*, as perguntas e respostas serão escritas; se *anaifribeto* o *surdo-mudo*, haverá necessidade de auxílio de intérprete que o entenda.

8.3.

**CONFISSÃO**

8.3.1.

**CONCEITO**

É a declaração por parte do acusado da verdade dos fatos criminosos cuja prática a ele se imputa. É a admissão por parte do acusado de que praticou a infração penal.

8.3.2. **MOMENTO E EFEITOS DA CONFISSÃO**

A confissão, via de regra, ocorre no interrogatório. Pode, porém, dar-se em qualquer outra fase, caso em que será tomada por termo.

Havendo confissão, o réu será especialmente perguntado sobre os motivos e circunstâncias do crime, bem como se outras pessoas concorreram para o delito (art. 190). Diz-se que houve *confissão delatória* (*delação* ou *chamada de coréu*) quando o réu, admitindo a prática da infração, incrimina também terceiro.

120

121

Como elemento de prova que é, deve a confissão ser d) divisibilidade (ou cindibilidade) — o réu pode confessar somente parte da conduta ou confessar um crime e negar é, deve ser confrontada com o restante da prova, porquanto, a prática de outro etc. apesar de seu significativo valor, não constitui prova absoluta (*probatio* *probatissima*).

**8.4. DECLARAÇÕES DO OFENDIDO**

8.3.3. **CLASSIFICAÇÃO** O ofendido, pessoa titular do interesse jurídico violado pela conduta criminosa, sempre que possível, será qualificado e per confissão pode ser classificada em:

a) *simples* — quando o réu atribui a si a prática de um crime ou presume ser o autor e as provas que possa indicar

delito; car (art. 201 do CPP). Essas declarações serão tomadas por termo Possível a realização de perguntas pelas partes.

b) *complexa* — quando o acusado reconhece ser o autor de mais de uma infração; As declarações do ofendido constituem prova de relevante valor, máxime nos delitos que ocorrem na clandestinidade.

e) *qualificada* — ocorre quando o réu admite a autoria da conduta, porém alega em seu benefício fato modificativo, As declarações do ofendido não são precedidas de com-

impeditivo ou extintivo (excludente de ilicitude, de culpabilidade, promessa e, se mentazes, não ensejam a responsabilização etc.); criminal do declarante por falso testemunho.

d) *judicial* — feita perante o juízo; Se, devidamente intimado, deixar o ofendido de compa e *extrajudicial* — feita durante o inquérito policial ou recer sem motivo justo, poderá ser determinada sua condu çã coercitiva (art. 201, parágrafo único, do CPP). fora do processo judicial, ainda que posteriormente anexada aos autos.

Não existe confissão ficta em nossa legislação. Assim, ainda 8.5. **PROVA TESTEMUNHAL**

que o réu deixe o processo correr à revelia, não se presumem verdadeiros os fatos narrados na denúncia ou queixa. 8.5.1. CONCEITO

8.3.4. CARACTERÍSTICAS Testemunha é a pessoa diversa dos sujeitos processuais (juiz e partes) chamada a juízo para prestar informações so br fatos relacionados à infração.

A testemunha depõe, por-  
a) é ato personalíssimo; tanto, sobre o fato, não devendo manifestar “suas apreciações  
b) para que seja válida, deve ser livre e espontânea; pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (art.  
c) retratabilidade — o confitente pode desdizer-se; 213 do CPP).

122

123

Em princípio, toda pessoa poderá ser testemunha (art. 202 do CPP) e, se arrolada, não poderá eximir-se da obrigação de depor (art. 206 do CPP). Podem, no entanto, recusar-se a testemunhar o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge. ainda que desquitado. o irmão e o pai. a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (art. 206). Deve-se salientar, entretanto, que se desejarem depor não será tomado o compromisso das pessoas acima (art. 208 do CPP), que, assim, são ouvidas na condição de informantes, sendo relativo o valor de suas declarações. Também são ouvidos como informantes os doentes mentais e os menores de 14 anos.

Por sua vez, estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu depoimento (art. 207). Além disso, os deputados e senadores não são obrigados a depor sobre informações recebidas no desempenho de suas funções (art. 53, § 52, da CF).

A testemunha “suspeita de parcialidade ou indigna de fé” não está impedida de depor (art. 214 do CPP). Deve ser ela objeto de *contradita*, que é o mecanismo processual destinado a argüir a suspeição de testemunha. Contraditada a testemunha, se se tratar de caso previsto nos arts. 206, 207 e 208 do diploma citado, haverá, de acordo com a hipótese, dispensa ou oitiva, independentemente de compromisso. Não se cuidando de parentes do réu, de deficientes mentais, menores de 14 anos ou de pessoas proibidas de depor, o juiz tomará o depoimento, valorando-o posteriormente. A Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, estabeleceu normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas.

8.5.2. CLASSIFICAÇÃO DAS TESTEMUNHAS

As testemunhas podem ser:

a) *Nwnerárias* — são as arroladas de acordo com o número legal. Devem ser indicadas na denúncia (testemunhas de acusação) ou defesa prévia (testemunhas de defesa). sob pena de preclusão. O número máximo de testemunhas é variável, de acordo com os seguintes procedimentos:

— *Rito ordinário*: cada parte pode arrolar até oito testemunhas. Ainda que se trate de

processo com mais de um réu, acusados pelo mesmo crime, o autor só poderá arrolar oito testemunhas. Tratando-se, entretanto, de dois ou mais fatos criminosos distintos, a acusação poderá arrolar oito testemunhas por fato delituoso. Cada acusado, por sua vez, poderá arrolar oito pessoas.

*Rito sumário:* cada parte arrolará até cinco testemunhas.  
 — *Plenário do Júri:* até cinco testemunhas.  
 — *Rito sumariíssimo* (Lei n. 9.099/95): até três testemunhas.

Nesse número não se incluem as testemunhas referidas e as que não prestarem compromisso (art. 398, parágrafo único, do **CPP**), nem aquelas que nada souberem que interesse à decisão da causa (art. 209, § 2, do **CPP**).

O art. 397 do Código de Processo Penal permite a substituição das testemunhas não localizadas por outras.

b) *Extranumerárias* (ou *dojuío*) — são as testemunhas referidas, ouvidas pelo juiz porque mencionadas no depoimento de outras testemunhas, ou aquelas que o juiz julgar importante ouvir para descobrir a verdade e que não foram arroladas pelas partes (art. 209, do **CPP**).

e) *Informantes* — são as pessoas ouvidas independentemente de compromisso.

d) *Próprias* — as que prestam depoimento sobre o fato apurado no processo.

e) *Impróprias* — as que prestam depoimento sobre um ato do processo. Ex.: testemunha instrumentária do flagrante.

124

125

—

f) *Diretas* quando não há intermediação entre o fato e o testemunho (testemunhas que presenciaram o fato).

g) *Indiretas* quando a prova é derivada (testemunho do testemunho, de quem “ouviu dizer”).

### 8.5.3. CARACTERÍSTICAS DA PROVA TESTEMUNHAL

a) *judicialidade* — só é prova testemunhal aquela colhida pelo juízo competente; o depoimento prestado em outra ação e transportado para o processo (prova emprestada) é considerado prova documental;

b) *objetividade* — a testemunha deve expor os fatos de forma objetiva, sem emitir opiniões pessoais e juízo de valor sobre o ocorrido;

c) *oralidade* o depoimento deve ser prestado verbalmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito (art. 204, do **CPP**); pode, todavia, utilizar-se de breves anotações para consulta (art. 204, parágrafo único, do **CPP**).

d) *individualidade* — cada testemunha é ouvida isoladamente, de forma que uma não ouça o depoimento da outra.

### 8.5.4. COLHEITA DO TESTEMUNHO

Ordinariamente a testemunha é ouvida na sede do juízo. O juiz reduzirá o depoimento a termo, devendo cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente suas frases (art. 215 do **CPP**). As partes, em seguida, poderão fazer reperguntas por intermédio do magistrado. Se a testemunha for de acusação, é o Ministério Público (ou querelante) quem primeiro fará a repergunta. No caso de testemunha arrolada pelo acusado, a defesa reperguntará em primeiro lugar. Ao juiz incumbe zelar pela celeridade processual, indeferindo as perguntas impertinentes e as repetidas.

No Plenário do Júri, de forma diversa, as reperguntas podem ser feitas diretamente pelas partes, cabendo ao juiz, no entanto, reduzi-las a termo. Se a testemunha reside em outra comarca, será ouvida por intermédio de carta

precatória. A expedição da precatória não suspende a instrução criminal. Assim, findo o prazo marcado pelo juízo deprecante para a sua devolução, sem que tenha sido cumprida, poderá o juiz realizar o julgamento, mas a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será juntada aos autos (art. 222 do CPP). Caso encontre-se residindo no exterior, será ouvida por via de carta rogatória. As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer ao Fórum para depor, serão inquiridas onde estiverem (art. 220). O Presidente e o Vice-Presidente da República, os Senadores e Deputados Federais, os Ministros de Estado, os Governadores dos Estados e Territórios, os Secretários de Estado, os Prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os Deputados Estaduais, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, os Ministros e Juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o magistrado (art. 221). Algumas autoridades podem prestar depoimento por escrito (art. 221, § 1).

*Observações:*

1) Se a testemunha intimada faltar à audiência sem motivo justificado, poderão ser tomadas as seguintes providências: condução coercitiva, multa, pagamento da diligência e responsabilização por crime de desobediência (art. 219 do CPP).

2) Havendo razões para temer que uma ou mais testemunhas não possam depor no futuro, pode o juiz, de ofício ou a

126

127

pedido das partes, ouvi-las antecipadamente (art. 225 do CPP). Exemplo: viagem longa ao exterior, enfermidade, velhice etc.

3) Se o magistrado verificar que a Presença do réu na sala de audiência, pela sua atitude, pode interferir no depoimento da testemunha, fará retirá-lo, consignando no termo a ocorrência e os motivos que a determinar (art. 217 do CPP).

4) Os militares deverão ser requisitados à autoridade superior para depor (art. 221, § 2, do CPP).

5) Caso a testemunha não conheça a língua portuguesa, será nomeado intérprete (art. 223 do CPP).

6) De acordo com o entendimento do STF “intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado” (Súmula 273).

## 8.6. RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS

Não raro é necessário submeter o réu a reconhecimento, para que as testemunhas e ofendido possam identificá-lo como o autor do delito. Outras vezes é necessário proceder-se ao reconhecimento de coisas relacionadas com o crime (armas, outros instrumentos, *res furtiva* etc.).

O Código de Processo penal disciplina tais meios de prova nos arts. 226 a 228.

### 8.6.1. RECONHECIMENTO DE PESSOAS

A pessoa que houver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa a ser reconhecida. Após, a pessoa cujo reconhecimento se pretender ser colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tenham qualquer semelhança, convidando-se o reconhecedor a apontá-la

É recomendável que se coloquem outras pessoas ao lado do suspeito, porém a inobservância de tal procedimento não acarreta qualquer invalidade. Na fase do inquérito policial, a autoridade deverá atentar para que a pessoa chamada a efetuar o reconhecimento não seja vista pelo suspeito, caso entenda que haverá intimidação.

Finda a diligência, será lavrado auto pormenorizado. Caso sejam várias as pessoas chamadas a efetuar reconhecimento, cada qual o fará em separado.

O reconhecimento *foto grdfico*, apesar de não ser contemplado expressamente como meio de prova, é admitido (prova inominada), devendo seu resultado ser apreciado com cautela. O retrato falado é meio de investigação e não de prova.

## 8.6.2. RECONHECIMENTO DE COISAS

Dispõe o art. 227 do CPP que, no reconhecimento de objetos, serão observadas as cautelas previstas para o reconhecimento de pessoas, no que forem aplicáveis. Assim, a pessoa chamada a identificar o objeto deve descrevê-lo e, após, apontá-lo, quando estiver colocado ao lado de outras coisas semelhantes. Será lavrado, igualmente, auto pormenorizado. Se mais de uma pessoa for reconhecer o objeto, deve-se proceder a cada ato em separado.

8.7. ACAREAÇÃO

8.7.1. CONCEITO

Acareai significa colocar cara a cara. É o ato consistente em colocar frente a frente duas ou mais pessoas que apresentaram versões essencialmente conflitantes sobre questão importante para a solução da lide.

129

### 8.7.2. PRESSUPOSTOS

Dois os pressupostos para a realização da acareação:

- a) que as pessoas a serem submetidas à acareação já tenham sido ouvidas em oportunidade anterior;
- b) que haja divergência entre as declarações dessas pessoas, referente a ponto relevante para o resultado final do processo.

### 8.7.3 SUJEITOS

A acareação será admitida:

- a) entre acusados;
- b) entre acusado e testemunha;
- c) entre testemunhas;
- d) entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida;
- e) entre as pessoas ofendidas.

As pessoas acareadas serão indagadas pelo juiz ou pela autoridade policial (na fase do inquérito) acerca das divergências, devendo apontar as razões que dão base à versão apresentada, lavrando-se termo no qual devem constar as explicações. *Observação:* Por incrível que pareça, o Código prevê a POSSIBILIDADE de acareação entre pessoas que se encontrem em comarcas diferentes, por via de carta precatória (art. 230 do CPP).

## 8.8. PROVA DOCUMENTAL

### 8.8.1. CONCEITO

Documentos são os escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, dos quais se pode extrair qualquer conclusão que represente um fato.

O termo “documento” é empregado com dois significados. Em *sentido amplo*, documentos são todos os objetos, não só os escritos, aptos a corporificar uma manifestação humana (prova fotográfica, cinematográfica, fonográfica etc.). Em *sentido estrito*, documentos são apenas os escritos. Essa última aceção foi a adotada pelo Código de Processo Penal (art. 232).

Importante notar, no entanto, que o Código cuida das provas fotográficas e microfotográficas em outros dispositivos (arts. 165 e 170 do CPP).

Denomina-se *instrumento* o documento elaborado com a finalidade de servir como prova do ato nele representado, ou seja, é a prova preconstituída. O documento pode ser *público* ou *particular*, de acordo com quem o elabora (autor). É *público* o documento formado por pessoa investida em função pública, desde que competente para a prática de tal ato. *Particular* é o documento formado por particular ou pelo funcionário (nos casos que não se referem à sua atribuição).

#### 8.8.2. REQUISITOS PARA EFICÁCIA PROBANTE

Para que faça prova do ato nele retratado, o documento deve ser:

a) *autêntico* — entende-se autêntico o documento quando é formado pelo autor nele indicado (materialmente íntegro);

b) *veraz* — diz-se que o documento é veraz se, além de autêntico, retrata a verdade (ideologicamente íntegro).

Os documentos públicos, desde que observadas as formalidades legais, gozam de presunção *iuris tantum* (relativa) de autenticidade e veracidade.

130

131

#### 8.8.3. PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

### 8.9. INDÍCIOS

A produção pode ser:

a) *espontânea* — quando a exibição, leitura ou juntada é de iniciativa da parte;

b) *provocada* (ou *coacta*) — quando o juiz, tomando conhecimento da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providencia sua juntada aos autos, independentemente de requerimento das partes (art. 234 do CPP).

Em regra, os documentos podem ser juntados aos autos em qualquer fase do processo.

Há, no entanto, exceções:

a) proibição de juntar-se documentos na fase das alegações escritas em processos de competência do Júri (art. 406, § 22, do CPP);

b) proibição de proceder-se, em plenário, à leitura ou exibição de documento que não tenha sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de três dias (art. 475 do CPP).

*Observações:*

1) O documento redigido em idioma estrangeiro deve ser traduzido, por tradutor público ou, na falta, por pessoa nomeada pelo juiz, para que todos possam compreender seu teor.

2) Inadmissível ajuntada de documento obtido por meio ilícito (ex.: carta particular obtida por meio de violação do sigilo da correspondência).

3) Não havendo interesse que justifique a conservação de documentos originais nos autos, poderá o juiz determinar sua restituição, se assim requerer a parte e após ouvido o Ministério Público, ficando traslado nos autos (art. 238).

4) A cópia do documento original, desde que autenticada, terá o mesmo valor daquele (art. 232, parágrafo único).

8.9.1. CONCEITO  
 Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas, que, tendo relação com o fato, autorizam, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239 do CPP).

A esse respeito, veja-se a docência de Giuseppe Chiovenda: “Quando, segundo a experiência que temos da ordem *normal* das coisas, um fato constitui causa ou efeito de outro, ou de outro se acompanha, nós, conhecida a existência de um dos dois, presumimos a existência do outro” (*Instituições de direito processual civil*, Bookseller, 1998, v. III, p. 165).

Indícios são, portanto, aqueles elementos que não se relacionam diretamente ao fato, mas que, por via de raciocínio lógico, permitem a formação da convicção acerca de algum aspecto da infração. Ex.: a inimizade capital e o exercício de sérias ameaças por parte do acusado não constituem prova direta de que ele foi o autor dos disparos que causaram a morte do ofendido, mas, por via de raciocínio indutivo, podem autorizar, em certas circunstâncias, a conclusão de que é ele o homicida.

8.9.2. VALOR  
 Em razão de ser livre o convencimento do magistrado, os indícios são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode deles provir. Para que embasem condenação, porém, exige-se que se mostrem encadeados entre si e unívocos.

132

133

8.10. DA BUSCA E APREENSÃO  
 8.10.1. CONCEITO

O Código de Processo Penal disciplina a providência de busca e apreensão ao tratar das provas. Buscar significa procurar, encontrar, tratar de descobrir. Apreender, por outro lado, é o mesmo que se apropriar, segurar, pegar. Busca e apreensão é, portanto, a providência destinada a encontrar e conservar pessoas ou bens que interessem ao processo criminal. A diligência de busca pode, por vezes, não redundar em apreensão.

8.10.2. OPORTUNIDADE

A diligência de busca e apreensão pode ser realizada:

- a) em momento anterior à instauração do inquérito policial, se a autoridade policial tiver conhecimento da existência de infração penal cuja ação é pública incondicionada;
- b) durante o inquérito policial;
- c) no curso do processo.

Conquanto possa ser realizada a qualquer tempo, a busca e apreensão mostra-se, via de regra, como procedimento cautelar, tendente a impedir o perecimento de um meio de prova.

8.10.3. ESPÉCIES (ART. 240, “CAPUT”, DO CPP)

1) *Busca domiciliar* Possível a realização de busca em domicílio, desde que fundadas razões a autorizem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

134

c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;

d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

f) apreender pessoas vítimas de crimes; e  
 g) colher qualquer elemento de convicção.  
 Tais hipóteses, elencadas no art. 240, § 12, deste Código, são taxativas, uma vez que se trata de medida restritiva do direito de inviolabilidade do domicílio e, portanto, não admitem interpretação extensiva. De ver-se, porém, que a expressão “qualquer elemento de convicção” (al. *h*), autoriza a busca de todo elemento capaz de influir na convicção do julgador.

Ao exigir “fundadas razões”, referiu-se o legislador à necessidade da existência de elementos concretos que permitam à autoridade concluir que o crime está ocorrendo ou que o morador está na posse dos bens que se quer apreender (*fumus boni iuris*). Apesar de o Código prever a possibilidade de apreensão de “cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato”, tal providência não se mostra, atualmente, passível de realização. Isso porque esse dispositivo (art. 240, § 1, *f*, do CPP) não foi recepcionado pela Constituição Federal, que consagra em seu art. 52, XII, a inviolabilidade do sigilo das comunicações.

O termo domicílio deve ser tomado com o conceito amplo que lhe dá o art. 150, § 4 e 52, do Código Penal.

Em razão da excepcionalidade da medida, que constitui mitigação do direito de inviolabilidade do domicílio (art. 52, XI, da CF), fundada em razões de interesse público (consubstanciado na efetiva persecução do delito praticado),

135

1h  
 o ordenamento estabelece várias regras com o escopo de resguardar o indivíduo e sua morada.

Assim, a realização da busca será possível:

a) a qualquer hora, quando houver situação *de flagrante delito*, para *prestar socorro* à vítima de alguma infração ou com *consentimento* do titular do direito;

b) durante o dia, por determinação judicial.

A busca por determinação judicial, cabível nas hipóteses acima mencionadas, ocorrerá sempre durante o dia (das 6 às 18 horas ou entre a aurora e o crepúsculo) e observará os seguintes requisitos:

a) deve ser efetuada pessoalmente pelo juiz ou por sua ordem (mandado);

b) o mandado deve indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador;

e) deve-se mencionar no mandado o motivo e os fins da diligência;

d) o mandado deve ser assinado pelo escrivão e pelo juiz que o expedir.

Antes de penetrarem na casa, os executores exibirão o mandado e o lerão, intimando o morador a abrir a porta (art. 245, *caput*, do **CPP**). Se realizada a diligência diretamente pelo juiz, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência (art. 245, § 12).

Na hipótese de negar-se o morador a cumprir a ordem, será arrombada a porta e forçada a entrada (art. 245, § 22). Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura (art. 245,

§

32).

O mesmo procedimento será observado se ausente o morador, caso em que será intimado para assistir a diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente (art. 245,

§

42)

136

Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la (art. 245, § 52). Descoberta a coisa ou pessoa que se procura, será

imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes (art. 245, § 62).

Terminada a diligência, será lavrado termo ou auto de apreensão.  
 2) *Busca pessoal*. Realiza-se busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos relacionados com infração penal (art. 240. § 22, do CPP). Exige-se, portanto, para a efetivação da medida, *ofumus boni iuris*. Consiste na revista do corpo da pessoa, suas vestes, bolsas, pastas, veículos etc. A lei prevê que a busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência (art. 249, do CPP). O mandado, assinado pelo juiz, deve conter o nome da pessoa na qual será realizada a busca ou os sinais que a identifiquem (art. 243, 1, do CPP), bem como menção ao motivo e fins da diligência (inciso II). Desnecessário o mandado, entretanto, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito de alguma infração penal, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (art. 244 do CPP).

## 9. SUJEITOS PROCESSUAIS (aqui)

O processo, instrumento voltado para a resolução de conflitos, pressupõe, necessariamente, a existência de três sujeitos: o autor, o réu (sujeitos parciais) e o juiz (sujeito imparcial). Além desses sujeitos, ditos principais, que representam a matriz fundamental do processo, há os denominados sujeitos-  
 137

L

tos acessórios, os quais não são indispensáveis para a constituição da relação jurídica processual, tais como os auxiliares da Justiça e o assistente de acusação.

### 9.1.

### JUIZ

O processo tem como pressuposto um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, ou seja, para que ocorra a atuação do órgão jurisdicional é mister que um dos sujeitos de determinada relação jurídica material, entendendo descumprida uma norma de conduta pelo outro sujeito, submeta a resolução da lide ao Estado-juiz, sujeito estranho àquela relação jurídica substancial (imparcial) e incumbido de aplicar o direito ao caso concreto. A função do juiz é, portanto, substituir a vontade das partes, pondo fim ao conflito, com o escopo de alcançar a paz social. Uma vez provocado, o órgão jurisdicional não pode eximir-se de decidir a questão submetida a sua apreciação (proibição do *non liquet*), sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5, XXXV, da CF). Para que o juiz possa exercer validamente a atividade jurisdicional, deve possuir três qualidades:

- 1) *capacidade funcional* ou *investidura* — o juiz deve estar investido no cargo;
  - 2) *capacidade processual* — o juiz deve ser competente para apreciar a questão;
  - 3) *imparcialidade* — o juiz deve apresentar todas as condições de isenção de ânimo para a apreciação equidistante do caso.
- Por não estarem os juízes imunes aos sentimentos e imperfeições característicos dos homens, a lei prevê três gêneros de situação que afastam o magistrado do processo, porquanto evidenciam a ausência de imparcialidade: os impedimentos, as incompatibilidades e as hipóteses de suspeição. Diz-se, portanto, que o juiz é imparcial quando não é suspeito. impedido e inexistente causa de incompatibilidade.

As situações de *impedimento* são objetivas e proíbem o juiz de exercer a jurisdição naquele caso. Tais hipóteses estão elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal:

- a) ter funcionado o cônjuge ou parente do juiz, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- b) haver o juiz desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- c) ter funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre

a

questão;

- d) o juiz ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

As hipóteses de *incompatibilidade* decorrem de vínculo de parentesco existente entre componentes de órgãos jurisdicionais colegiados. Dispõe o art. 253 do Código de Processo Penal que, nos júzicos coletivos, estão proibidos de servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive. O art. 462 do Código ostenta a proibição de serem jurados no mesmo conselho de sentença marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta

e

enteado.

As situações de *suspeição*, por sua vez, são (art. 254 do CPP):

- a) *A amizade íntima ou inimizade capital do juiz com qualquer das partes.* Não é causa do afastamento do juiz a amizade com promotor ou advogados da comarca; para que se mostre confi

138

139

gurada situação de amizade íntima caracterizadora da suspeição, deve existir especial sentimento entre o juiz e uma das partes, que exceda às proporções comuns de cordialidade e convivência social; a inimizade capital, por sua vez, caracteriza-se pelo sentimento de desafeição apto a proporcionar no juiz satisfação com o mal que pode advir

à

parte.

- b) *A circunstância de estar o juiz, seu cônjuge, ascendente ou descendente respondendo processo análogo, sobre cujo caráter criminoso haja contro'ársia.* Nesta hipótese o juiz tem interesse indireto na causa.

- c) *O fato de o juiz, seu cônjuge, ou parente consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer*

das

partes.

Evidente que o juiz não atuaria com independência se tivesse que julgar ação cuja parte seria responsável pela posterior decisão de causa em que ele ou seu parente é interessado.

- d) *O aconselhamento a uma das partes, acerca de fatos que tenham relação com a causa.*

A suspeição se dará se o juiz revelar seu pensamento ou interesse quanto à questão que deve julgar; assim, mera manifestação sobre tese jurídica não acarreta o afastamento do julgador.

- e) *O fato de ser o juiz credor ou devedor tutor ou curador de qualquer das partes.*

- f) *A circunstância de ser o julgador sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.*

### 9.1.1. FUNÇÕES E PODERES DO JUIZ

O art. 251 do Código de Processo Penal dispõe que “ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a

ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”. A primeira atribuição (prover à regularidade do processo), de ordem processual, “consiste não só em evitar que se escoe a substância dos atos processuais por meio de irregularidades de rito e de ordem formal, mas também em promover as medidas que assegurem a justa aplicação da lei penal” (José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Bookseller, 1997, v. II, p. 25). Esse gênero de poder, denominado *jurisdicional*, é exercido por meio dos atos de impulso do processo (ou ordinatórios), dos atos instrutórios e dos atos decisórios. Assim, deverá o juiz zelar para que sejam realizados todos os atos úteis para a resolução da lide penal, bem como para que não se realizem os inúteis ou protelatórios, velando para que não ocorram nulidades (proceder à regular citação do acusado, designar audiências, nomear peritos etc.). Deverá, também, ordenar a realização de exame complementar em crime de lesão corporal (art. 168 do CPP), ouvir testemunhas não- numerárias (art. 209 do CPP) ou determinar, de ofício, qualquer outra diligência tendente a dirimir dúvida sobre ponto relevante (arts. 156, 407 e 502 do CPP). O juiz detém, ainda, o poder-dever de proferir *decisão* e efetivar a *execução (poderes-fins)*. O segundo gênero de poder-dever previsto no dispositivo (manter a ordem e o curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública), de ordem administrativa, consiste na prática de atos de polícia destinados à manutenção da ordem. É conferido ao juiz ou presidente do Tribunal, câmara ou turma o poder de polícia para manutenção da ordem na audiência ou sessão (art. 794); o poder de determinar que um ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes, se da publicidade puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de

140

141

### 9.1.3. VEDAÇÕES

bação da ordem (art. 792, § 12); o poder de, nas sessões do Júri, regular a polícia das sessões e mandar prender os desobedientes; requisitar o auxílio da força pública, que ficará sob sua autoridade; e interromper a sessão por tempo razoável, para repouso ou refeição dos jurados (art. 497, incisos I, II e VIII do CPP). Ao juiz são conferidos, ainda, poderes *anômalos*, tais como a remessa dos autos de inquérito, cujo arquivamento foi promovido, ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28); a remessa de cópias e documentos relativos à existência de crime de ação penal pública ao Ministério Público (art. 40); receber a representação do ofendido (art. 39 do CPP); e requisitar instauração de inquérito policial (art. 52, II, do CPP).

9.1.2.

### PRERROGATIVAS

Para que possa exercer a função jurisdicional em sua plenitude, é necessário que o juiz seja independente. Com o escopo de assegurar a independência do juiz, a Constituição Federal prevê três garantias: a *vitaliciedade*, a *inamovibilidade* e a *irredutibilidade de vencimentos*.

a) *Vitaliciedade*. É a garantia de que o juiz não perderá o cargo, salvo por sentença judicial transitada em julgado. É adquirida após dois anos de exercício e não se confunde com perpetuidade, já que o magistrado será compulsoriamente aposentado aos 70 anos (art. 95, I, da CF).

b) *Inamovibilidade*. É a garantia de que o juiz não será transferido de seu cargo senão por sua vontade (promoção ou remoção aceita) ou em virtude de interesse público, por decisão de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa (arts. 95, II, e 93, VIII, ambos da CF).

c) *Irredutibilidade de vencimentos*. É a garantia que visa resguardar o juiz contra perseguições de ordem financeira por parte dos governantes (art. 95, III, da CF).

Com o escopo de garantir a isenção do juiz, a Constituição Federal prevê, em seu art. 95, parágrafo único, as seguintes vedações:

- a) exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- b) recebimento, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo;
- c) dedicação à atividade político-partidária.

## 9.2. MINISTÉRIO PÚBLICO

Em razão do caráter acusatório do processo penal moderno (*ne procedat judex ex officio*), necessária a existência de um órgão estatal incumbido de deduzir, perante o Estado-juiz, a pretensão punitiva, uma vez que, sendo a infração penal um ataque aos valores básicos da sociedade, não poderia sua repressão ficar subordinada à vontade do ofendido.

A Constituição Federal, em seu art. 129, 1, atribuiu ao Ministério Público instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF) — a função de exercer com exclusividade a ação penal pública, condicionada ou incondicionada, com a ressalva da possibilidade de propositura de ação penal privada subsidiária da pública pelo ofendido quando o Ministério Público não se manifesta no prazo (art. 52, LIX). O Ministério Público é, portanto, o titular da ação penal pública, órgão detentor de parcela da soberania estatal, consubstanciada no exercício do direito de punir.

142

143

Ordinariamente, atua o Ministério Público como parte, porém, ainda que não ocupe tal posição (ação penal de iniciativa privada), intervém no processo penal como fiscal da correta aplicação da lei.

A atuação do Ministério Público como parte, conquanto destinada a fazer valer o direito de punir do qual é titular, deve ser exercida com imparcialidade, pois nenhum órgão estatal pode, em qualquer das múltiplas atividades da administração, assumir, por vontade da lei, atitudes vexatórias, e, conseqüentemente, não é tolerável que a pretensão punitiva do Estado possa ser entendida como um direito de perseguir o inocente” (José Frederico Marques, *Elementos*, cit., Bookseller, 1997, vol. II, p. 52). As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação (art. 129, § 32, da CF). A chefia da instituição, composta por promotores de justiça, os quais atuam junto aos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, e por Procuradores de Justiça, que oficiam perante os tribunais, é exercida pelo Procurador-Geral de Justiça. Nos termos do disposto no art. 258 do Código de Processo Penal, os órgãos do Ministério Público “não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juizes”.

9.2.1.

### PRINCÍPIOS

### INSTITUCIONAIS

O art. 127, § 12, da Constituição Federal prevê os seguintes princípios:

144

*Princípio da unidade e indivisibilidade.*

Diz-se que o Ministério Público é uno, pois quando seus membros atuam fazem-no em nome da instituição, e não em nome próprio. Pelo princípio da indivisibilidade, entende-se que os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros, nas formas previstas em lei, sem qualquer prejuízo para o processo.

**Princípio da independência funcional.**

O membro do Ministério Público é funcionalmente independente, não se sujeitando a qualquer intromissão ou ordem, inclusive dos órgãos superiores da instituição. Seu representante não está, portanto, subordinado a qualquer dos Poderes do Estado ou vinculado a entendimento anterior de outro membro. Administrativamente, no entanto, o membro do Ministério Público encontra-se em posição de subordinação hierárquica em relação aos órgãos superiores da instituição (concessão de férias, correições, eventuais punições etc.).

*Obsen'ações:*

1) Os membros do Ministério Público não podem ser responsabilizados civilmente pelos atos praticados no exercício da função (*princípio da irresponsabilidade*).

2) O Procurador-Geral de Justiça pode exercer qualquer das funções de seus subordinados, inclusive avocando o feito, assim como designar membros para atuar em seu nome, como na hipótese do art. 28 do Código de Processo Penal. Há entendimento, todavia, que reputa proibida a designação discricionária por parte do chefe do Ministério Público, pois haveria violação do princípio do *promotor natural*.

9.2.2.

**FUNÇÕES**

O Ministério Público, como parte que é, deve arcar com os ônus processuais decorrentes do exercício do direito de ação.

145

L

1.

Para que se efetive o direito de punir, deve oferecer denúncia e acompanhar a tramitação do feito, exercendo atividade probatória, acompanhando a realização dos atos processuais e, se for o caso, apresentando recurso. Pode, ainda, impetrar mandado de segurança contra ato judicial, bem como ajuizar *habeas corpus* e recorrer em favor do réu.

As atribuições do Ministério Público compreendem, também, a prática de atos prévios ao ajuizamento da ação penal, como “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VIII, da CF) e, ainda, “exercer o controle externo da atividade policial” (art. 129, VII, da CF).

9.2.3.

**PRERROGATIVAS**

Ao Ministério Público, como um todo, é assegurada autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 22, da CF), daí a capacidade de autogoverno (distribuição de serviços, organização do concurso de ingresso etc.) e a capacidade de solucionar questões administrativas (férias, aposentadorias etc.). Além disso, há regramentos que limitam a liberdade de nomeação e destituição do Procurador-Geral pelo chefe do Executivo (art. 128, § P a 42, da CF).

A Constituição Federal conferiu aos membros do Ministério Público as mesmas garantias dos magistrados, para que possam exercer com isenção suas funções. Tais prerrogativas são (art. 128, § 5, 1):

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

146

c) irredutibilidade de vencimentos.

*Obsen'ação:* A Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) regula a

estrutura do Ministério Público e prevê as demais prerrogativas e deveres de seus membros. No Estado de São Paulo é regrado pela Lei Complementar n. 734/93.

9.2.4. **VEDAÇÕES**  
 Aos membros do Ministério Público é vedado (art. 128, § 52, II, da **CF**):  
 a) receber, a qualquer título ou pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;  
 b) exercer a advocacia;  
 c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;  
 d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;  
 e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

### 9.3. **DO ACUSADO**

9.3.1. **CONCEITO**  
 É o sujeito passivo da relação jurídica processual. É a pessoa em face de quem se deduz a pretensão punitiva. Somente aqueles que podem ser sujeitos de uma pretensão punitiva (detentores de capacidade penal) estão legitimados a *figurar* no pólo passivo da ação penal. Assim, os entes inanimados, os animais e os mortos não têm legitimidade *adprocessum*.  
 147

Os menores de 18 anos, porquanto considerados inimputáveis e sujeitos às normas da legislação especial (arts. 228 da **CF**, e 27 do Código Penal), não gozam de capacidade processual passiva.

Nos casos em que são previstas imunidades políticas ou diplomáticas, as pessoas que gozam de tais prerrogativas não são partes legítimas para figurarem como réus em processo penal.

A *pessoa jurídica*, por outro giro, com a inovação trazida pela Lei n. 9.605/98, que, regulando o disposto no art. 225, § 32 da Constituição, tipificou condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, passou a ter legitimação para figurar no pólo passivo de ação penal (art. 32). Assim, a pessoa jurídica pode ser acusada penalmente por crime contra o meio ambiente.

No tocante aos portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26 do Código Penal), não há ilegitimidade passiva, pois podem ser eles processados e, ao final, submetidos a medida de segurança.

### 9.3.2. IDENTIFICAÇÃO DO ACUSADO

A certeza física acerca de quem é o acusado é indispensável para a propositura da ação penal, pois a responsabilidade criminal, de caráter personalíssimo, não pode ser atribuída a outra pessoa que não o verdadeiro autor da infração. Há dupla finalidade na correta identificação do acusado:  
 a) sujeitar somente o verdadeiro autor do delito ao processo e a eventual pena;  
 b) conhecer a vida pregressa do agente, pois há dados que influirão na dosimetria da pena, no regime de cumprimento da pena corporal etc.  
 Ao sabor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, deve a denúncia conter “a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo”.

Tal dispositivo prevê a necessidade de especificar-se quais os elementos que diferenciam o acusado das demais pessoas (prenome, patronímico, agnome, data de nascimento, filiação, profissão, estado civil, alcunha etc.). Não sendo possível identificar o acusado por tais elementos, deve o órgão acusador, nos termos do art. 259 do Código de Processo Penal, indicar as características pessoais que permitam conhecer sua identidade física (cor da pele, impressões papilares, cicatrizes, deficiência física,

compleição física etc.). A ausência de identificação nominal, portanto, não impedirá o exercício da ação penal, nem implicará seu retardamento, desde que certa a identidade física. Se durante o curso do processo de conhecimento ou da execução for descoberta a qualificação do agente, deve-se proceder à retificação, por termo, sem qualquer prejuízo dos atos precedentes (art. 259). Igual procedimento deverá ser adotado caso se verifique que o autor do crime foi denunciado ou até condenado com nome errado ou de terceiro. O art. 363 do Código de Processo Penal prevê a realização do ato citatório por via de edital, “quando incerta a pessoa que tiver de ser citada” (inciso II). Apesar de empregar o termo “pessoa incerta”, o dispositivo refere-se ao acusado cujos *elementos de qualificação completos* são ignorados, porquanto a certeza física é imprescindível para o exercício da ação.

9.3.3. DIREITOS E GARANTIAS DO ACUSADO  
A Constituição Federal prevê, em seu art. 52, diversos direitos subjetivos do qual é titular o sujeito passivo da ação penal:  
a) Direito ao devido processo legal. Dispõe o inciso LIV do artigo 52 da Constituição, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Garante-se ao acusado a submissão

148

149

li

a um processo justo. no qual serão observados os princípios do contraditório, da ampla defesa, do tratamento paritário dos sujeitos processuais, da publicidade dos atos processuais etc.

b) Direito ao contraditório e à ampla defesa. A norma prevista no inciso LV do mencionado artigo (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) assegura a bilateralidade dos atos processuais e o livre exercício do direito de defesa. O exercício do direito de defesa pressupõe a ciência por parte do acusado acerca da imputação que em face dele é dirigida. Daí conclui-se que o réu tem direito à citação. Uma vez chamado a participar do processo e cientificado da acusação, pode o acusado reagir à acusação, exercendo sua defesa, a qual engloba a *autodefesa* e a *defesa técnica*. A *autodefesa*, cujo exercício é facultativo, subdivide-se em dois aspectos: direito de audiência (faculdade de interferir diretamente na convicção do julgador. Ex.: interrogatório e possibilidade de interposição de recurso pelo próprio acusado) e direito de presença (faculdade de presenciar todos os atos do processo). Essa modalidade de defesa constitui direito do acusado, que poderá comparecer em juízo e exercer pessoalmente o contraditório. Seu comparecimento, contudo, não é obrigatório, exceto naqueles atos que não podem ser realizados sem sua presença, hipótese em que poderá ser determinada a condução coercitiva (art. 260 do CPP). Pode o réu, como forma de exercício da autodefesa, permanecer silente, circunstância que, entretanto, não poderá pesar em seu desfavor, nos termos do art. 52, LXIII, da Constituição.

Caso se opere a citação pessoal e ocorra a *contumácia* (deixar o acusado de comparecer injustificadamente a qual-

quer ato do processo), será decretada a *rei'elia*, o que implicará na não-cientificação do réu acerca dos atos processuais posteriores. A *defesa técnica*, como será estudado a seguir, é indispensável e deve ser exercida por

- pessoa habilitada.
- c) Direito de não ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar, definidos em lei (art. 52, LXI, da CF).
- d) Direito de ver inadmitida a prova obtida por meio ilícito (art. 52, LVI, da CF).
- e) Direito à presunção de inocência (art. 52, LVII, da CF).
- f) Direito de ter sua prisão comunicada imediatamente ao juiz competente, à sua família ou à pessoa por ele indicada (art. 52, LXII, da CF).
- g) Direito de, se preso, ser informado sobre seus direitos, ser assistido por familiares e advogado, bem como de conhecer a identidade dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 52, LXIII e LXIV, da CF).
- h) Direito ao imediato relaxamento da prisão ilegal e a não ser levado ou mantido na prisão quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 59, LXV e LXVI, da CF).

#### 9.4.

#### DEFENSOR

Em razão da indisponibilidade do direito de defesa e da necessidade de o acusado estar assistido por pessoa com capacitação técnica suficiente para tornar efetivo o exercício de tal direito, há obrigatoriedade, no processo penal, da intervenção do *defensor*. O defensor, procurador ou representante da parte é a pessoa legalmente habilitada (advogado) a quem incumbe o exercício da defesa técnica.

150

151

Dispõe o art. 261 do Código de Processo Penal que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, evidenciando a imprescindibilidade do réu fazer-se representar por pessoa com capacidade postulatória. Somente será permitido ao acusado dispensar a atuação de um advogado se ele próprio possuir habilitação técnica (autodefesa técnica). A Constituição Federal, por seu turno, estabelece que “o advogado é indispensável à administração da justiça” (art. 133), deixando clara a imposição do ordenamento quanto à realização da defesa por pessoa com habilitação. É por entender indeclinável o exercício da defesa técnica que o STF proclamou: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Súmula 523). Nulo, pois, o processo se o acusado, a quem é facultado o exercício da autodefesa (ou *defesa genérica*), não estiver assistido tecnicamente, porquanto se estaria frustrando seu direito à defesa técnica (ou *defesa específica*).

A ausência do defensor, desde que regularmente comunicado sobre a prática do ato, não causará seu adiamento, ainda que motivada, devendo o juiz nomear ao acusado um substituto *ad hoc* (art. 265, parágrafo único, do CPP).

##### 9.4.1.

#### DEFENSOR

#### CONSTITUÍDO

O *defensor constituído* ou *procurador* é o advogado nomeado pelo acusado por via de procuração ou indicado por ele na ocasião do interrogatório (art. 266 do CPP). Só poderá o advogado, portanto, praticar atos processuais se houver procuração outorgada pelo réu ou se for declinado seu nome por oportunidade do interrogatório (constituição *apud acta*) ou, ainda, nas hipóteses de nomeação pelo juiz.

152

Garante-se ao réu, como consectário do princípio da ampla defesa, a possibilidade de escolher advogado de sua confiança para patrocinar a defesa, ainda que ausente (revel). O acusado pode constituir o procurador a qualquer tempo, mesmo na fase do inquérito policial.

Exige-se procuração do réu outorgando *poderes especiais* ao seu defensor em algumas hipóteses:

- a) para aceitar o perdão do ofendido, em nome do réu ou querelado (arts. 55 e 59);
- b) para argüir a suspeição do juiz (art. 98);
- c) para argüir a falsidade de documento (art. 146).

#### 9.4.2. DEFENSOR DATIVO

O *defensor dativo* ou simplesmente *defensor* (em sentido estrito) é o advogado nomeado pelo juiz ao réu que se omitiu em constituir seu representante. Em virtude de mostrar-se indeclinável o exercício do direito de defesa, a nomeação é obrigatória, ainda que contra a vontade do réu. Assim, sempre que o acusado não possuir procurador ou, sendo habilitado, não quiser defender-se pessoalmente, o juiz nomear-lhe-á um defensor dativo. E o que prevê o art. 263 do Código de Processo Penal (“se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”).

A nomeação deve dar-se na ocasião do interrogatório. Uma vez nomeado pelo juiz, o advogado não pode recusar a exercer o *munus*, a não ser por motivo justo (estar impedido de exercer a advocacia; ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual; ter necessidade de ausentar-se da

153

‘1iF

sede do juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis; já haver manifestado por escrito opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear; haver dado à parte contrária parecer escrito sobre a contenda art. 15 da Lei n. 1.060/50).

Aceitando a função, cujo exercício é intransferível (vedado, pois, o substabelecimento), incumbirá ao advogado nomeado defender o réu, praticando todos os atos do processo. Ao defensor dativo é vedado, tão-somente, aceitar o perdão do ofendido, uma vez que tal ato é de caráter personalíssimo. Pode, no entanto, argüir a suspeição do juiz e a falsidade de documento, uma vez que a exigência de poderes especiais para o defensor constituído tem como finalidade delimitar a responsabilidade por eventual abuso, a qual, no caso do defensor dativo, só lhe pode ser atribuída. Se o acusado não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz (art. 263, parágrafo único, do CPP).

*Observações:*

1) Pelo texto da lei, não é meramente terminológica a diferença entre *procurador* e *defensor*, pois, nos termos do art. 392 do Código de Processo Penal, a intimação pessoal do primeiro acerca do teor da sentença é válida, independentemente da intimação do réu, nas hipóteses elencadas nos incisos II e III (nos crimes em que o acusado livrar-se solto ou prestar fiança e, em qualquer crime, se expedido mandado de prisão, não for ele encontrado, assim certificando o oficial de justiça). A intimação do *defensor*, por outro giro, não afasta a necessidade da intimação do réu. Vem prevalecendo, entretanto, o entendimento segundo o qual tais dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal, uma vez que o princípio da ampla defesa exige sempre a ciência do acusado acerca da sentença.

2) Denomina-se *i'irttia* a defesa técnica deficiente, que, uma vez demonstrado o prejuízo para o acusado, é causa de nulidade.

3) Havendo mais de um réu, o juiz deve tomar a cautela de nomear um defensor para

cada qual, porquanto é possível que haja *colidência de defesas*, circunstância que, em sendo os acusados defendidos por um único advogado, acarretaria a nulidade do processo. Há quem entenda inexistir nulidade quando as defesas conflitantes são exercidas por um mesmo *procurador* (defensor constituído), visto que constitui desdobramento do princípio da ampla defesa a possibilidade de o acusado escolher defensor de sua confiança. Outros, no entanto, entendem que é causa de nulidade absoluta a conflitância de defesas quando exercidas pelo mesmo defensor constituído, pois haveria sacrifício irremediável para o direito de defesa.

#### 9.5. CURADOR

A pessoa incumbida de suprir a falta de capacidade plena do réu submetido a incidente de insanidade (art. 149, § 22) ou reputado inimputável pelos peritos (art. 151) é denominada *curador*.

Não é necessário que a pessoa nomeada para exercer o cargo de curador seja habilitada (advogado), bastando que mostre maturidade suficiente para zelar pelos interesses do acusado e, eventualmente, traduzir sua vontade. Possível, porém, ser nomeado como curador o defensor ou procurador do acusado, desde que gozem da confiança do juízo. São nulos os atos praticados sem a intervenção do curador. É muito importante salientar que os arts. 15, 194, 262, 449, *capuz'*, e 564, III, c, todos do CPP, também exigem nomeação de curador ao réu *menor*. Como esses dispositivos não mencionam expressamente a idade do réu, entendeu-se que

154

155

eles se referiam à menoridade civil, ou seja, 21 anos, uma vez que a legislação processual penal não se aplica a menores de 18. Em razão disso, é fácil concluir que todos esses dispositivos acabaram perdendo a aplicabilidade em decorrência do art. 52 do novo Código Civil, que reduziu a maioridade, também nessa esfera, para 18 anos de idade. Com efeito, não faz sentido exigir que o réu menor de 21 anos seja assistido por um curador durante a ação penal quando a lei civil dá a ele ampla e total autonomia para a realização válida de atos de qualquer natureza, independentemente da assistência de seus representantes legais.

#### 9.6. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Além das partes essenciais para a validade da relação jurídica processual, há aquelas denominadas *acessórias, secundárias contin gentes* ou *eventuais*, pois não são imprescindíveis para a existência do processo. É possível, consoante o disposto no art. 268 do Código de Processo Penal, que o ofendido (titular do bem jurídico tutelado pela norma penal) ou seu representante, ou, na falta, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do CPP), intervenham na ação penal, como assistentes do Ministério Público.

##### 9.6.1. HIPÓTESE DE INTERVENÇÃO

A assistência é possível somente na ação penal de iniciativa pública, condicionada ou incondicionada; em se tratando de ação penal de iniciativa privada (propriamente dita ou subsidiária da pública), o ofendido, seu representante ou sucessor atuam como parte.

##### 9.6.2.

##### FINALIDADE

Duas as posições acerca da finalidade da assistência:

- 1) Parte da doutrina entende que o assistente intervém no processo com o escopo de auxiliar, ajudar o Ministério Público na busca da efetivação do *jus puniendi* e, só secundariamente, para preservar eventual direito ressarcitório. Argumenta-se que, caso não se encontrasse a assistência embasada na colaboração com a realização da Justiça, o ofendido não poderia intervir se, por exemplo, renunciasse à indenização.
- 2) Outra corrente reputa a assistência como atuação voltada exclusivamente para a

satisfação do direito à reparação do dano advindo da infração. Para esses, o ofendido só poderá intervir se sofrer danos, e a ajuda que presta à acusação é mero reflexo de interesse particular. Aduzem os partidários de tal entendimento que o Código de Processo Penal autorizou a interposição de recurso pelo assistente somente em alguns casos (art. 271, *caput*), ou seja, justamente nas situações que guardam relação com a sorte do interesse civil do ofendido: a) decisão de impronúncia; b) decisão que decreta a prescrição ou julga, por outro modo, extinta a punibilidade; c) apelação supletiva.

#### 9.6.3. OPORTUNIDADE DA ADMISSÃO

O assistente pode ser admitido em qualquer momento do processo, após o recebimento da denúncia, enquanto não passar em julgado a sentença condenatória. Receberá a causa, no entanto, no estado em que se achar (art. 269 do CPP). Nos casos de competência do Tribunal do Júri, para que possa o assistente participar do julgamento, deve requerer a admissão com, pelo menos, três dias de antecedência (art. 447, parágrafo único, do CPP) em relação à data do julgamento.

157

156

#### 9.6.4. PROCESSAMENTO DO REQUERIMENTO DE HABILITAÇÃO

Ajuizado o pedido de admissão, o juiz ouvirá o Ministério Público (art. 272 do CPP). Eventual indeferimento do pedido deve fundar-se na falta dos requisitos legais (ex.: não haver prova de ser o requerente representante do ofendido ou prova do parentesco, nos casos do art. 31 do CPP), pois não é dado ao juiz (ou ao Ministério Público) avaliar a conveniência da admissão. Não é necessária a oitiva da defesa. O despacho, admitindo ou não a assistência, é irrecorrível, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão (art. 273 do CPP). Pode o ofendido, na hipótese de ver indeferido o pedido, impetrar mandado de segurança. Se admitida a intervenção, o assistente será intimado para participar de todos os atos ulteriores do processo, não se repetindo, porém, aqueles já realizados. O processo, todavia, prosseguirá independentemente de nova intimação do assistente, quando, intimado, deixar ele de comparecer a qualquer dos atos injustificadamente (art. 271, § 2, do CPP).

#### 9.6.5. PODERES DO ASSISTENTE

A atuação do assistente é restrita, podendo praticar somente os atos taxativamente elencados no art. 271 do diploma citado:

a) *Propor meios de prova*. O assistente pode sugerir a realização de diligências probatórias (perícias, buscas e apreensões, juntada de documentos etc.), cabendo ao juiz deferi-las ou não, após ouvido o Ministério Público. Inegável que pode o ofendido solicitar a oitiva de pessoas como testemunhas do juízo, nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal. Discute-se, todavia, se o assistente pode arrolar testemunhas. Há entendimento no sentido de que é inviável a indicação de testemunhas, pois o assistente passa a intervir após o recebimento da denúncia, oportunidade em que já estaria precluso o ato (Vicente Greco Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho e Fernando Capez). Outros (Júlio Fabbrini Mirabete e Espínola Filho) afirmam ser possível admitir a assistência e, concomitantemente, deferir a oitiva de testemunhas por ele arroladas, desde que, somadas àquelas arroladas na denúncia, não se exceda o número máximo previsto em lei.

b) *Requerer perguntas às testemunhas.* É facultado ao assistente reperguntar, depois do Ministério Público, para testemunhas de acusação ou de defesa.

c) *Aditar o libelo e os articulados.* O assistente pode adequar a peça inicial do *judicium causae* à decisão de pronúncia, bem como arrolar testemunhas a serem ouvidas no Plenário do Júri, desde que observado o limite legal. É vedado ao assistente, no entanto, aditar a denúncia. Possível, também, o aditamento dos articulados (alegações finais), manifestando-se o assistente com prazo sucessivo ao do Ministério Público, de três dias, no caso de procedimento comum ordinário (art. 500 e inciso II do CPP) e conjunto com o do Ministério Público, de cinco dias, na hipótese de procedimento de competência do Júri (art. 406, § 1, do CPP).

d) *Participar dos debates orais.* Faculta-lhe participar das alegações orais no processo sumário (arts. 538, § 2, e 539, § 22, do CPP), dispondo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, após o Ministério Público, bem assim na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri e nos processos de competência originária dos tribunais.

e) *Arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598, ambos do CPP.* O assistente pode oferecer razões em qualquer recurso interposto pelo Ministério Público. Pacífico o entendimento de que pode, também, contra-arrazoar os recursos interpostos pela defesa.

A lei prevê, ainda, a possibilidade de o assistente interpor e arrazoar os seguintes recursos (arts. 584, § 2, e 598):

- a) em sentido estrito, contra a decisão que impronuncia o réu;
- b) em sentido estrito, contra decisão que declara extinta a punibilidade do acusado;
- c) apelação *supletii'a*, contra sentença proferida nas causas de competência do juiz singular ou do Tribunal do Júri.

A apelação supletiva pressupõe a omissão do Ministério Público, isto é, a ausência de recurso deste dentro do prazo legal, hipótese em que o ofendido ou qualquer das pessoas apontadas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá recorrer. Tal apelação terá efeito meramente devolutivo.

Prevalece o entendimento segundo o qual a apelação supletiva só é possível no caso de *sentença absolutória*. Veja-se, a respeito da viabilidade de interposição da apelação em caso de condenação, as palavras de Vicente Greco Filho: “Quem reduz o interesse do assistente à reparação civil exclui a possibilidade, porque a quantidade da pena não interfere na responsabilidade civil, uma vez que já houve condenação. Todavia, ainda que o assistente intervenha, também, com a finalidade de colaboração com a justiça, a quantidade da pena não lhe concerne. Trata-se de aplicação puramente técnica e de interesse público, encontrando-se a atividade de colaboração com a justiça esgotada com a condenação. Só o Ministério Público pode recorrer da quantidade da pena ou concessão de benefício penal” (*Manual de processo penal*, Saraiva, 2. ed., 1993, p. 226). Há posicionamento (Júlio Fabbrini Mirabete), no entanto, que reputa cabível a interposição do apelo contra todas as decisões desfavoráveis à acusação, inclusive para postular aumento de pena.

O prazo para interposição da apelação supletiva ou do recurso em sentido estrito é de quinze dias, a contar do término do prazo do Ministério Público, para o ofendido ou sucessores que *não se tenham habilitado como assistentes* (art. 598, parágrafo único, do CPP). Para o que se habilitou como assistente no processo, o prazo é o mesmo previsto para as partes, ou seja, cinco dias (arts. 586 e 593 do CPP), tanto para o recurso em sentido estrito como para a apelação. Neste caso, o termo inicial do prazo será: a) o término do prazo para o Ministério Público, se o assistente for intimado antes deste órgão (art. 598 do CPP e Súmula 448 do STF); b) a intimação do assistente, quando intimado após o Ministério Público. Apesar de inexistir expressa previsão, pode o assistente interpor outros recursos tendentes a fazer valer os poderes elencados no citado art. 271. Assim, poderá recorrer em sentido estrito se a apelação supletiva for denegada (art. 581, XV, do CPP), bem assim interpor recurso extraordinário (Súmula 210 do STF), se tal recurso tiver por objeto discutir uma daquelas hipóteses previstas nos arts. 584, § 1, e 598, ambos do Código de Processo Penal.

### 9.7. AUXILIARES DA JUSTIÇA

Para que possa oferecer a tutela jurisdicional invocada pelas partes, o juiz necessita da colaboração de órgãos auxiliares, aos quais incumbe a realização de tarefas que não podem ser efetivadas pessoalmente pelo magistrado (documentação dos atos processuais, realização de diligências fora da sede do juízo, guarda de bens apreendidos etc.).

Esses órgãos auxiliares podem ser:

a) *permanentes* — são aqueles órgãos que atuam em todos os processos em trâmite pelo juízo (escrivão, oficial de justiça, distribuidor etc.);

b) *eventuais* — são aqueles que intervêm somente em alguns processos, nos quais realizarão tarefas especiais (intérpretes, peritos etc.).

Função essencial é a exercida pelo *escrivão*, auxiliar do juízo, encarregado de chefiar o cartório, documentar os atos processuais (inclusive participando de audiências ou designando escreventes para tal fim), redigir ofícios, mandados e cartas precatórias, guardar os autos etc. Sob a responsabilidade do *escrivão* oficiam *escreventes e auxiliares*.

Os atos externos (cuja execução deve dar-se fora da sede do juízo) são praticados pelo *oficial de justiça*. A ele incumbe cumprir as ordens do juiz, procedendo às intimações, citações, prisões, buscas e apreensões etc.

Tais auxiliares estão subordinados ao juiz, que deve corrigir eventuais erros e suprir omissões, bem como à Corregedoria-Geral da Justiça, que, juntamente com o magistrado, exerce sobre eles poder correicional.

Os atos praticados por esses auxiliares gozam de *fé pública*, isto é, presumem-se verdadeiros os escritos por eles firmados. Tal presunção, no entanto, cede passo perante prova em contrário (presunção relativa).

Nos termos do artigo 274 do Código de Processo Penal, estendem-se aos serventuários e funcionários da justiça as prescrições sobre suspeição dos juízes, no que lhes for aplicável.

Há casos em que a solução de determinada questão de fato depende de conhecimentos técnicos ou científicos especializados. Em tais hipóteses, o juiz será assistido por um *perito*, auxiliar eventual que, após nomeado pelo magistrado, fica obrigado a aceitar o encargo, salvo escusa atendível (art. 277 do CPP).

São deveres do perito acudir à intimação ou chamado da autoridade, comparecer no dia e local designados para o exame e apresentar o laudo ou concorrer para que a perícia seja realizada no prazo estabelecido (art. 277, parágrafo único, alíneas *a*, *b* e *c*). O perito que se recusar a aceitar o encargo sem justo motivo ou deixar de obedecer os deveres legais incorrerá em multa e, no caso de não-comparecimento injustificado, poderá ser conduzido coercitivamente (art. 278). Os peritos podem ser *oficiais* ou *não oficiais*. Os primeiros integram os quadros da Justiça ou da Polícia. Os segundos são pessoas idôneas e com formação superior, estranhas aos quadros de funcionários do Estado, escolhidos pelo juiz para prestar auxílio técnico. Em qualquer hipótese, estarão sujeitos à disciplina judiciária (art. 275). Aos peritos é extensivo o disposto sobre a suspeição dos juízes (art. 280). Além dessas causas de afastamento, não poderá ser perito a pessoa que:

a) *estiver sujeita à interdição de direitos* — isto é, encontrar-se proibida de exercer a atividade ou ofício em virtude de pena restritiva de direitos (art. 47, I e II, do CP);

b) *tiver prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;*

c) *for analfabeta ou menor de 21 anos.*

O Código também tratou dos *intérpretes*, que são os auxiliares eventuais a quem se atribui a tarefa de verter à língua portuguesa as declarações das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional ou dos surdos-mudos, que não puderem manifestar-se por escrito.

A parte final do dispositivo, que exige idade mínima de 21 anos para ser perito, não foi afetada pelo art. 5 do novo Código Civil, na medida em que o legislador pretendeu apenas fixar o critério da maturidade e experiência em relação

162 da maioria civil.

Os intérpretes são equiparados, para todos os efeitos, aos peritos (art. 281 do CPP). *Observação:* O art. 60 da Lei n. 9.099/95 permite que, nos Juizados Especiais Criminais, exista a figura do conciliador, que, sob a orientação dos juízes, poderá atuar na audiência preliminar com o objetivo de obter uma composição entre as partes. A existência da figura do conciliador e a forma pela qual será recrutado dependem da lei de cada Estado, devendo, contudo, ser escolhido, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, estando excluídos os que já exerçam função na Administração da Justiça Criminal (art. 73, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95). A toda evidência os conciliadores não podem colher prova, homologar acordos civis ou penais, tampouco sentenciar. São, portanto, auxiliares da justiça.

## 10. PRISÃO

Em matéria processual penal existem duas formas de prisão:

a) prisão *pena*: aquela que decorre de sentença condenatória transitada em julgado;

b) prisão *processual*: aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, nas hipóteses permitidas pela lei. É também chamada de prisão provisória ou prisão cautelar.

*Quais são as hipóteses de prisão processual?*

- 1) prisão em flagrante;
- 2) prisão preventiva;
- 3) prisão temporária;

- 4) prisão por sentença condenatória recorrível;
- 5) prisão por pronúncia.

## 10.1. PRISÃO EM FLAGRANTE

### 10.1.1. HIPÓTESES DE PRISÃO EM FLAGRANTE

O art. 302 do Código de Processo Penal enumera as hipóteses de prisão em flagrante:

a) Flagrante *próprio* (ou *real*). Abrange as situações descritas nos incisos I e II.

De acordo com o inciso I, considera-se em situação de flagrância aquele que está cometendo o crime. Assim, deve ser preso quem é visto durante a prática dos atos executórios da infração penal. Ex.: quem é visto efetuando disparos contra a vítima de homicídio, quem é preso ao estar apontando a arma para a vítima de um roubo etc.

Na hipótese do inciso II, o agente é flagrado quando acaba de cometer o crime, estando ainda no local. De acordo com esse dispositivo, encontra-se em flagrante quem já encerrou os atos de execução, mas é encontrado no local dos fatos em situação indicativa de que praticou a infração penal. Ex.: policiais ouvem disparos e, ao chegar no local, encontram a vítima alvejada e o agente com a arma na mão.

b) Flagrante *impróprio* (ou *quase-flagrante*). Considera-se em flagrante quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração (art. 302, III, do CPP). Em tal dispositivo, o sujeito fugiu do local do delito mas foi perseguido. A perseguição não precisa ter-se iniciado de imediato, uma vez que a expressão “logo após” abrange o tempo necessário para que a polícia seja chamada, compareça no local, tome informações acerca das características físicas dos autores do crime e da direção por eles tomada, e saia ao encalço dos mesmos. Assim, sendo a perseguição iniciada logo após a prática do crime, não existe prazo para sua efetivação, desde que a perseguição seja ininterrupta. Ao contrário do que se possa imaginar, não existe prazo de vinte e quatro horas para a efetivação da prisão em flagrante.

Deve ficar claro, portanto, que a palavra perseguição não supõe que os furtivos estejam na esfera visual dos perseguidores, mas tão-somente que os últimos estejam no encalço dos autores do crime.

c) Flagrante *presumido* (*ouficto*). Considera-se em flagrante quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nessa hipótese, o agente não é perseguido, mas localizado, ainda que casualmente, na posse de uma das coisas mencionadas na lei, de tal forma que a situação faça surgir séria desconfiança no sentido de ser ele o autor do delito.

A expressão “logo depois” deve ser analisada no caso concreto, em geral de acordo com a gravidade do crime, para se dar maior ou menor elastério à mesma.

### 10.1.2. SUJEITOS DO FLAGRANTE

O art. 301 do Código de Processo Penal trata do tema da seguinte forma:

a) *Sujeito ativo*. Refere-se ao autor da prisão:

- flagrante *obrigatório* (também chamado de compulsório ou necessário): significa que as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de prender quem se encontra em situação de flagrância; O descumprimento do dever, desde que por desleixo ou por interesse pessoal, caracteriza crime de prevaricação, sendo possível também a punição do policial na esfera administrativa da corporação.

- flagrante *facultativo*: significa que qualquer do povo pode prender quem se encontra em flagrante delito. Trata-se, pois, de mera faculdade e não obrigação.

b) *Sujeito passivo*. Em regra qualquer pessoa pode ser presa em flagrante. Há, entretanto, algumas exceções. Não podem ser presos em flagrante, *qualquer que seja o delito*: o Presidente da República (ali. 86, § 32, da CF); os menores de 18 anos; os diplomatas estrangeiros, desde que haja tratado assinado pelo Brasil nesse sentido. Os doentes mentais podem ser presos em flagrante. Não podem ser presos em flagrante, *por crimes afiançáveis*: a) os deputados e senadores; b) os juízes e promotores de justiça; e) os advogados, se o crime for cometido no desempenho de suas atividades profissionais.

### 10.1.3. CRIMES QUE ADMITEM A PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante é possível em todas as infrações penais, até mesmo nas de ação penal privada. Nestas, entretanto, o respectivo auto somente poderá ser lavrado se houver autorização da vítima.

O art. 236 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/67) veda a prisão do eleitor nos cinco dias que antecedem as eleições, até quarenta e oito horas após o encerramento da votação. Essa norma, entretanto, não se aplica à prisão em flagrante, por expressa disposição da lei.

Já o art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) proíbe a prisão em flagrante do motorista que socorre a vítima de acidente de trânsito por ele provocado.

A Lei n. 9.099/95, que trata das infrações de menor potencial ofensivo, não veda a prisão em flagrante, mas esclarece que não será lavrado o respectivo auto de prisão (mas mero termo circunstanciado), quando o autor da infração for encaminhado de imediato para o Juizado ou assumir o compromisso de fazê-lo logo que possível, não ficando, portanto, encarcerado.

*Que é flagrante provocado ou preparado?*

É aquele em que alguém é *induzido, convencido* por outro a cometer uma infração penal e este, concomitantemente, toma providências para que o suposto culpado seja preso, de forma que se perceba que tais providências tornaram *absolutamente impossível a consumação* do delito. A Súmula 145 do STF diz que não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Ora, se não há crime na hipótese, torna-se claro que o flagrante provocado é nulo.

*Que é flagrante esperado?*

É aquele em que a polícia, na maioria das vezes através de informação anônima, toma conhecimento de que um ilícito será praticado em determinado local e fica à espreita aguardando o momento da execução para efetivar a prisão em flagrante. Essa prisão é válida, diferenciando-se da situação anterior por não existir obra de agente *provocador*, a instigar o sujeito.

*Que é flagrante forjado?*

O flagrante forjado ocorre quando criam-se provas de um crime inexistente para se prender alguém em flagrante. Evidentemente é um flagrante nulo e o autor da farsa deve responder por crime de denunciação caluniosa e também por abuso de autoridade, caso seja funcionário público.

*Em que consiste e quando é possível o flagrante retardado?*

O flagrante retardado, criado pelo art. 2, II, da Lei n. 9.034/95, permite à polícia retardar a prisão em flagrante de crimes praticados por organizações criminosas, desde que a atividade dos agentes seja mantida sob observação e acompanhamento, para que a prisão se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de prova e

fornecimento de informações. Em suma, a lei permite que o policial atrase o momento da prisão para que consiga melhores provas contra os autores do delito.

#### **10.1.4. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE**

Trata-se de documento elaborado sob a presidência da autoridade policial no qual ficam constando as circunstâncias do delito e da prisão. Não há prazo para a lavratura do auto de prisão, mas como a nota de culpa deve ser entregue em um prazo de vinte e quatro horas (a contar da prisão), entende-se que o auto deve ser lavrado nesse período. O auto de prisão em flagrante deve ser elaborado no município em que se deu a prisão, ainda que outro tenha sido o local da infração (art. 290 do CPP). Se no município em que se deu a prisão não existir autoridade apta a presidir a lavratura do auto, deverá o preso ser conduzido até o município mais próximo (art. 308 do CPP). O desrespeito a essas regras, entretanto, não gera a nulidade do documento, uma vez que se trata de regras de cunho administrativo, não se podendo cogitar de incompetência territorial da autoridade policial, já que estas não têm jurisdição.

#### **10.1.5. FASES DO AUTO DE PRISÃO**

a) Inicialmente, deve a autoridade ouvir o condutor. Essa é a pessoa que leva o preso do local do crime até a delegacia e apresenta o detento à autoridade policial. Não há necessidade de o condutor ter presenciado o crime ou de ter sido ele o autor da prisão.

b) Oitiva das testemunhas. Como a lei utiliza-se da palavra no plural, devem ser ouvidas pelo menos duas testemunhas. Caso o condutor tenha presenciado o ilícito penal, poderá também ser ouvido como testemunha. Veja-se, ainda, que se não houver este número mínimo de testemunhas, a autoridade poderá lavrar o auto, mas terá de providenciar para que duas testemunhas de apresentação assinem o auto. Testemunhas de apresentação são aquelas que presenciaram o momento em que o condutor apresentou o preso à autoridade.

Apesar do silêncio da lei, sempre que possível, a autoridade deverá ouvir a vítima.

c) A autoridade deverá interrogar o indiciado, nos moldes preconizados pelos arts. 185 a 196 do Código. Lembre-se, entretanto, que o preso tem o direito constitucional de permanecer calado.

Ainda que o preso não possa ser interrogado, a autoridade poderá lavrar o auto de prisão. Nesse caso, o interrogatório será feito posteriormente. Ex.: preso ferido. Se o indiciado fosse menor de 21 anos, a autoridade deveria nomear um curador para acompanhar a lavratura do auto, sendo certo que, a não-nomeação retiraria o valor probatório de eventual confissão. A figura do curador, contudo, não é mais necessária em razão do art. 5Q do novo Código Civil (*vide* tópico 9.5).

d) Para concluir o auto, este deverá ser assinado pela autoridade, pelo condutor, testemunhas e pelo indiciado.

Se, porventura, o indiciado não puder, não quiser ou não souber assinar, a autoridade fará com que o auto seja assinado por duas pessoas que tenham presenciado a leitura do auto ao preso (testemunhas de leitura).

Terminada a lavratura do auto, o delegado enviará a sua cópia ao juiz competente, nos termos do art. 5, LXII, da Constituição, que estabelece que toda prisão deve ser comunicada de imediato ao juiz. A desobediência a esse preceito, se dolosa, caracteriza crime de abuso de autoridade (art. 42, *e*, da Lei n. 4.898/65).

O mesmo dispositivo da Carta Magna determina que a prisão e o local em que se encontra o indiciado serão imediatamente comunicados à sua família ou à pessoa por ele indicada.

#### **10.1.6. NOTA DE CULPA**

É um documento através do qual a autoridade dá ciência ao preso dos motivos de sua prisão, do nome do conduto e das testemunhas. A nota deve ser entregue ao preso dentro de vinte e quatro horas a contar da efetivação da prisão. Se não for entregue a nota de culpa, o flagrante deve ser relaxado por falta de formalidade essencial.

Quando a nota é entregue ao preso, este deve passar recibo à autoridade e, caso ele não queira, não possa ou não saiba assinar, deverá a autoridade providenciar para que duas testemunhas assinem o recibo.

#### **10.1.7. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Nos termos do art. 5, LXV, da Constituição, a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Assim, o flagrante deve ser relaxado:

- a) Quando faltar formalidade essencial na lavratura do auto. Ex.: ausência de oitiva do condutor, falta de entrega de nota de culpa etc.
- b) Quando não for hipótese de prisão em flagrante, ou seja, quando não estiver presente qualquer das hipóteses de flagrante descritas no art. 302 do CPP.
- c) Quando o fato for atípico.
- d) Quando houver desrespeito aos prazos previstos na lei, ou seja, quando houver excesso de prazo da prisão.

#### **10.1.8. RECURSO**

Contra a decisão que relaxa a prisão em flagrante cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V, do CPP).

### **10.2. PRISÃO PREVENTIVA**

A prisão preventiva, decretada pelo juiz competente quando presentes os requisitos legais, pode ser levada a efeito em qualquer fase do inquérito ou do processo (art. 311). Atualmente, entretanto, na fase do inquérito tem sido mais costumeiramente utilizada a prisão temporária.

A prisão preventiva é cumprida através de mandado de prisão. Aliás, todas as formas de prisão processual são cumpridas através de mandado, exceto a prisão em flagrante.

#### **10.2.1. REQUISITOS**

Inicialmente, o art. 312 do Código de Processo Penal prevê que a preventiva só é cabível quando há *indícios de autoria (fumus boni juris)* e *prova da materialidade* do crime. Estes são os chamados *pressupostos* da prisão preventiva.

O mesmo art. 312 acrescenta que também deve estar presente ao menos um dos chamados *fundamentos* da preventiva:

- a) *garantia da ordem pública* — que a prisão seja necessária para afastar o autor do delito do convívio social em razão de sua periculosidade por ter praticado, por exemplo,

crime de extrema gravidade ou por ser pessoa voltada a prática reiterada de infrações penais;

b) *conveniência da instrução criminal* — quando o réu está forjando ou eliminando provas, ameaçando testemunhas ou a vítima para não o reconhecer em juízo etc.;

c) *para garantia da futura aplicação da lei penal* — a preventiva é decretada com base nesse fundamento quando o réu está foragido ou prestes a fugir, de forma que, em caso de eventual condenação, possa ficar frustrado o cumprimento da pena;

d) *para garantia da ordem econômica* — trata-se de prisão decretada para coibir graves crimes contra a ordem tributária, o sistema financeiro, a ordem econômica etc.

Presente um desses fundamentos, não obstará a decretação da prisão o fato de o acusado ter residência fixa e emprego.

O art. 313 do Código de Processo Penal, por sua vez, permite a prisão preventiva apenas nos *crimes dolosos apenados com reclusão*. Excepcionalmente, entretanto, admite sua decretação nos crimes apenados com detenção, desde que o réu seja vadio, não tenha fornecido elementos para uma correta identificação ou tenha condenação anterior por outro crime doloso (no prazo de 5 anos de reincidência). Esse dispositivo traça as chamadas *condições de admissibilidade* da prisão preventiva.

É terminantemente vedada a sua decretação nas contravenções penais e nos crimes culposos, por mais grave que seja a situação concreta.

Em suma, os requisitos da prisão preventiva são os seguintes:

Para que seja decretada a preventiva é necessária a presença de um dos fundamentos da coluna 1, de ambos os pressupostos da coluna II, de ambas as condições da coluna III e, finalmente, de uma das condições da coluna IV.

172

173

	I	II	III		IV		
1)	Garantia da Ordem Pública ou	1) Indícios de Autoria	1) Crime	1)	Apenado com Reclusão		
2)	Conveniência da Instrução Criminal						
	ou + E + E +				ou		a) vadio ou
3)	Garantia da Aplicação da Lei Penal	2) Prova da Materialidade	2) Doloso	2)	Apenado com Detenção	E	b) não- ident. <b>OU</b> c) reinc. em crime doloso
4)	Garantia da Ordem Econômica						

*Observações:*

- 1) O juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício ou em razão de requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou de representação da autoridade policial (art. 311). No último caso, o juiz deve ouvir o Ministério Público antes de decidir.
- 2) O juiz pode a todo tempo revogar a prisão preventiva caso desapareçam os motivos que a ensejaram. Pode, também, red decretá-la se os mesmos motivos ressurgirem ou, ainda, com base em novos fundamentos (art. 316).
- 3) O despacho que decreta ou que denega o pedido de prisão preventiva deve ser sempre fundamentado (art. 315). A própria Constituição, em seu art. 52, LXI, estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas.
- 4) Contra a decisão que denega pedido de prisão preventiva e da que a revoga cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V, do CPP). Admite-se, também, a impetração de mandado de segurança para a obtenção de efeito suspensivo ao recurso para que, em liminar, o tribunal mantenha o réu preso até a decisão de mérito.
- 5) Da decisão que decreta a prisão preventiva e da que indefere requerimento de sua revogação cabe *habeas corpus*.
- 6) É vedada a decretação de preventiva se o juiz verificar, pelas provas constantes dos autos, que o agente praticou o ato sob o manto de uma das excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal).
- 7) A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impede a decretação da prisão preventiva se presentes os requisitos legais (art. 317).

### 10.2.2. DURAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE E PREVENTIVA

Após a prisão em flagrante ou a decretação da prisão preventiva, o réu não pode ficar preso por tempo indeterminado.

Devem, assim, ser observados os prazos estabelecidos na lei para o cumprimento dos diversos atos processuais: conclusão do inquérito, oferecimento de denúncia, interrogatório, defesa prévia, oitiva de testemunhas, alegações finais e sentença. A jurisprudência, por sua vez, firmou entendimento de que, quando *iniciada a ação penal*, os prazos não devem ser contados isoladamente em relação a cada um dos atos processuais. Ao contrário, o prazo deve ser considerado englobadamente, ou seja, só se escoará quando ultrapassado o tempo de todos os prazos somados. No procedimento ordinário (comum) essa soma alcança o total de 81 dias, a contar da data da prisão. Findo tal prazo, poderá ser alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo e, como consequência, ser o réu libertado. Esse prazo, entretanto, não é fatal, sendo certo que a jurisprudência tem entendido que uma série de fatores podem ser levados em conta para permitir que o réu fique preso além desse tempo (excesso de testemunhas, demora na elaboração de provas periciais de alto grau de dificuldade, necessidade de adiamento de audiência pela não-condução do réu ao fórum, excesso de processos em pauta etc.). Assim, o juiz, decidindo fundamentadamente, pode deixar de soltar o réu (hipótese em que o acusado poderá impetrar *habeas corpus* no tribunal competente para tentar sua liberdade refutando os argumentos do juiz que o mantiveram no cárcere). O crescimento das cidades, o aumento da criminalidade e a falta de estrutura da polícia para conduzir os presos até os locais de audiência são apontados, dentre outros, como motivos que justificam alteração da lei para ampliar os prazos da prisão, uma vez que aqueles previstos no Código de Processo Penal estão em desacordo com a atual realidade.

O excesso de prazo para o término da instrução não justifica a libertação do réu quando a responsabilidade pelo atraso é da defesa. Nesse sentido a Súmula 64 do Superior

Tribunal de Justiça. Por isso, diz-se que o prazo de 81 dias é contado da data da prisão até o término da instrução acusatória.

Terminada a instrução, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo (Súmula 52 do STJ).

O rito do Júri é escalonado, ou seja, possui duas fases:

a primeira encerra-se com a pronúncia (que remete o réu a Júri), enquanto a segunda, com o julgamento em Plenário. É evidente, portanto, que se trata de procedimento mais demorado. Em razão disso, o prazo de 81 dias somente deve ser observado na primeira fase. Nesse sentido, a Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”.

### **10.3. PRISÃO TEMPORÁRIA**

#### **10.3.1. CONCEITO**

É uma medida restritiva da liberdade de locomoção, decretada por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações de crimes considerados graves, durante o inquérito policial. A prisão temporária está prevista na Lei n. 7.960/89.

#### **10.3.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO (ART. 12)**

I — Quando for imprescindível para as investigações durante o inquérito policial, ou seja, quando houver indícios de que, sem a prisão, as diligências serão malsucedidas.

II — Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

III — Quando houver indícios de autoria ou de participação de um dos seguintes crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão ou extorsão mediante seqüestro, estupro ou atentado violento ao pudor, raptos violentos, epidemia ou envenenamento de água ou alimento, quadrilha, genocídio, tráfico de entorpecentes ou crime contra o sistema financeiro.

Apesar de divergências a respeito, prevalece o entendimento de que a prisão temporária só é cabível nos crimes mencionados no inciso III e desde que também presente a hipótese do inciso I ou do inciso II.

#### **10.3.3. CARACTERÍSTICAS**

1) A prisão temporária somente pode ser decretada pelo juiz. Este, entretanto, não pode decretá-la de ofício, dependendo, portanto, de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial. Na última hipótese, antes de decidir, o juiz deve ouvir o Ministério Público. O juiz tem prazo de vinte e quatro horas para decidir.

2) O prazo de duração da prisão temporária é de cinco dias, prorrogável por mais cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 22). A prorrogação deve ser decretada pelo juiz. Saliente-se, entretanto, que o art. 22, § 32 da Lei n. 8.072/90 permite que tal prisão seja decretada por prazo de trinta dias, prorrogável por igual período, nos crimes hediondos, no tráfico de entorpecentes, bem como nos crimes de terrorismo e tortura.

3) Terminado o prazo, o preso deve ser imediatamente solto, salvo se tiver sido decretada a prisão preventiva. A não-libertação do preso constitui crime de abuso de autoridade (art. 42, *i*, da Lei n. 4.898/65, com redação dada pela Lei n. 7.960/89).

4) A pessoa sujeita à prisão temporária deve obrigatoriamente permanecer separada dos demais detentos (provisórios ou condenados).

#### **10.4. PRISÃO POR SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL**

Somente se cogita dessa modalidade de prisão processual quando, por ocasião da sentença de primeira instância, o sujeito encontrava-se solto. Presentes os requisitos legais, o juiz decretará a prisão e determinará a expedição do respectivo mandado. Se o juiz já havia decretado a prisão anteriormente, e os motivos que a ensejaram continuam a existir, evidentemente não é necessário que se decrete a prisão por ocasião da sentença. Nesse caso, o juiz limita-se a recomendar o réu na prisão (não expedindo mandado).

Pressuposto básico da decretação dessa forma de prisão é que o réu seja condenado a pena privativa de liberdade que não tenha sido substituída por multa, por pena restritiva de direitos ou pelo *sursis*.

Além disso, o art. 594 do CPP estabelece que, mesmo sendo o acusado condenado a pena privativa de liberdade, não será decretada a sua prisão se ele for primário e de bons antecedentes. Assim, nos termos do art. 393, 1, *sendo o réu reincidente ou portador de maus antecedentes*, deverá o juiz seguir as seguintes regras:

a) Se o crime for inafiançável, deverá decretar a prisão do réu. Assim, para apelar o réu terá de recolher-se à prisão. Se o recurso for interposto sem que esteja cumprida a ordem de prisão, o juiz não poderá recebê-lo. Por sua vez, se o réu se recolhe à prisão, o recurso deve ser recebido; mas, se em seguida foge, será julgada deserta a apelação (art. 595).

b) Se o crime for aflançável, o juiz também deve decretar a prisão do réu, mas no mesmo momento deve arbitrar o valor da fiança, desde que ausentes as vedações dos arts. 323 e 324 do CPP (que a reincidência não seja em crime *doloso*, p. ex.). Tal valor deverá constar do mandado de prisão e, uma vez prestado, permitirá ao réu recorrer em liberdade. Pode-se concluir, portanto, que o acusado tem duas opções caso queira apelar: pode recolher-se à prisão ou prestar a fiança.

Veja-se, entretanto, que se o réu tinha sido preso em flagrante e já havia prestado fiança em fase anterior do processo, o juiz não decretará sua prisão, por já estar garantido o juízo.

*Obsevação:* Com a consagração do princípio da presunção da inocência enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória (art. 5, LVII, da CF), alguns autores passaram a defender a tese de que a prisão pela sentença recorrível afrontaria tal dispositivo. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, atento ao fato de que a própria Constituição admite a prisão processual, desde que preenchidos os requisitos legais, emitiu a Súmula 9 com o seguinte teor: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Existe regra própria em relação ao tema no art. 22, § 22, da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), no que se refere a condenação por crime hediondo, tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura. Diz a lei que, nesses crimes, o juiz deverá decidir, fundamentadamente, se o réu pode ou não apelar em liberdade. Assim, de acordo com as características do caso concreto, deverá o juiz decidir e fundamentar sua decisão, podendo decretá-la ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes.

#### **10.5. PRISÃO POR PRONÚNCIA**

O rito do Júri é escalonado, pois possui duas fases. A primeira inicia-se com o

recebimento da denúncia e termina com a pronúncia, que é uma decisão em que o juiz admite a presença de indícios de que o réu cometeu o crime e prova da materialidade da infração, e, assim, declara que o acusado será submetido em data futura ao julgamento pelos jurados. A segunda fase inicia-se com o oferecimento do libelo e se encerra com o julgamento em plenário. Pois bem, por ocasião da pronúncia, caso o réu seja *reincidente* ou tenha *maus antecedentes*, o juiz deverá decretar a prisão, se o crime for inafiançável, e se for afiançável, deverá decretá-la, arbitrando, de imediato, o valor da fiança (art. 408, § 22 e 32). Veja-se que, em verdade, são regras idênticas àquelas referentes à prisão por sentença recorrível.

## 10.6. DO ATO DA PRISÃO

Há dois tipos de prisão:

- a) prisão em flagrante;
- b) prisão por mandado.

A prisão pode ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitada a inviolabilidade de domicílio (cuja regras serão estudadas adiante). É proibida, entretanto, a prisão do eleitor nos cinco dias que antecedem as eleições e nas quarenta e oito horas subsequentes ao encerramento da votação, salvo no caso de flagrante delito e em razão de sentença condenatória por crime inafiançável (art. 236 do Código Eleitoral — Lei n. 4.737/65).

### 10.6.1. PRISÃO EM DOMICÍLIO

O art. 5, XI, da Constituição diz que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou, durante o dia, por ordem judicial.

Assim, podem ser tiradas as seguintes conclusões:

1) Prisão *em flagrante*. Mesmo contra a vontade do morador, pode-se invadir a residência, a qualquer hora, do dia ou da noite, para se prender o autor do delito.

2) Prisão por *mandado*:

a) se houver consentimento do morador, é possível que se ingresse na casa para cumprir a ordem de prisão a qualquer hora, do dia ou da noite;

b) sem o consentimento do morador (pouco importando se o mandado de prisão é contra ele ou contra terceiro que se encontra em sua casa). Nessa hipótese, se o cumprimento deve dar-se durante o dia, o executor, após receber a negativa do morador, convocará duas testemunhas e entrará à força, ainda que tenha de arrombar as portas. Por outro lado, se o fato ocorrer durante a noite, o mandado não poderá ser cumprido sem a autorização do morador. Nesse caso, o art. 293 do CPP diz que o executor fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanhecer, arrombará as portas, na presença das duas testemunhas, e efetuará a prisão.

*O terceiro que não permite a entrada para o cumprimento do mandado para beneficiar o réu comete algum crime?*

Se a recusa ocorre durante a noite, o morador está no exercício regular de direito e, portanto, não comete crime. Se ocorre durante o dia, caracteriza crime de favorecimento pessoal (art. 348 do Código Penal), salvo se o beneficiário for ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do morador.

## 10.7. PRISÃO ESPECIAL

O legislador, atento à necessidade de evitar que certas pessoas, em razão das funções

que exercem ou de peculiar situação cultural, permaneçam em contato com indivíduos que não ostentem essas mesmas condições, previu a possibilidade de recolhimento em prisão especial (art. 295 do CPP), que, entretanto, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum (art. 295, § 1). Em consequência desse dispositivo, resta claro que não se deve admitir a concessão de qualquer outro privilégio ou regalia ao beneficiário, já que a única nota distintiva permitida é o encarceramento do preso especial em local diverso do reservado a outros presos. Em relação aos demais direitos e deveres, não há diferença de tratamento entre o preso especial e o comum (art. 295, § 5º).

A lei prevê, ainda, que, se não houver estabelecimento específico para o preso especial, será ele recolhido em cela distinta no estabelecimento destinado aos demais presos (art. 295, § 2º).

Ao preso especial é garantido também o direito de não ser transportado juntamente com o preso comum (art. 295, § 4º).

O art. 295. *caput*, do CPP estabelece que a prisão especial só é cabível até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e seus beneficiários são:

I- os ministros de Estado;

II — os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de polícia;

III — os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV — os cidadãos inscritos no “Livro do Mérito”;

V — os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (que ficarão recolhidos em quartéis);

VI — os magistrados;

VII — os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII — os ministros de confissão religiosa;

IX — os ministros do Tribunal de Contas;

X — os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI — os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

Além dessas hipóteses de prisão especial previstas no Código, há outras previstas em leis especiais concedendo o benefício aos membros do Ministério Público, aos oficiais da Marinha Mercante, aos dirigentes e administradores sindicais, aos servidores públicos, aos pilotos de aeronaves mercantes nacionais, aos advogados, aos funcionários da Polícia Civil, aos professores de 1º e 2º grau e aos juízes de paz.

A não-inclusão do Presidente da República no rol de beneficiários da prisão especial é justificada pela existência de vedação constitucional à decretação de sua prisão processual por prática de infração comum (art. 86, § 32, da CF).

## 11. LIBERDADE PROVISÓRIA

Nos termos do art. 52, LXVI, da Constituição, ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. O Código de Processo Penal originariamente tratava do tema de forma bastante simples, mas inúmeras alterações legislativas tornaram o assunto extremamente complexo e

confuso.

As regras são as seguintes:

1) Nas infrações em que o agente *livra-se solto*, ou seja, nas punidas tão-somente com multa ou com pena privativa de liberdade, em abstrato, não superior a três meses, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deve, de imediato, soltar o autor do delito, independentemente de fiança (art. 321 do CPP).

2) Nos *crimes aflançáveis*, que são aqueles em que a pena mínima não supera dois anos, duas situações podem ocorrer:

a) Se o delito for apenado com detenção (lesões corporais leves, p. ex.) ou prisão simples (contravenções penais), a própria autoridade policial arbitra o valor da fiança, que, prestada pelo agente, implica sua libertação. Os arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal, entretanto, estabelecem que não se pode conceder fiança se o réu for reincidente em crime doloso, se for vadio, se o crime tiver provocado clamor público ou tiver sido cometido com violência ou grave ameaça. se o réu estiver em *sursis* ou em livramento condicional por outro crime e quando presentes os requisitos da prisão preventiva. Veja-se, ainda, que se a autoridade policial entender que não estão presentes os requisitos para a concessão da fiança, e, posteriormente, o juiz entender que tais requisitos existem, concederá ele a liberdade provisória.

*Observação:* A Lei n. 9.099/95, modificada pelo art. 22, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01, alterou profundamente essas regras (1 e 2) ao estabelecer que nas infrações de menor potencial ofensivo não se lavrará auto de prisão em flagrante (mas mero termo circunstanciado) nem se exigirá fiança, sempre que o autor da infração for encaminhado de imediato ao Juizado ou quando assumir o compromisso de fazê-lo. Após o advento da Lei n. 10.259/01, consideram-se de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes com pena máxima até dois anos. Há, porém, quem entenda que, no âmbito da Justiça Estadual, deva continuar valendo a definição da Lei n. 9.099/95, que considera de menor potencial ofensivo, além das contravenções, os crimes com pena até um ano (esse tema será abordado com maior profundidade no volume 15, dentro do tópico “Juizados Especiais Criminais”). Assim, quando alguém é apresentado preso na Delegacia, a primeira providência da autoridade policial é verificar se se cuida de infração de menor potencial ofensivo. Se for, o delegado somente lavrará o auto de prisão e tomará uma das medidas acima mencionadas (itens 1 e 2) se o autor da infração não for encaminhado de imediato ao Juizado e não assumir o compromisso de fazê-lo. Se não for infração de menor potencial ofensivo, a autoridade lavrará o auto e concederá a fiança, se cabível ao caso. Ex.: crime de homicídio culposo na direção de veículo (art. 302 do Código de Trânsito) tem pena de dois a quatro anos de detenção. É crime afiançável, mas não é infração de menor potencial ofensivo.

b) Se o crime afiançável for apenado com reclusão (furto, p. ex.), a autoridade policial lavra o auto de prisão em flagrante e, na seqüência, remete-o ao juiz. Apenas este poderá conceder a liberdade provisória.

O art. 350 do CPP dispõe que nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o, entretanto, às mesmas condições das pessoas que estejam sob fiança.

3) Nos *crimes inafiançáveis*, cuja pena mínima é superior a dois anos (roubo, homicídio, estupro etc.): antes da Lei n. 6.416/77, quem era preso em flagrante por crime inafiançável necessariamente deveria permanecer nessa condição até o julgamento final. A mencionada lei, entretanto, criou um parágrafo único no art. 310 do Código de Processo Penal, alterando completamente o assunto. Com efeito, estabelece tal dispositivo que o juiz deve conceder a liberdade provisória, independentemente de

fiança, sempre que entender que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva. O juiz, portanto, ao se deparar com alguém preso em flagrante, deve fazer a si próprio a seguinte pergunta: se essa pessoa não tivesse sido presa em flagrante, seria caso de decretar-lhe a preventiva? Se a resposta for afirmativa, o juiz não concede a liberdade provisória. Se a resposta for negativa, o juiz deve conceder-lhe a liberdade, independentemente de fiança, tomando-lhe apenas o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício.

Veja-se que esse dispositivo acaba permitindo a liberdade provisória até em crimes inafiançáveis. Em razão disso, o tema fiança perdeu grande parte de sua importância prática, já que o *juiz*, nos crimes afiançáveis ou inafiançáveis, pode conceder a liberdade provisória, sem fiança, sempre que ausentes os requisitos da prisão preventiva. Por isso, a Súmula 81 do STJ, que dispõe ser incabível a fiança nas hipóteses de concurso material quando as penas mínimas cominadas superarem dois anos de reclusão, não impede a concessão da liberdade provisória sem fiança, bastando que estejam ausentes tais requisitos.

Como o art. 31 O, parágrafo único, concede tal poder apenas ao juiz, não pode a autoridade policial deixar de exigir a fiança após a lavratura do auto de prisão em crime afiançável apenado com detenção (que não seja de menor potencial). Com a perspicácia que lhe é peculiar, Fernando da Costa Tourinho Filho esclarece que, em tal hipótese, o agente, após prestar a fiança e ser libertado, poderá pleitear ao juiz que transforme o benefício em liberdade provisória sem fiança, ou seja, que lhe seja devolvido o valor prestado. Essa solução afigura-se justa, pois não faz sentido o agente ficar submetido a todas as regras da fiança (proibições, quebra, cassação, perda da fiança) apenas porque foi a autoridade policial que a concedeu, já que, se fosse o juiz o autor da concessão do benefício, não seria exigido qualquer valor como fiança e a única obrigação seria o comparecimento aos atos processuais seguintes.

Em razão da reforma ocorrida no art. 310, parágrafo único, alguns autores chegaram a argumentar que o instituto da fiança estaria revogado. Tal assertiva, entretanto, não é verdadeira porque, conforme já estudado, a fiança continua sendo utilizada nas hipóteses de prisão decretada em razão de sentença recorrível ou de pronúncia por crime afiançável.

4) Crimes insuscetíveis de *liberdade provisória*. O art. 22, § 22, da Lei n. 8.072/90 veda a liberdade provisória e a fiança nos delitos hediondos, no tráfico de entorpecentes, no crime de terrorismo e de tortura. Em relação à tortura, entretanto, a Lei n. 9.455/97 voltou a admitir a liberdade provisória. Dessa forma, se alguém for preso em flagrante por crime hediondo, tráfico de entorpecentes e terrorismo, deverá permanecer preso até o julgamento final. É certo, entretanto, que se a prisão tiver sido ilegal, deverá o juiz relaxar o flagrante.

Em suma, vejam-se os seguintes exemplos:

a) Prisão em flagrante por crime de dano qualificado, cuja pena é de detenção de seis meses a três anos, e multa. Não entra na competência dos Juizados Especiais por não ser infração de menor potencial ofensivo. É crime afiançável. O próprio delegado, após a lavratura do auto de prisão, poderá fixar fiança (salvo se presente alguma vedação dos arts. 323 e 324 do CPP), e, se não o fizer, o juiz poderá conceder a liberdade provisória, sem fiança, se ausentes os requisitos da preventiva.

b) Crime de constrangimento ilegal, cuja pena é detenção de três meses a um ano ou multa. É crime afiançável, mas entra na competência do Juizado. Por isso, o delegado não lavrará o auto de prisão, desde que o autor da infração seja imediatamente encaminhado para o Juizado ou assumo o compromisso de fazê-lo. O delegado lavrará um termo circunstanciado e o soltará de imediato, sem exigir fiança. Se, entretanto, não

ocorrer uma das duas hipóteses acima, o delegado aplicará as regras do Código de Processo Penal, ou seja, terá de lavrar o auto de prisão e verificar a possibilidade de conceder fiança.

c) Contravenção de importunação ofensiva ao pudor, cuja pena é tão-somente multa. Inclui-se na competência do Juizado. O delegado não lavrará o auto de prisão, desde que o autor da infração seja encaminhado de imediato ao Juizado ou assuma o compromisso de fazê-lo. Nesse caso, será solto, independentemente de fiança. Por outro lado, se não ocorrer uma dessas duas hipóteses, o delegado aplicará as regras gerais do Código de Processo Penal, ou seja, lavrará o auto de prisão e soltará o agente sem exigir fiança, pois se trata de infração em que o agente se livra solto.

d) Crime de furto, cuja pena é reclusão, de um a quatro anos, e multa. Cuida-se de crime afiançável apenado com reclusão e que não é considerado de menor potencial ofensivo. O delegado lavra o auto de prisão, mas não pode arbitrar fiança por ser o ilícito apenado com reclusão (art. 322 do CPP). O auto será então remetido ao juiz, que poderá conceder a liberdade provisória, independente de fiança, se ausentes os requisitos da prisão preventiva.

e) Delito de roubo, que é apenado com reclusão de quatro a dez anos, e multa. Cuida-se de crime inafiançável. O delegado lavra o auto de prisão, mas o juiz poderá, posteriormente, conceder liberdade provisória independentemente de fiança, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 310, parágrafo único, do CPP).

f) Crime de estupro. Por se tratar de crime hediondo, o juiz não poderá conceder liberdade provisória.

Recurso. Contra decisão que concede a liberdade provisória cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V, do CPP), mas da decisão que indefere pedido de tal benefício, cabe *habeas corpus*.

## 11.1. FIANÇA

Conforme já salientado, o instituto da fiança perdeu grande parte de sua importância prática após a reforma ocorrida no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Há, todavia, uma série de dispositivos no Código que disciplinam o tema, apesar do seu pouco uso concreto.

### 11.1.1. CONCEITO

É um direito do réu que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, ficar em liberdade durante o processo, desde que preenchidos determinados requisitos.

*Quem pode conceder afiança?*

*Vide* tópico anterior.

### 11.1.2. VALOR DA FIANÇA

É fixado pela autoridade que a concede e depende basicamente da gravidade da infração penal e da situação econômica do réu (art. 326 do CPP). O art. 325 do citado diploma fixa pa tamare

de acordo com a gravidade da infração. Ex.: será de um a cinco salários mínimos se a pena máxima for até dois anos; será de cinco a vinte salários mínimos se a pena máxima for de quatro anos etc. Veja-se, também, que se a situação econômica do réu assim o indicar, o juiz poderá reduzir o valor da fiança de dois terços ou aumentá-la até o décuplo (art. 325, § 1, do CPP). Além disso, se o réu for extremamente pobre e não puder arcar com o pagamento da fiança, o juiz poderá conceder a liberdade provisória eximindo-o da fiança. O réu, todavia, ficará sujeito às mesmas condições (art. 350 do

CPP). Esse dispositivo aplica-se quando a autoridade policial havia arbitrado a fiança e o acusado não a prestou por falta de recursos. *Quem pode prestá-la?*

Nos termos do art. 329, a fiança pode ser prestada pelo próprio preso ou por terceiro em seu favor.

#### 11.1.3. REFORÇO DA FIANÇA

Nos termos do art. 340 do Código em destaque, poderá ser exigido reforço no valor da fiança quando:

I — por engano, a autoridade fixar valor aquém dos patamares legais;

II — houver depreciação material ou perecimento dos objetos entregues em fiança;

III — houver alteração na classificação jurídica para crime mais grave, no qual o patamar da fiança seja outro.

Se não for feito o reforço, a fiança será cassada, sendo o valor inicialmente prestado devolvido e o réu recolhido à prisão.

#### 11.1.4. OBJETO DA FIANÇA

A fiança consistirá no depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca de imóvel.

### 11.1.5. OBRIGAÇÕES DO AFIANÇADO

#### 11.1.X. PERDA DA FIANÇA

Os arts. 327 e 328 do diploma processual penal traçam as obrigações a que deve sujeitar-se o réu afiançado:

a) comparecer a todos os atos do inquérito ou do processo para o qual seja intimado;

b) não mudar de residência sem autorização do juiz e dela não se ausentar por mais de oito dias sem comunicar ao juízo o local em que poderá ser encontrado.

#### 11.1.6. QUEBRA DA FIANÇA

Ocorre a chamada quebra da fiança, cuja conseqüência é a perda de metade do valor prestado e o recolhimento à prisão, nos seguintes casos:

a) descumprimento injustificado das obrigações mencionadas nos citados arts. 327 e 328;

b) prática de nova infração penal.

#### 11.1.7. CASSAÇÃO DA FIANÇA

As hipóteses são as seguintes:

a) quando se verificar que a fiança não era cabível na espécie (art. 338). Ex.: se a autoridade policial não atentou para o fato de o indiciado ser reincidente em crime doloso e a concedeu;

b) quando houver inovação na classificação do delito, reconhecendo-se a existência de crime inafiançável (art. 339);

c) quando for exigido reforço na fiança e o acusado não a prestar (art. 340, parágrafo único).

Nos casos de cassação da fiança o seu valor será integralmente restituído ao acusado, que será recolhido à prisão.

190

Nos termos do art. 344. haverá perda do valor da fiança se o réu for condenado irrecorrivelmente e não se apresentar à prisão. Nesse caso, após serem descontadas as custas e demais encargos, o valor será recolhido ao Tesouro Nacional.

*Observação:* Saliente-se, novamente, que, apesar de tais institutos (reforço, quebra, cassação, perda etc.) continuarem a existir no texto do Código, a sua aplicação prática é quase nula, desde a alteração do art. 310, parágrafo único, que permitiu ao juiz conceder liberdade provisória sem fiança à pessoa *presa em flagrante* sempre que ausentes os

requisitos da preventiva, apenas tomando do réu o compromisso de comparecer a todos os atos para os quais seja intimado. Assim, como o réu, em regra, não está sob fiança, não há que se falar em reforço, quebra, cassação ou perda. O juiz revogará a liberdade provisória apenas se o acusado descumprir o dever de comparecer aos atos processuais. A possibilidade de reforço, quebra, cassação ou perda da fiança tem aplicação concreta, nos dias de hoje, apenas em hipótese de fiança prestada em decorrência de sentença recorrível ou de pronúncia. Assim, suponha-se que o réu foi pronunciado por crime afiançável e, por ter maus antecedentes, o juiz decretou-lhe a prisão, mas arbitrou fiança (que, em tese, só é vedada objetivamente se o réu for reincidente em crime doloso — art. 323, III). Uma vez prestada, o réu pode aguardar o julgamento em liberdade, mas submete-se a todas as regras referentes ao instituto da fiança. Percebe-se, pois, que liberdade provisória e fiança são temas que, em decorrência das alterações legislativas ocorridas, tornaram-se extremamente complexos, estando a merecer uma reforma completa para a sistematização adequada. Da decisão que concede, nega, arbitra, cassa, julga inidônea, quebrada ou perdida a fiança cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V e VII).