

PARECERES

O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DE AÇÃO PENAL PÚBLICA

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

Professor de Direito Processual Penal

1. A hipótese em exame. 2. Convergência de condutas culposas e o princípio da indivisibilidade da ação penal. 3. O despacho de recebimento da denúncia ou do aditamento não pode ser reconsiderado ou reformado pelo Juiz.

1. Francisco Nascimento de Lima foi condenado como incurso no art. 121, § 3º, c/c art. 70 do CP, em razão de ocorrência que a consulta — a mim encaminhada pelos seus e. advogados, Dr. José Henrique Pierangelli e Dr. José Mauro da Silveira, com cópia reprográfica da denúncia, do aditamento, da sentença e do acórdão — narra, indagando:

I— A convergência de condutas culposas reclama a indivisibilidade da ação penal?

II— Com o recebimento do aditamento reclamado pela indivisibilidade da ação penal formaliza-se a continência, que obriga ao processo e ao julgamento simultâneos (CPP, art. 79, *caput*), que só poderá ser rompida nas hipóteses previstas na lei processual penal (art. 79, incisos e §§, e art. 80). Qual o objetivo dessa regra?

III— Pode o Juiz, na sentença, cassar o despacho em que foi recebido o aditamento à denúncia?

IV— Ao romper-se, indevidamente, sem motivo relevante, a continência e a regra do *unus et simultaneus processus*, feriu-se o princípio do *due process of law* e causou-se prejuízo à defesa do réu condenado?

V— Em caso positivo, ocorreu nulidade insanável, pronunciável *ex officio* pelo Tribunal, ou dependia sua apreciação de provocação do órgão do Ministério Público, que não recorreu da decisão que anulou o aditamento?

2. Passo a emitir meu parecer.

1. A hipótese em exame

3. Francisco Nascimento de Lima foi denunciado, em 28.4.75, perante o R. Juízo da Comarca de Pereira Barreto, como incurso no art. 121, § 4º, e no art. 129, § 7º, c/c art. 51, § 1º, todos do CP, porque teria agido com imprudência e negligência, ao trafegar pela rodovia asfaltada que liga Jupiá a Ilha Solteira, no sentido Jupiá-Ilha Solteira, dirigindo um trator, com uma carreta carregada de milho, que teve a traseira colhida por um ônibus da Empresa Reunidas, dirigido por Marcus Antonio de Oliveira, que rodava no mesmo sentido de direção, tendo resultado lesões em 78 passageiros, muitos dos quais vieram a falecer. A denúncia foi recebida (doc. 1).

Encerrada a instrução, em 22.9.76, o Ministério Público ofereceu aditamento à denúncia, para nela incluir Marcus Antonio de Oliveira, motorista do coletivo, que teria concorrido culposamente para o evento (doc. 2).

O MM. Juiz da comarca, em 28.9.76, recebeu o aditamento, nos seguintes termos (doc. 3): "Em razão da notória sensibilidade jurídica que aflora à pele do nobre *parquet* desta Comarca, já era de se esperar o aditamento à denúncia, apresentado a fls. 244-245. Recebo, porque tempestivo, o aditamento acima referido. Cite-se o co-réu Marcus Antonio de Oliveira, ficando designado seu interrogatório para o dia 02 de dezembro de 1976, às 15h30. Notifique-se o Ministério Público. Oficie-se à Empresa Reunidas para informar qual o número de poltronas de passageiros existente no ônibus envolvido no acidente. Requistem-se F.A. e certidão do distribuidor criminal da Comarca, a respeito do co-réu ora denunciado. Int. Sérgio Teixeira de Andrade — Juiz de Direito".

Encerrada a produção da prova postulada em função do aditamento à denúncia e ofertadas as alegações finais, o MM. Juiz condenou Francisco Nascimento de Lima a 1 ano e 9 meses de detenção, com *sursis* pelo prazo de 3 anos, como incurso nos arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, em concurso formal (doc. 4). E em relação ao co-réu Marcus Antonio de Oliveira, anulou o aditamento, com a seguinte fundamentação: "Ainda em preliminar, tumultuário e ilegal o oferecimento do aditamento à denúncia de fls. 252, por infringir o disposto no art. 569 do CPP. Uma vez encerrada a instrução, conforme termo de audiência a fls. 243, o aditamento de fls. 252, correspondeu ao enxerto de uma outra ação penal, e não simples correção de omissões da denúncia, como permitido no dispositivo adjetivo penal acima referido. Por isso que, por idênticas razões, nem mesmo deveria ter sido recebido a fls. 252.

De tal sorte que o Ministério Público, percebendo o erro havido, a fls. 323, protestou pelo desmembramento do processo, providência que também não se defere, pois o correto é o oferecimen-

to de denúncia. Ainda em preliminar, acolhe-se a arguição de nulidade, sensata e corretamente observada pelo representante do Ministério Público, a fls. 323, no que foi o mesmo acompanhado pelo defensor do réu Marcus Antonio de Oliveira, porque, *ad argumentandum*, ainda que certo estivesse o oferecimento do aditamento à denúncia, não houve renovação da prova de acusação, ficando, assim, inobservado o princípio do contraditório" (doc. 4).

A C. 4ª Câmara do E. TACrimSP deu provimento parcial ao recurso de Francisco Nascimento de Lima, julgando extinta a punibilidade relativamente aos delitos de lesões corporais, pela ocorrência da prescrição retroativa, mas mantida a pena imposta, repelida as preliminares de nulidade, entre elas a decorrente da anulação do aditamento à denúncia (doc. 5).

4. Esta a síntese dos fatos, que reclamam reflexões sobre: a) a convergência de condutas culposas e o princípio da indivisibilidade da ação penal; b) a possibilidade de reconsideração, pelo Juiz de primeiro grau, do despacho de recebimento da denúncia ou do aditamento pessoal.

2. Convergência de condutas culposas e o princípio da indivisibilidade da ação penal

5. A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 deixou bem claro que "fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em crime culposos, pois neste tanto é possível a cooperação material, quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação" (Exposição de Motivos, n. 23).

Não se deve, porém, confundir a co-delinqüência em delitos culposos com a pluralidade de delitos dessa natureza,

em razão da convergência ou concorrência de culpas.

Leciona Júlio F. Mirabete: "Há concorrência de culpas quando dois ou mais agentes (excetuada a co-autoria, em que deve haver um liame psicológico entre eles) causam resultado lesivo por imprudência, negligência ou imperícia. Todos respondem pelos eventos lesivos. Numa tríplice colisão, em que ocorram lesões corporais ou morte, por exemplo, os motoristas que agiram culposamente (velocidade incompatível com o local, imperícia na manobra, reflexos lentos em decorrência de sono ou fadiga etc) serão responsabilizados pelo resultado" (*Manual de Direito Penal*, Parte Geral, v. 1, p. 151, Atlas, 1989).

6. Dessa forma, um acidente de trânsito com vítimas pode ser atribuído a várias pessoas, desde que resulte de conduta culposa de todas elas. Na expressiva observação de Goyet, "la faute de l'une ne peut pas justifier celle de l'autre" (*Précis de Droit Pénal Spécial*, 1945, p. 358).

7. Como pode haver co-autoria em crime culposos, basta que a participação culposa de alguém tenha sido a causa do evento, concorrentemente com a atuação também culposa de outra pessoa, para que ambos sejam considerados responsáveis pelo evento lesivo.

O motorista do veículo figura, desde logo, como responsável pelo evento, se agiu com culpa em sentido estrito. Pode, no entanto, ser causador do desastre também o motorista do outro veículo. Como observam José Belmonte Díaz e Luis Belmonte Díaz, "Es autor del delito de imprudencia quien toma parte directa en la ejecución de los hechos constitutivos de la culpa que ocasionó el mal producido. Alcanza, pues, a cuantos por su negligencia o descuido son causa de que se realice un mal, que no se hubiera ocasionado de hacerse procedido con la necesaria previsión o cuidado" (*Defensa y Responsabilidad en el Accidente de Automovil*, 1955, p. 123).

8. Na continência, como o próprio nome está a indicar, uma causa está contida na outra, não sendo possível a cisão.

Como a continência se verifica na hipótese de concurso de pessoas (co-autoria e participação) — e aí a *causa petendi* é a mesma — e nos casos em que se aplique a regra contida na primeira parte do art. 70 do CP — art. 73, segunda parte, e art. 74 do CP —, conclui-se que, como o fato é o mesmo (no caso de co-autoria e participação) ou a conduta é uma só (é a hipótese do concurso formal), pode-se afirmar que a continência está em função da identidade da *causa petendi* ou da unidade da conduta.

Por tais razões, não se concebe pluralidade de processos, quando a causa de pedir é a mesma. Tampouco, quando houver unidade de conduta, inobstante daí decorram duas ou mais infrações. Por que apreciar a mesma conduta em diversos processos? Por que apreciar o mesmo fato, a mesma causa de pedir em processos distintos? Não seria atentar contra o princípio da economia processual? Não haveria a possibilidade de provas conflitantes?

Dessa forma, havendo continência, haverá, também, o *simultaneus processus* (cf. CPP, art. 77, II, c/c art. 79), que objetiva assegurar aos acusados a busca da verdade real, a plenitude da defesa e evitar decisões conflitantes e iníquas.

Consagra-se, aí, de maneira indireta, o princípio da indivisibilidade da ação penal.

9. Na convergência de culpas, que não se confunde com a co-delinquência em delitos culposos, também não é possível a cisão. Por que apreciar as condutas concorrentes em processos distintos? Não seria atentar contra o princípio da economia processual? Não haveria possibilidade de provas conflitantes?

A junção dos processos, nesses casos, também é imperiosa porque imposta pela natureza das coisas. A separação,

tal como na continência (a indivisibilidade e a continência são fenômenos processuais semelhantes, cf. J. Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, I/280, Forense, 1961), só é possível nos casos apontados pela lei processual (CPP, art. 79, incisos e §§, e art. 80).

10. O princípio da indivisibilidade é um dos princípios básicos do processo penal. Tão essencial que o Código de Processo Penal, no art. 48, impõe ao Ministério Público a obrigação de velar, nos processos iniciados mediante queixa, pela sua indivisibilidade.

Todavia, em inúmeros acórdãos do Excelso Pretório encontra-se a afirmativa de que “o princípio da indivisibilidade da ação penal não se aplica à ação penal pública” (RHC 61.928, *DJU* 1.2.85, p. 469).

Entretanto, não é correta a assertiva de que a ação penal pública seja divisível, diferentemente da ação privada.

Se ao Ministério Público cumpre vigiar pela observância do princípio da indivisibilidade nos processos iniciados por queixa, a toda evidência, não poderá transgredir essa norma nas ações penais por ele próprio promovidas.

A propósito, leciona Afrânio Silva Jardim: “Na verdade, somos que a ação pública é tão indivisível quanto a ação privada, apenas a forma de explicitar o princípio e fiscalizá-lo tem uma sistemática diferente no Código do Processo Penal.

“Tendo-se em vista o princípio da oportunidade da ação penal privada, tornou-se imperativo ao legislador regular a matéria de forma expressa no art. 48 do CPP, impedindo que o querelante utilize-se do direito de ação de forma discriminatória, em contraste com os fins colimados pela lei ao outorgar-lhe tal legitimação extraordinária.

“Assim, em sendo facultativa a ação privada, correto andou o legislador ao tornar claro e límpido o princípio da indivisibilidade, criando mecanismos para o seu controle (arts. 45 e 48 do CPP).

“Entretanto, a ausência de dispositivo idêntico em relação à ação pública não pode levar jamais à conclusão de que ela seja divisível, mormente em face da combinação dos arts. 77, inc. II, e 79 do CPP. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que também a ação penal pública é indivisível.

“Neste particular, o sistema do código se apresenta bastante lógico. Na realidade, vigorando o princípio da obrigatoriedade da ação pública, desnecessário seria dizer que ela deve ser proposta em face de todos os autores e partícipes da infração penal. Em outras palavras, o princípio da indivisibilidade está abrangido ou compreendido no princípio da obrigatoriedade. A indivisibilidade, destarte, é um consectário lógico da obrigatoriedade de agir. É intuitivo” (“A ação Penal Pública e o Princípio da Indivisibilidade”, in *Direito Processual Penal — Estudos e Pareceres*, p. 417, Forense, 1990).

Também nesse sentido o entendimento de Hélio Tornaghi:

“Indivisibilidade. O direito de ação é direito de pedir ao Estado que faça justiça, não que seja instrumento de vindita. Entendeu a lei que pedir punição de uns e não de outros ofensores não seria solicitar justiça, sim exercer vingança. Estabeleceu, então, a regra da indivisibilidade da ação privada (CPP, arts. 48 e 49). Quanto à pública, não havia necessidade de preceito expresso, já que o Ministério Público não pode renunciar ao exercício da ação” (*Instituições de Processo Penal*, v. 2º, p. 357, Saraiva, 1977 — grifos da transcrição).

No mesmo sentido, igualmente, a lição de Eduardo Espínola Filho: “A denúncia ou a queixa tem de abranger todos os participantes do crime, não podendo abstrair de nenhum; tanto preocupa evitar a divisibilidade do processo e a abstenção de procedimento contra um dos responsáveis, que, nos termos do art. 48 do CPP, a queixa, dada contra

um deles só, alcançará todos os outros, impondo-se ao órgão do Ministério Público, como precípua dever, velar para que não seja, na prática, iludida a observância fundamental da indivisibilidade da ação penal” (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 1/421, n. 106, Borsoi, 1965).

Assim também já nos manifestamos: “A ação penal, seja pública ou privada, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que cometeram a infração. Quanto à ação privada, há, a respeito, texto expresso (CPP, art. 48). E isto por uma razão muito simples: se a proposição da ação penal constitui um dever, é claro que o Promotor não pode escolher contra quem deva ela ser proposta. Ela deve ser proposta contra todos aqueles que cometeram a infração (*nec delicta maneat impunita*). Se Tício e Caio mataram Mévio, é evidente que a ação penal deve ser promovida contra ambos. Aliás, analisando-se o art. 77, II, combinado com o art. 79 do CPP, infere-se que a ação penal é indivisível. Em se tratando de ação privada, porque regida pelo princípio da oportunidade, poder-se-ia pensar que a vítima teria o direito de promover a ação penal contra quem quisesse, isto é, poderia escolher dentre os culpados o que deveria ser processado. Daí a regra do art. 48 do estatuto processual penal: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”. Na verdade, o Estado concedeu-lhe o direito de acusar e não o direito de vingança...” (cf. nosso *Processo Penal*, 1/291-292, Saraiva, 1992).

11. A violação desse princípio é causa de nulidade: “A denúncia ou a queixa tem de abranger todos os participantes do crime, não podendo abstrair nenhum. A divisibilidade da ação penal acarreta, irremediavelmente, a nulidade do processo, por se tratar de falta insanável” (RT 293/593). “Não tendo a

denúncia abrangido todos os implicados no crime, anula-se o processo *ab initio*, para os efeitos legais” (RT, 370/286).

Tanto mais quando, como no caso em exame, priva o Julgador de examinar a possibilidade de culpa exclusiva ou, pelo menos, de culpa convergente de outra pessoa.

3. O despacho de recebimento da denúncia ou do aditamento não pode ser reconsiderado ou reformado pelo Juiz

12. O controle sobre a denúncia — e, à evidência, também sobre o aditamento — é previsto no art. 43 do CPP.

Observa J. Frederico Marques que “esse juízo decorre do exame de três espécies de condições ou pressupostos: a) regularidade formal da denúncia; b) viabilidade da relação processual; c) viabilidade do direito de ação” (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, p. 161, Forense, 1961).

As consequências jurídicas derivadas do oferecimento da denúncia ou do aditamento pessoal poderiam ser circunscritas às seguintes: a) obriga o Juiz a uma decisão preliminar sobre a existência, ou não, das condições de procedibilidade ou de punibilidade; b) investe o Ministério Público de uma expectativa de direito de ver seu pedido apreciado pela Segunda Instância, em caso de rejeição (CPP, art. 581, I); c) defere à Instância Superior o conhecimento da existência, ou não, das condições de procedibilidade ou de punibilidade, em sede de recurso ou de *habeas corpus*.

13. Antes de receber a denúncia ou o aditamento, cabe ao Juiz decidir sobre a existência, ou não, das condições de procedibilidade ou de punibilidade. Com a decisão de modo afirmativo, somente à Superior Instância é que se defere o reexame daquelas mesmas condições.

Tanto isso é exato que somente é recorrível o despacho que não recebe a denúncia ou o aditamento.

O recurso em sentido estrito, a que se refere o art. 581, I, do CPP, só é cabível contra decisão que não recebe denúncia ou queixa.

Como adverte J. Frederico Marques: “recebida a denúncia ou queixa, inadmissível será o recurso, pois que este, no caso, é *secundum eventum litis*: ao acusado, para revogação do despacho de recebimento, só resta o *remedium juris* do *habeas corpus*” (*Elementos de Direito Processual Penal*, IV/283, Forense, 1965).

14. A reconsideração de decisão que recebe a denúncia ou o aditamento importa tumulto processual e concessão de um recurso, não previsto na lei, contra a decisão de recebimento.

A propósito do tema, vale transcrever tópico do magnífico voto do e. Min. Rodrigues de Alckmin, proferido no RHC 51.423:

“O despacho de recebimento da denúncia traduz juízo sobre a admissibilidade da acusação. E, como o processo encerra uma série de atos formais, coordenados progressivamente, tendo-se em vista a finalidade a que se destina, daí se segue que, salvo nos casos em que a lei o permite, não pode o juiz, sem tumulto no procedimento, reformar decisões proferidas, retrocedendo na marcha processual. Foi o que observou um antigo julgado, a respeito deste mesmo tema, ponderando (RT 230/146): “É fora de dúvida que o Dr. Juiz de Direito não podia rejeitar uma denúncia que já estava recebida. Isso importa tumultuar o processo e conceder um recurso não previsto na lei ao despacho de recebimento”. E é por isso que não se considera legítimo possa o juiz (a quem, na ocasião de receber ou rejeitar a denúncia, se abre a oportunidade de apreciar se é admissível a acusação ou o pedido de decisão final sobre a *notitia criminis*) reformar, ulteriormente, o despacho que recebeu a denúncia e contra o qual não se proporciona recurso. O impedimento à reforma, pelo seu

prolator, do despacho que recebeu a denúncia decorre, assim, da exaustão de seu poder decisório, e não há mister de texto de lei que expressamente o afirme” (RTJ, 69/367).

Nesse sentido, têm decidido os nossos Tribunais:

“Denúncia — Recebimento — Reconsideração posterior pelo juiz, ordenando o arquivamento do feito — Inadmissibilidade — Despacho contra o qual não se proporciona recurso — Impedimento à reforma que decorre da exaustão de seu poder decisório — Preliminar de nulidade acolhida. Não se considera legítimo possa o juiz (a quem, na ocasião de receber ou rejeitar a denúncia, se abre a oportunidade de apreciar se é admissível a acusação ou o pedido de decisão final sobre a *notitia criminis*) reformar, ulteriormente, o despacho que recebeu a denúncia e contra o qual não se proporciona recurso. O impedimento à reforma, pelo seu prolator, do despacho de recebimento decorre da exaustão de seu poder decisório, e não se faz mister texto de lei que expressamente o afirme” (TJSP, 6ª CCrim — RT 639/281).

“Processo-Crime — Denúncia oferecida em forma legal e recebida pelo Juiz — Despacho posterior mandando arquivar o processo sob o fundamento de que não há um crime a punir e sim um fato a lamentar — Ilegalidade dessa determinação — Necessidade da formação da culpa. O Juiz não tem o arbítrio de suprimir termos e atos do processo. Recebida a denúncia, não pode ele, sob o fundamento de que não há um crime a punir, e sim um fato a lamentar, determinar o arquivamento do processo” (RT, 141/50).

“Ação Penal — Denúncia — Reconsideração do despacho que a recebera — Inadmissibilidade — Decisão anulada — Prosseguimento do feito ordenado. O despacho de recebimento da denúncia não pode ser reconsiderado ou reformado pelo Juiz” (RT, 336/83).

“Ação Penal — Denúncia — Reforma, pelo magistrado, da decisão que a recebera — Inadmissibilidade — Reapreciação vedada pelo caráter de interlocutória mista daquela decisão — Anulação do despacho em questão. Somente do despacho que não recebe a denúncia é cabível recurso. Quanto ao que recebe, se à Segunda Instância não é dado reapreciá-lo, com maior razão essa retratação é negada ao juiz de Primeira Instância” (RT, 309/106).

“Ação Penal — Denúncia — Rejeição — Ato levado a efeito após o interrogatório do réu, portanto, quando já recebida aquela peça — Inadmissibilidade — Recomendação a respeito. A denúncia já recebida não pode mais ser rejeitada. A Segunda Instância, somente, caberá corrigir o erro cometido com o seu recebimento” (RT, 260/145).

“Ação Penal — Denúncia — Despacho que a recebera tornado sem efeito — Inadmissibilidade — Decisão reformada — Recurso provido para esse fim — Inteligência e aplicação do art. 43 do CPP. Recebida a denúncia, fica instaurada a ação penal, que não mais pode ser trancada pelo Juízo de primeira instância” (RT, 290/125).

“Processo crime — Denúncia — Recebimento, pelo Juiz do Cível, da oferecida em crime falimentar — Reconsideração, entretanto, do despacho pelo Juiz Criminal, a fim de rejeitá-la — Inadmissibilidade. Não pode o Juiz Criminal rejeitar denúncia recebida pelo Juiz da falência, pois isso importa em concessão de *habeas corpus* contra ato de Juiz do mesmo grau, o que é inadmissível” (RT, 343/110).

15. Feitas essas considerações, passo a responder às indagações formuladas:

I— A convergência de condutas culposas reclama a indivisibilidade da ação penal?

Resposta: Sim. Como já demonstrado, a indivisibilidade da ação penal, quando houver convergência de condutas culposas, é imperiosa.

II— Com o recebimento do aditamento reclamado pela indivisibilidade da ação penal formaliza-se a continência (CPP, art. 79, *caput*), que só poderá ser rompida nas hipóteses previstas na lei processual (art. 79, incisos e §§, e art. 80). Qual o objetivo dessa regra?

Resposta: Efetivamente, com o recebimento do aditamento pessoal, reclamado pela indivisibilidade da ação penal, formaliza-se a continência (CPP, art. 79, *caput*), que só poderá ser cindida nas hipóteses previstas nos arts. 79 e 80 do CPP. E essa regra objetiva assegurar aos acusados a busca da verdade real e a plenitude da defesa e, ao mesmo tempo, evitar decisões conflitantes e iníquas.

III— Pode o Juiz, na sentença, cassar o despacho em que foi recebido o aditamento à denúncia?

Resposta: É fora de dúvida que o MM. Juiz sentenciante não pode cassar um aditamento à denúncia, que já estava recebido. Isso importa tumulto processual e concessão de um recurso, não previsto na lei, contra a decisão de recebimento.

Ao receber o aditamento, presume-se que o MM. Juiz verificou se ele continha os requisitos legais. Observe-se que, no caso em exame, ao receber o aditamento pessoal, assim se manifestou o digno Magistrado (doc. 3): “Em razão da notória sensibilidade jurídica que aflora à pele do nobre *parquet* desta Comarca, já era de se esperar o aditamento à denúncia, apresentado a fls. 244-245.

Recebo, porque tempestivo, o aditamento acima referido”.

Recebido o aditamento pessoal, fica instaurada a ação penal contra o co-réu, que não mais pode ser trancada pelo Juízo de primeira instância.

Como já se demonstrou, a decisão que anula o despacho de recebimento importa verdadeira concessão de *habeas corpus* contra ato emanado do próprio Juízo, o que é inadmissível.

IV— Ao romper-se, indevidamente, sem motivo relevante, a continência e a regra do *unus et simultaneus processus*, feriu-se o princípio do *due process of law* e causou-se efetivo prejuízo à defesa do réu condenado?

Resposta: É princípio universal, inscrito na legislação dos povos cultos, o de que ninguém poderá ser privado de sua vida ou liberdade senão em virtude do devido processo legal.

O Direito Constitucional pátrio absorveu essa experiência jurídica e incorporou a cláusula do devido processo legal, em regra explícita: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV). Essa formal declaração reflete a consciente opção do legislador constituinte por um regime de liberdades públicas.

A cláusula constitucional do *due process of law* não deve ser vista e nem interpretada como simples proclamação retórica da Constituição e das leis. Ela, na realidade, contém a fórmula de neutralização do arbítrio estatal e representa, na significativa concreção do seu alcance, a salvaguarda da vida, da liberdade e da propriedade.

Por isso mesmo, a referência ao *due process of law* implica, como necessária consequência dessa garantia, o reconhecimento da subordinação do Estado às exigências do contraditório, da plenitude do direito de defesa, da igualdade processual, da publicidade e da bilateralidade dos atos procedimentais, da motivação dos pronunciamentos judiciais e do próprio acesso à tutela jurisdicional do Estado.

O processo penal existe como garantia da pessoa, em face da atividade persecutória do Estado. Os desníveis entre o Estado-Administração, titular da pretensão punitiva, e o acusado, contra quem se deduz uma imputação penal, são evidentes e desfavorecedores do próprio direito de liberdade do réu.

É por isso que a Constituição e as leis buscam equilibrar as posições jurídicas dos litigantes penais, impondo à autoridade estatal diversas restrições ao seu poder de punir.

A própria exigência legal de um processo já constitui uma expressiva garantia do acusado em face do Estado.

Dai a sujeição do processo penal a rígidos paradigmas dogmáticos e a uma estrita observância dos princípios positivados na Constituição e nas leis.

Efeito precípua da continência é o *simultaneus processus*: “A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo...”.

Tal regra, entretanto, admite exceções, e estas estão previstas, como se disse, nos incs. I e II e §§ 1º e 2º do art. 79, bem como no art. 80, todos do CPP.

Com a cassação da decisão em que foi recebido o aditamento à denúncia, determinou-se, indevidamente (fora das hipóteses legais), a separação dos processos. Com isso, ofendeu-se a regularidade do processo, que a continência visava a assegurar.

E, a toda evidência, ao romper-se, sem motivo relevante, a continência e a regra do *unus et simultaneus processus*, feriu-se o princípio do devido processo legal.

Sabe-se que o Direito Processual Penal é complemento natural do Direito Penal e do Direito Processual Constitucional. O primeiro não edita fórmulas vazias, mas sim preceitos que, embora naturalmente adstritos à ordem formal do procedimento, constituem a garantia do indivíduo que se vê penalmente acionado. Por isso, não deve o Julgador hesitar na aplicação inflexível do formulário garantidor da liberdade individual e, sobretudo, não permitir que, nessa aplicação, interfira sem propriedade a parêmia de que não há nulidade sem prejuízo.

Verdade é que há Julgadores, que, impressionados com o que batizam de “desprestígio da Justiça”, procuram apro-

veitar tudo o que se faz ilegalmente, para que não fique “desmoralizada” a Justiça com a eventual não punição dos acusados em virtude de incômodas decretações de nulidade, que podem ocasionar o esmaecimento da prova e, quiçá, a prescrição da pretensão punitiva.

Manifesto, porém, o equívoco desse entendimento. Se o ignorante do Direito se scandaliza com a aplicação deste, não é isso razão bastante para se deixe o Julgador coagir por essa concepção boçal da Justiça e se recuse à efetiva aplicação dos diplomas legais e se omita no reconhecimento de nulidades, que, imperceptíveis aos leigos em Direito, se ostentam gritantemente à face dos que deste entendem e aos quais toca o dever legal de dizê-lo.

Claro que não há aqui falar que o réu condenado “não teve prejuízo”.

Na verdade, ao romper-se, sem motivo relevante, a continência e a regra do *unus et simultaneus processus*, causou-se efetivo prejuízo à defesa do réu condenado, na medida em que impediu a repartição da responsabilidade, na medida em que afastou a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade concorrente.

Convém observar, ainda, que, ferido, frontalmente, o princípio constitucional do *due process of law*, não há cogitar de sanabilidade do vício substancial. Admiti-lo importaria reconhecer que a lei processual, ao formalizar as garantias constitucionais, poderia ir até ao absurdo de as negar.

A inobservância de uma formalidade processual destinada a assegurar o respeito a um princípio constitucional atinente ao *status libertatis* jamais se poderá considerar sanável. A nulidade será, sempre, absoluta, irremediável. Em face dos princípios ou garantias constitucionais relativos às liberdades individuais, constantes da Magna Carta de 1988, o disposto no art. 572, I, do CPP se encontra derogado.

V— Em caso positivo, ocorreu nulidade insanável, pronunciável *ex officio* pelo Tribunal, ou dependia sua apreciação de provocação do órgão do Ministério Público, que não recorreu da decisão que anulou o aditamento?

Resposta: Ao proferir a sentença definitiva, o MM. Juiz de Direito condenou um acusado e, quanto ao outro, cassou a decisão em que fora recebido o aditamento à denúncia.

Cuida-se, é lícito afirmar-se, de continência de causa, em que o *unus et simultaneus processus* é obrigatório, tal a íntima ligação entre os fatos e a autoria, ainda que esta se constitua de mais de uma pessoa.

Os motivos que permitem a separação não se verificam nesta hipótese.

Separar-se o processo porque teria havido ofensa ao art. 569 do CPP e porque não houve renovação da prova de acusação não é justificativa juridicamente aceitável. Ou bem a instrução estava em ponto de ser encerrada ou não estava. Se não estava, cabia prosseguir de acordo com as normas processuais. Se estava, impunha-se, como remate, a decisão final. O que não se admitia era a condenação de um acusado e, em relação ao co-réu, a anulação do aditamento à denúncia, que já havia sido recebido.

A omissão da sentença em resolver o mérito de uma das partes da acusação configurou vício grave, por inobservância de formalidade que constitui elemento essencial do ato, infringindo, assim, o disposto nos arts. 381, III, e 564, IV, do CPP.

Por outro lado, como já se afirmou, a decisão de anulação do despacho de recebimento do aditamento importou verdadeira concessão de *habeas corpus* contra ato emanado do próprio Juízo, implicando verdadeiro encimado desconchavo.

E essa decisão é nula. É nulidade absoluta: existindo, no particular, falta de jurisdição, não se aplica a regra do art. 567 do CPP, porquanto são

insanáveis não só os atos decisórios, como os probatórios e ordinatórios... (cf. J. Frederico Marques, *Da Competência em Matéria Penal*, p. 308).

Na verdade, a competência para tornar sem efeito o despacho que recebeu o aditamento era e é, exclusivamente, da Instância Superior. Trata-se, pois, de competência funcional por graus de jurisdição. E, nesses casos, a incompetência é absoluta (cf. Frederico Marques, *ibidem*, p. 307). Na hipótese faltou jurisdição. Onde não há jurisdição, diz Hélie, não pode haver julgamento, e o ato, quaisquer que sejam os seus característicos e finalidade, é considerado inexistente (*apud* Frederico Marques, *ob. cit.*, p. 307).

A nulidade, insanável, é pronunciável pelo Tribunal, *ex officio*.

Irrelevante não tenha o órgão do Ministério Público recorrido da decisão que anulou o aditamento. Se a ação penal pública, uma vez proposta, torna-se indisponível, a teor do art. 42 do CPP, evidente que apresentado aditamento, o titular da ação penal não podia dele desistir, quer expressamente, quer deixando de interpor o recurso exigido. De nenhum efeito, pois, a desistência manifestada pela inércia, que, tão-só, acarreta a responsabilidade funcional do órgão do Ministério Público.

Sic mihi videtur, sub censura.

São Paulo, 3 de dezembro de 1992.