

2. DOUTRINA NACIONAL

2.5

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A comissão e os anteprojetos – 3. O atual Código de Processo Penal – 4. A finalidade da reforma – 5. As reformas processuais penais na América Latina – 6. Prisão, medidas cautelares e liberdade – Projeto de Lei 4.208/01 – 7. Suspensão do processo e procedimentos – Projeto de Lei 4.207/01 – 8. Provas – Projeto de Lei 4.205/01 – 9. Interrogatório e defesa legítima – Projeto de Lei 4.204/01 – 10. Recursos e ações de impugnação – Projeto de Lei 4.206/01.

Resumo: Já se encontram em tramitação no Congresso Nacional os anteprojetos de lei que irão consubstanciar a tão almejada reforma do nosso vetusto Código de Processo Penal de 1941. Os referidos anteprojetos são frutos do trabalho de uma Comissão presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover, que teve como escopo principal adequar o velho Código à Constituição de 1988, além de conformá-lo com o modelo acusatório, tendência indiscutível do processo penal contemporâneo. A reforma contempla as seguintes matérias: a investigação criminal; o interrogatório e a defesa efetiva; prisão, medidas cautelares e liberdade; provas; procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; tribunal do júri; recursos e ações de impugnação. A reforma é urgente, pois, como se sabe, de há muito o nosso Código de Processo Penal está ultrapassado e, em vários dos seus dispositivos, inteiramente dissociado da nova ordem constitucional brasileira, não constituindo hoje um diploma que afiance ao acusado as suas garantias e os seus direitos fundamentais, além de ser excessivamente formalista e assistemático.

Palavras-chave: Código de Processo Penal – Reforma – Comissão – América Latina – Medidas cautelares – Liberdade – Procedimento – Provas – Defesa – Recursos.

1. Introdução

Realiza-se mais uma vez, e com o absoluto sucesso dos anteriores, o VII Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim que, dentre os vários temas abordados, abordará a reforma do Código de Processo Penal.

A preocupação com essa reforma revela-se na realização de alguns painéis pertinentes à matéria, tais como os que tratam da Execução Penal, da Reforma do Sistema de Justiça, do Novo Projeto do Júri, da Prisão Cautelar e, especificamen-

te, o painel "Reforma do Código de Processo Penal", sob a nossa responsabilidade e com a do Prof. Maurício Zanoide Moraes.¹

Neste trabalho iremos analisar as principais modificações a serem introduzidas em nosso sistema processual penal, acaso aprovados os anteprojetos, furtando-nos a comentar, apenas, as mudanças previstas para o procedimento no Tribunal do Júri, tendo em vista as peculiaridades do tema e, principalmente, a sua abordagem pelos painelistas Professores Rui Stoco e Ana Paula Zomer.

Também não será alvo de nosso estudo a modificação já operada no art. 295 do CPP, que trata da prisão especial, visto que já foi devidamente sancionado o respectivo projeto de lei.

2. A comissão e os anteprojetos

O então Ministro da Justiça, Dr. José Carlos Dias, ao assumir o Ministério, editou o Aviso 1.151/99, convidando o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, do qual somos membros, a apresentar uma proposta de reforma do nosso Código de Processo Penal. Esse mesmo Ministro, agora por via da Portaria 61/00, constituiu uma Comissão para o trabalho de reforma, tendo como membros os juristas Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (que mais tarde saiu, sendo substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

Com a inesperada e lamentável saída do Min. Dias, o novo titular da Pasta, Dr. José Gregori, pela Portaria 371/00, confirmou a Comissão anteriormente formada, com a substituição já referida.

Ao final dos trabalhos, a Comissão de juristas entregou ao Ministério da Justiça, no dia 06.12.2000, sete anteprojetos (todos acompanhados de uma exposição de motivos) que, por sua vez, originaram os seguintes projetos de lei:

- 1.º) Projeto de Lei 4.209/01: investigação criminal;
- 2.º) Projeto de Lei 4.207/01: suspensão do processo/procedimentos;
- 3.º) Projeto de Lei 4.205/01: provas;
- 4.º) Projeto de Lei 4.204/01: interrogatório/defesa legítima;
- 5.º) Projeto de Lei 4.208/01: prisão/medidas cautelares e liberdade;
- 6.º) Projeto de Lei 4.203/01: júri (a respeito do qual não vamos discorrer pelos motivos já revelados);
- 7.º) Projeto de Lei 4.206/01: recursos e ações de impugnação.

⁽¹⁾ Autor da excelente obra *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, editada pela RT, São Paulo, 2000.

3. O atual Código de Processo Penal

O nosso Código de Processo Penal é do ano de 1941 e ao longo desse período poucas alterações sofreu em que pese serem evidentes as mudanças sociais ocorridas no País e tendo em vista a nova ordem constitucional vigente.

O seu surgimento, em pleno Estado-Novo,² traduziu de certa forma a ideologia de então, mesmo porque “las leyes son e deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas” (grifos nossos).³

À época tínhamos em cada Estado da Federação um Código de Processo Penal, pois desde a Constituição Republicana a unidade do sistema processual penal brasileiro fora cindida, cabendo a cada Estado da Federação a competência para legislar sobre processo, civil e penal, além da sua organização judiciária.

Como notara o mestre Frederico Marques, “o golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal”.⁴

Até que em 03.10.1941 promulgou-se o Dec.-lei 3.689, que entraria em vigor a partir de 1.º de janeiro do ano seguinte; para resolver principalmente questões de natureza de direito intertemporal, promulgou-se, também, o Dec.-lei 3.931/41, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

Esse Código, elaborado, portanto, sob a égide e “os influxos autoritários do Estado Novo”, decididamente não é, como já não era “um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal”, como dizia Frederico Marques. Segundo o genial mestre paulista, “continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito (...). O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. (...) A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não

(2) Período que abrange parte do governo de Getúlio Vargas (1937-1945) que encomendou ao jurista Francisco Campos uma nova Constituição, extraparlamentar, revogando a então Constituição legitimamente outorgada ao País por uma Assembléia Nacional Constituinte (1934).

(3) FIORE, Pascuale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Madrid : Reus, 1927. p. 579 (Trad. do italiano para o espanhol de Enrique Aguilera de Paz).

(4) MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1998. vol. I, p. 104.

condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confusãoismo e absoluta falta de técnica".⁵

Assim, se o velho Código de Processo Penal teve a vantagem de proporcionar a homogeneidade do processo penal brasileiro, trouxe consigo, até por questões históricas, o ranço de um regime totalitário e contaminado pelo fascismo, ao contrário do que escreveu na exposição de motivos o Dr. Francisco Campos, *in verbis*: "Se ele (o Código) não transige com as sistemáticas restrições ao Poder Público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais".

É bem verdade que ao longo dos seus 60 anos de existência, algumas mudanças pontuais foram marcantes e alvissareiras como, por exemplo: o fim da prisão preventiva obrigatória com a edição das Leis 5.349/67, 8.884/94, 6.416/77 e 5.349/67; a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei 9.271/96); a revogação do seu art. 35, segundo o qual a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estivesse separada dele ou quando a queixa contra ele se dirigisse (Lei 9.520/97); modificações no que concerne à prova pericial (Lei 8.862/94); a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei 5.941/73); a revogação dos artigos atinentes ao recurso extraordinário (Lei 3.396/58) etc.

Por outro lado, leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o nosso sistema processual penal, podendo citar as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis 9.099/95 e 10.259/01), e que constituem, indiscutivelmente, o maior avanço já produzido em nosso sistema jurídico processual, desde a edição do Código de 1941. Há, ainda: a que disciplinou a identificação criminal (Lei 10.054/00); a proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei 9.807/99); a que possibilitou a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (Lei 9.800/99); a lei de interceptações telefônicas (Lei 9.296/96); a Lei 8.038/90, que disciplina os procedimentos nos Tribunais, e tantas outras, algumas das quais, é bem verdade, de duvidosa constitucionalidade.

4. A finalidade da reforma

Pois bem. Este é o quadro atual. Além de algumas alterações pontuais, seja no próprio texto consolidado, seja por intermédio de leis esparsas, nada mais foi feito para modernizar o nosso diploma processual penal, mesmo após a nova ordem constitucional consagrada pela promulgação da Carta Política de 1988.

E, assim, o atual código continua com os vícios de 60 anos atrás, maculando em muitos dos seus dispositivos o sistema acusatório, não tutelando satisfatória-

⁽⁵⁾ Op. cit., p. 108.

mente direitos e garantias fundamentais do acusado (vide o seu art. 594, a título de exemplo), olvidando-se da vítima, refém de um excessivo formalismo (que chega a lembrar o velho procedimentalismo), assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos (bastando citar a disciplina das nulidades⁶⁾.

Destarte, podemos apontar como finalidades precípua dessa reforma que ora se avizinha a modernização do velho código e a sua adaptação ao modelo acusatório, com os seus consectários lógicos, tais como a distinção nítida entre o julgador, o acusador e o acusado, a publicidade, a oralidade, o contraditório etc.

Sobre o sistema acusatório, assim escreveu Vitu:

“Ce système procédural se retrouve à l’origine des diverses civilisations méditerranéennes et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l’époque franque et dans la procédure féodale.

Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu’on retrouve dans les différents pays qui l’ont consacré.

Dans l’organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète *égalité entre l’accusation et la défense*”.⁷

Ademais, a reforma está mais ou menos consentânea com os princípios estabelecidos pelo Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero América. Nesse Código-Modelo há alguns princípios básicos, a saber:

1) “O julgamento e decisão das causas penais será feito por juízes imparciais e independentes dos poderes do Estado, apenas sujeitos à lei” (art. 2.º).

2) “O imputado ou acusado deve ser tratado como inocente durante o procedimento, até que uma sentença irrecorrível lhe imponha uma pena ou uma medida de segurança” (art. 3.º).

3) “A dúvida favorece o imputado” (art. 3.º).

4) “É inviolável a defesa no procedimento” (art. 5.º).

5. As reformas processuais penais na América Latina

Tais idéias serviram também de base para outras reformas feitas (ou por serem realizadas) em outros países, como Argentina, Guatemala, Costa Rica, El

⁶⁾ Comentando a respeito do Título que trata das nulidades no processo penal, o saudoso Frederico Marques adverte que “não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais penais, pois os respectivos artigos estão preechos de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto. (...) Ainda aqui, dá-nos mostra o Código de Processo Penal dos grandes defeitos de técnica e falta de sistematização que pululam em todos os seus diversos preceitos e normas, tornando bem patente a sua tremenda mediocridade como diploma legislativo” (op. cit., vol. II, p. 366-367).

⁷⁾ VITU, André. *Procédure pénale*. Paris : PUF, 1957. p. 13-14.

Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai, Honduras, Equador, Itália e Portugal.⁸

Aliás, “el Derecho procesal penal de los países latinoamericanos, observado como conjunto, ingresó, a partir de la década del’80, en un periodo de reformas totales, que, para el lector europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo XIX. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Descrito sintéticamente, se puede decir que este proceso de reformas consiste en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios de los últimos ejemplos de la Inquisición – recibida con la conquista y la colonización del continente –, para sancionar, en más o en menos, leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en la materia durante el siglo XX”.⁹

Pode-se, portanto, inferir que as reformas processuais penais já levadas a cabo em vários países da América Latina, e por virem em tantos outros, são frutos, na verdade, de modificações no sistema político desses países, que foram, paulatinamente, saindo de períodos autoritários para regimes democráticos. É como se a redemocratização impulsionasse o sistema processual do tipo inquisitivo para o sistema acusatório. Aliás, é inquestionável a estreita ligação entre o sistema processual penal de um país e o seu sistema político. Um país democrático¹⁰ evidentemente deve possuir, até porque a sua Constituição assim o obriga, um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório, eminentemente garantidor. Ao contrário, em um sistema autoritário, o processo penal, a serviço do Poder, olvida os direitos e garantias individuais básicos, privilegiando o sistema inquisitivo, caracterizado, como genialmente escreveu Ferrajoli, por “una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad”. O sistema inquisitivo, portanto, “confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga”.¹¹

(8) GRINOVER, Ada Pallegriani. “A reforma do processo penal”. Disponível em <www.direitocriminal.com.br>, acesso em 15.01.2001.

(9) MAIER, Julio B. J. e STRUENSEE, Eberhard. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 2000. p. 17.

(10) Norberto Bobbio assinala, muito a propósito, que “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais” (*A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 1).

(11) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 3. ed. Madrid : Trotta, 1998. p. 604.

Assim, a “uniformidade legislativa latino-americana – na verdade compreendendo agora a comunidade cultural de fala luso-espanhola – apoiada em bases comuns e sem prejuízo das características próprias de cada região, é uma velha aspiração de muitos juristas do nosso continente. Além disso, ela foi o sonho de alguns grandes homens, fundadores de nossos países ou de nossas sociedades políticas. (...)”

Em nossos países, geralmente, a justiça penal tem funcionado como uma ‘caixa-preta’, afastada do controle popular e da transparência democrática. O apego aos rituais antigos; as fórmulas inquisitivas, que na cultura universal já constituem curiosidades históricas; a falta de respeito à dignidade humana; a delegação das funções judiciais; o segredo; a falta de imediação; enfim, um atraso político e cultural já insuportável, tornam imperioso começar um profundo movimento de reforma em todo o continente”.¹²

É evidente que o ideal seria uma reforma total, completa, que propiciasse uma harmonia absoluta no sistema processual penal. Mas, como sabemos, se assim fosse, as dificuldades que já existem hoje seriam ainda maiores. Preferiu-se, de outro modo, uma reforma que, se não chega a ser total (o que seria de difícil aprovação, à vista das evidentes dificuldades de natureza legislativa que todos nós conhecemos), também não chega a ser simplesmente pontual, até porque, como esclarece Ada, não incide “apenas sobre alguns dispositivos, mas toma por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros”. Não é, portanto, uma reforma isolada, mas “tópica”.¹³

Este movimento reformista não se limita à América Latina. Na Europa também se encontram em franco desenvolvimento reformas no sistema processual penal. A título de exemplo, podemos referir a Alemanha, onde “también el Derecho procesal penal ha sido modificado en varias ocasiones entre 1997-2000”,¹⁴ a Itália¹⁵ e a Polônia, país em que “desde hace 12 años se realizan reformas en la legislación, relacionadas con el cambio de régimen político, económico y social, que tuvo lugar en 1989 y también con la necesidad de adaptar las soluciones jurídicas polacas a las

(12) Exposição de Motivos do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, com a colaboração dos Professores Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira, *RePro* 61/111.

(13) GRINOVER, Ada Pellegrini. “A reforma do processo penal”. Disponível em <www.direitocriminal.com.br>, acesso em 15.01.2001.

(14) WALTER, Tonio (Professor da Universidade de Friburgo), “Sistemas penales comparados”, *Revista Penal*, p. 133, Salamanca, La Ley.

(15) Segundo Daniele Negri, da Universidade de Ferrara, “quizá nunca como en estos últimos cinco años había sufrido el procedimiento penal italiano transformaciones tan amplias, numerosas y frecuentes. (...) La finalidad de dotar de eficiencia a la Justicia se ha presentado como la auténtica meta de las innovaciones normativas que se han llevado a cabo en los últimos años (1997-2001)” (“Sistemas penales comparados”, *Revista Penal*, p. 157, Salamanca, La Ley).

soluciones aceptadas en la Unión Europea. (...) Las reformas de la legislación penal e procesal penal constituyen una parte esencial del 'movimiento legislativo reformador', segundo nos informa a Dra. Barbara Kunicka-Michalska, do Instituto de Ciências Jurídicas da Academia de Ciências da Polônia, em Varsóvia.¹⁶

6. Prisão, medidas cautelares e liberdade – Projeto de Lei 4.208/01

Este projeto modifica o Título IX do CPP, que trata “Da prisão e da liberdade provisória”, alterando-lhe para a seguinte epígrafe: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória” e revogando expressamente o § 2.º e incisos do art. 325, os arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408 do CPP.

Assim, acabar-se-á com a restrição que se faz àqueles autores de crimes presos em flagrante acusados de praticarem infrações penais contra a economia popular ou de sonegação fiscal, que não podem ser beneficiados com a liberdade provisória sem fiança; ademais, são extintas as absurdas normas estabelecidas nos arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408, que flagrantemente se chocam com o princípio da não-culpabilidade (ou presunção de inocência), insculpido na Constituição Federal.¹⁷

Procura-se estabelecer nesse Título critérios razoáveis para justificar as medidas cautelares no âmbito processual penal. Assim, a medida de natureza cautelar só será admitida se estiver comprovada a sua “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais”, ou seja, se presente o *periculum libertatis*. Além deste requisito, a medida deverá ser adequada “à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”, o que indica que elas poderão ser determinadas pelo Juiz ainda na fase do Inquérito Policial. Tais medidas, também por determinação expressa, “poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”, atendendo-se, evidentemente, aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de se chocarem com a Constituição.

De início, ressalve-se que “as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”.

Permite o projeto de lei que sejam decretadas de ofício pelo Juiz ou “a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial”. Aqui vale uma advertência: no sistema acusatório é sempre perigoso deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias. Nos parece desaconselhável deferir-se ao Juiz a possibilidade de, *ex officio*, decidir acerca de uma medi-

⁽¹⁶⁾ “Sistemas penales comparados”, cit., p. 164.

⁽¹⁷⁾ MOREIRA, Rômulo de Andrade. “O art. 594 do CPP – Uma interpretação conforme a Constituição”. Disponível na página <<http://www.ibccrim.com.br>>, 17.03.2001.

da cautelar de natureza criminal, pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo.¹⁸

É evidente que o dispositivo é perigoso, pois não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), *ainda que ungido pelos deuses*, possa avaliar como “necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valore a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que ‘o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor’”.¹⁹

Parece-nos claro que há efetivamente um certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade²⁰ que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, o que não se coaduna com a determinação *pessoal e direta* de medidas cautelares e de diligências investigatórias. Nesse sistema, estão divididas claramente as três funções básicas, quais sejam: o Ministério Público acusa (ou investiga), o advogado defende e o Juiz apenas julga, *em conformidade com as provas produzidas pelas partes*. “Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales”, como bem acentua Alberto Binder.²¹

(18) Parece-nos interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico sistema inquisitivo. Após ser moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da Fé), cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe o brasileiro: “Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus”. Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff telefonou quando o cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesiástica desabafou, chorando: “Ninguém me telefona... foi preciso você me telefonar! Me sinto isolado (...) Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano...” (*Revista Caros Amigos – As grandes entrevistas*, dez. 2000).

(19) LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. p. 74.

(20) Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, “en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.” (*Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999. p. 186).

(21) *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Buenos Aires : Campomanes Libros, 2000. p. 43.

Do pedido da medida cautelar, caso não haja urgência ou perigo de sua ineficácia, deve ser intimada a parte contrária, juntando-se à comunicação a “cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Parece-nos que em caso de a medida ser determinada de ofício pelo Juiz (quando não a ele solicitada), deve assim também se proceder, ou seja, cientificar-se à parte a quem a medida possa trazer algum prejuízo, ressalvadas as hipóteses de urgência ou de perigo para a eficácia da decisão.

A medida cautelar será imposta acompanhada de determinadas obrigações que, acaso descumpridas, poderão acarretar a substituição da medida, a imposição cumulativa de uma outra ou, até mesmo, “em último caso”, a decretação da prisão preventiva, nos termos do par. ún. do art. 312, decisões que podem ser tomadas pelo “juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante”.

A medida cautelar, evidentemente, só se justificará se estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (ou o *periculum in mora*), e só deverá ser mantida enquanto persistir a sua *necessidade*. Assim, determina o projeto que o “juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção só se justifica enquanto aquelas circunstâncias iniciais existirem e se mantiverem.

Atenta ao art. 5.º, LVII e LXI, a nova redação do art. 283 assim dispõe: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Desta forma, a prisão provisória, ou seja, aquela anterior à sentença definitiva, só se legitima se for necessária nos termos da lei, tudo em conformidade com o princípio da presunção de inocência.

Pelo art. 311, “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou por representação da autoridade policial”, o que não constitui nenhuma novidade entre nós.

O art. 312, por sua vez, estabelece os novos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, a saber: a prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, exigindo-se, ademais, que haja “fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”. Como se disse acima, a prisão preventiva, *excepcionalmente*, “também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4.º)”.

O art. 313 estabelece as condições legais que devem ser agregadas aos pressupostos e requisitos para justificar a prisão preventiva:

1) Nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos; ou

2) Se o indiciado ou acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP (reincidência).

Observando-se a exigência do art. 93, IX, da Constituição, o novo art. 315 exige que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva seja sempre motivada (trata-se, a propósito, de uma decisão interlocutória simples e não de mero despacho, como no atual art. 315).

Inovação importante e salutar é a possibilidade de que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar caso se trate de indiciado ou acusado maior de 70 (setenta) anos, ou sujeito a severas consequências de doença grave, ou seja necessário aos cuidados especiais de menor de 7 (sete) anos de idade, ou de deficiente físico ou mental, além da gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, devendo o Juiz, em todos os casos, exigir prova idônea dessas circunstâncias.

Essa prisão domiciliar “consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”, sob pena de sua revogação. Entendemos que estas hipóteses são taxativas, não podendo o julgador elatê-las.

Se não for o caso de se decretar a prisão preventiva (por ausência de algum dos seus pressupostos, requisitos ou condições legais acima indicados), poderá o Juiz decretar outras medidas cautelares previstas no art. 319, quais sejam:

1) Comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades.

2) Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.

3) Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

4) Proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; neste caso, a proibição será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, notificando-se o indiciado ou acusado a entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

5) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos.

6) Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais.

7) Internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e par. ún. do CP) e houver risco de reiteração.

8) Fiança – nas infrações que a admitem –²² para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de

(22) Quanto à fiança, observa-se que “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena máxima de prisão não seja superior a 4 (quatro) anos” e, “nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas”. Em caso de recusa ou demora do Delegado de Polícia em arbitrar a fiança, “o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas”. Ademais, em consonância com a Carta Magna (art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV), são inafiançáveis os crimes de racismo, de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, os crimes hediondos (Lei 8.072/90) e os delitos cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Além desses casos, o art. 324 impede a concessão da fiança: “I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328; II – em caso de prisão civil; III – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)”. O art. 325, por sua vez, estabelece os limites da fiança nos seguintes termos: “I – de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena de prisão, no grau máximo, não for superior a 2 (dois) anos; II – de 5 (cinco) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena de prisão, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; III – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena de prisão cominada for superior a 4 (quatro) anos”. Dependendo da situação econômica do indiciado ou acusado, “a fiança poderá ser reduzida até o máximo de dois terços ou aumentada, pelo juiz, até cem vezes”. Esta medida cautelar “poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória”. Pelo art. 336, o “dinheiro ou objetos dados como fiança prestar-se-ão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária ou perda de bens e da multa, se o réu for condenado”, ainda que seja o caso de “prescrição depois da sentença condenatória (CP, art. 110)”. “Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado a sentença que houver absolvido o acusado ou declarado extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto”, salvo no caso do art. 110 do CP. A fiança considerar-se-á quebrada quando o acusado “I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; IV – resistir injustificadamente a ordem judicial”. Este quebramento “importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva”, que, evidentemente, só poderá ser decretada se estiverem presentes os requisitos, pressupostos e as condições legais já estabelecidas. Já pelo art. 344, “entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta”. Julgada perdida a fiança “seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido a fundo peniten-

resistência injustificada a ordem judicial, providência que poderá ser cumulada com outras medidas cautelares, em decisão devidamente motivada e justificada pela autoridade judiciária.

Por outro lado, se não for o caso de decretação da prisão preventiva, por ausência de seus pressupostos, requisitos e das suas condições legais, “o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no art. 319 (acima elencadas), atentando-se para aqueles critérios acima estabelecidos, quais sejam: “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais” e “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Mesmo sendo o caso de pagamento de fiança, a liberdade provisória poderá ser concedida, sem fiança, se o juiz verificar ser o acusado insolvente, hipótese em que ele ficará sujeito às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do atual CPP e a outras medidas cautelares, se for o caso. Na hipótese de descumprimento injustificado, ser-lhe-á aplicado o disposto no art. 282, § 4.º, ou seja, “substituição da medida, imposição cumulativa de uma outra ou, em último caso, decretação da prisão preventiva”, se for cabível.

Determina o projeto que “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”, é dizer, resguardando-se a garantia constitucional da casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5.º, XI, da CF).

O novo art. 300 repete a regra estabelecida na Lei de Execução Penal (art. 84) e na que dispõe sobre a prisão temporária (art. 3.º), disposições que, na prática, nem sempre são obedecidas, apesar de constarem nas Regras Mínimas da ONU (n. 8.b): “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”. Com o nosso atual sistema carcerário muito dificilmente tal artigo será observado, como não o são os artigos das Leis 7.210/84 e 7.960/89.

O novo art. 310 prescreve que o Juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente:

1) Relaxar a prisão ilegal, tal como já determina o art. 5.º, LXV, da CF.

2) Ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312, disposição que entendemos conflitante com o nosso sistema, pois se o flagrante está perfeitamente caracterizado e o respectivo auto em conformidade com a lei, qual o sentido de se decretar a prisão preventiva, que também é modalidade de prisão provisória e cautelar? Pergunta-se mais uma vez: se já há uma prisão provisória (em flagrante) regularmente efetuada, por que decretar uma outra (preventiva)?

ciário, na forma da lei”. Por outro lado, decidindo-se pelo seu quebramento e feitas as deduções legais, “o valor restante será recolhido a fundo penitenciário”.

3) Ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ademais, repetindo a regra estabelecida no atual *caput* do art. 310, estabelece-se que “se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do CP, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação”. Estranhamente, esta nova redação dispensa a ouvida do Ministério Público, em mais um dispositivo que distancia-se do sistema acusatório; afinal de contas, quem melhor para avaliar se o agente atuou sob qualquer daquelas excludentes que não o Promotor de Justiça que, inclusive, poderá pedir o arquivamento do inquérito policial por faltar interesse de agir?²³ Entendemos que o Juiz, por cautela, e em respeito ao art. 129, I, da CF, deverá sempre, nada obstante o silêncio da lei, ouvir o representante do *Parquet* nestes casos.

7. Suspensão do processo e procedimentos – Projeto de Lei 4.207/01

Este projeto de lei visa a alterar o Código de Processo Penal nos dispositivos relativos à suspensão do processo, à *emendatio libelli*, à *mutatio libelli* e aos procedimentos.

A grande novidade trazida para nós é a possibilidade de na própria sentença condenatória penal o juiz fixar “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Assim, além da pena, o Juiz criminal deverá também estabelecer a sanção civil correspondente ao dano causado pelo delito. Como no México, na lição de Bustamente, se “establece que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción (o sea, que es parte integrante de la acción penal), aun cuando no la demande el ofendido”.²⁴ Disposição (apenas) semelhante já temos em nosso ordenamento jurídico-penal, mais especificamente no art. 630 do atual Código de Processo Penal, quando se estabelece que na Revisão Criminal o “Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”, caso em que o acórdão constituir-se-á título judicial executório a ser liquidado na ação civil respectiva, oportunidade em que se definirá o *quantum debeatur*.

Aqui, observa-se, mais uma vez, após a edição da Lei 9.099/95, a preocupação em resguardar os interesses da vítima no processo penal que, a bem da verdade, sempre esteve submetida a um papel secundário no Direito Processual Penal.

Como se sabe, o ofendido pelo crime, sujeito passivo da relação jurídico-penal, normalmente não integra a relação jurídico-processual penal, salvo nas

⁽²³⁾ A esse respeito, confira-se a excelente obra de Paganella Boschi, *Ação penal*, Rio de Janeiro, Aide, 1993, p. 62.

⁽²⁴⁾ Apud Tourinho Filho, *Processo penal*, 20. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, vol. II, p. 9.

ações penais de iniciativa privada, quando poderá, em nome próprio, interpor a ação penal, oferecendo uma queixa-crime.²⁵

Já nas ações penais públicas (a grande maioria), a vítima desempenha um papel absolutamente secundário. Mesmo que se habilite como assistente de acusação, ainda assim tem suas atividades bastante reduzidas, não podendo sequer interpor todos os recursos previstos na legislação processual (veja-se o art. 271 do CPP).²⁶

Na verdade, é fato inconteste que a vítima não ocupa na ciência criminal um papel de relevo, ao contrário do que ocorreu no início da civilização quando “teve relevante papel na punição dos autores de crimes”.²⁷ García-Pablos, por exemplo, informa que “o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos (...). O Direito Penal contemporâneo – advertem diversos autores – acha-se unilateralmente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual”.²⁸

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano desimportante, inclusive pela “falta de mención de disposiciones expresas en los respectivos ordenamientos que provean medidas para salvaguardar aquellos valores ultrajados”.²⁹

O que ocorre é que a lide penal³⁰ se consubstancia, basicamente, no conflito entre a pretensão punitiva do Estado e a pretensão à liberdade do acusado (*status*

(25) A ação penal de iniciativa privada é um caso típico de substituição processual, pois o ofendido, defendendo interesse alheio, “age em nome próprio e é parte na causa”, ao contrário do que ocorre nos casos de representação, “de vez que o representante processual age em nome de outro, de sorte que parte na causa é, na verdade, o representado” (cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, trad. Paolo Capitanio, Campinas, Bookseller, 1998, p. 301).

(26) Nas ações penais públicas pode também o ofendido interpor queixa-crime subsidiária, na hipótese de desídia do Ministério Público (art. 29 do CPP). Nesse caso, cabe ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

(27) FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 11.

(28) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo : RT, 1992. p. 42.

(29) SPROVIERO, Juan H. *La víctima del delito y sus derechos*. Buenos Aires : Depalma. p. 24.

(30) Advirta-se que a expressão “lide” penal é combatida por setores da doutrina, preferindo alguns autores falar em controvérsia penal, causa penal ou caso penal (a respeito, cf. Jacinto Miranda Coutinho, *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba, Juruá, 1998, e Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 15. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 132.

libertatis). Nesse contexto, a vítima não é considerada um sujeito de direitos, mas *um mero objeto ou pretexto da investigação*.³¹

É bem verdade que entre nós, com o surgimento da Lei 9.099/95, privilegiou-se o sujeito passivo do crime, dando-se extrema importância à reparação civil dos danos (arts. 72 e 89, § 1.º, I), chegando a eleger como um dos objetivos da lei a *reparação dos danos sofridos pela vítima* (art. 62, *in fine*).

De toda forma, ainda há um grande caminho a percorrer quando se trata de estabelecer exatamente o papel da vítima no processo penal. Como dizem os italianos Michele Correra e Danilo Riponti, “la storia della giustizia penale quasi coincide con il progressivo declino dell’influenza della vittima sulla reazione sociale alla criminalità”.³²

Ora, a consumação de uma infração penal não acarreta, tão-somente, o aparecimento da pretensão punitiva do Estado. Com o crime poderá vir a surgir, também, a pretensão individual de ressarcimento do dano causado à vítima.

Assim, a princípio, ao lado da pretensão punitiva, de regra (pois nem toda ação delituosa é necessariamente ressarcível), a prática da infração penal dá ensejo ao direito de alguém a ser indenizado civilmente pelo dano provocado. Entre nós esta norma vem expressa no art. 159 do Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Atento a isto, Vitu já ponderava:

“En matière pénale, l’infraction donne naissance à deux actions: ‘l’action pour l’application des peines’ et ‘l’action en réparation du dommage causé’, ou encore l’action publique et l’action civile”.³³

Na verdade, é bom advertir que o direito à ação penal não surge apenas quando do cometimento do delito. Como se sabe, a ação penal é um direito subjetivo público e abstrato e, como tal, “precede ao delito, é a este anterior. O que decorre do crime é a pretensão punitiva. O direito de agir para pôr em movimento os órgãos da jurisdição penal, o Ministério Público o possui em abstrato, pela só razão de não ser auto-executável o direito de punir”.³⁴

Com o crime surge, sim, a pretensão punitiva e o *jus accusationis*. Pode ocorrer, por outro lado, que da prática delituosa, por não ter acarretado um dano, não decorra qualquer pretensão civil, pois “infrações penais há que originam tão-somente a pretensão punitiva, como ocorre, por exemplo, em certos casos de

⁽³¹⁾ GARCÍA-PABLOS, op. cit., p. 70.

⁽³²⁾ *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*. Padova : Cedam, 1990. p. 18.

⁽³³⁾ VITU, André. *Procédure pénale*, cit., p. 144.

⁽³⁴⁾ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, cit., p. 289.

tentativa branca, no crime impossível, nos crimes contra a paz pública, em alguns crimes contra a administração da justiça".³⁵

Com tais ressalvas, o certo é que, via de regra, a prática do delito também faz surgir a pretensão da vítima a um ressarcimento pelo respectivo dano. Como escreveu Bettiol, "o crime ocasiona, portanto, não apenas um dano penal, mas também um dano civil que deve ser reparado. Assim, gravita em torno do crime toda uma série de interesses e de disposições não penais que, por se referirem ao crime, poderiam agrupar-se sob a denominação de *direito criminal civil*". Este autor, discordando desta última expressão, ressalva que ela foi cunhada por Rocco e acompanhada por Cavallo.³⁶

Já Pimenta Bueno, o velho Marquês de São Vicente, advertia:

"Todo o crime sujeita o delinqüente a duas condições legais: a sofrer a sanção penal pelo delito que cometeu, e a reparar o mal ou dano que por ele causou".³⁷

Comentando o art. 159 do CC, ensina Clóvis:

"Tal como resulta dos termos do art. 159, ato ilícito é a violação do direito ou o dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente".³⁸

Quem causar um dano a outrem passa a ter responsabilidade para indenizá-lo, por força da chamada responsabilidade extracontratual ou delitual, que se baseia na existência de culpa do agente, "fonte genérica e abstrata da responsabilidade".³⁹

Para o mestre Orlando Gomes, a responsabilidade delitual é a consequência "que a lei faz derivar da prática de um ato ilícito, que, por definição, há de ser culposo", alertando, com apoio em Josserand, "que o conceito de risco não expulsou o de culpa, que se conserva com a base normal e geral da responsabilidade".⁴⁰

"Segundo a regra geral do Código Civil (art. 159), sem a culpa não existe responsabilidade civil por dano superveniente" (RT 494/35).

O ato ilícito é uma conduta contrária ao direito que traz para o seu transgressor uma determinada sanção jurídica, necessariamente institucionalizada. Se a conduta ilícita, tendo em vista a natureza dos interesses que lesa, acarreta uma sanção de natureza penal (privação da liberdade, por meio da aplicação das penas

(35) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., vol. II, p. 3.

(36) BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo : RT, 1976. vol. III, p. 229.

(37) BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro : H. Garnier, 1959. p. 73.

(38) BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1949. vol I, p. 449.

(39) GOMES, Orlando. *Obrigações*. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961. p. 377.

(40) Idem, *ibidem*.

de reclusão, detenção ou prisão simples; restrição de direitos; pecuniária e eventual medida de segurança) estamos diante de um ilícito penal, que tem sua origem no Código Penal e em leis penais extravagantes.

Como diz Tornaghi, “não há entre o delito civil e o delito penal nenhuma diferença intrínseca. A única divergência entre um e outro está exatamente na pena. No direito privado restabelece-se o equilíbrio jurídico, violado pelo ato ilícito, com a reparação do dano; no direito penal, em teoria pelo menos, com a execução da pena”.⁴¹

Já o ilícito civil, *que pressupõe a infração de norma que tutela interesse privado*,⁴² acarreta sanções de outra natureza, não penais. O ilícito penal, levando-se em conta os valores por ele atingidos, não admite outra sanção senão a de caráter penal.

Ocorre que determinados fatos (aliás a grande maioria) têm como consequência jurídica uma dupla sanção: uma de natureza penal; outra de natureza civil (esta última por ter também ferido um interesse privado). Por outro lado, as sanções civis têm aspectos visivelmente diversos das sanções penais, como a patrimonialidade, a transmissibilidade e o caráter não afligente.

Como diz Vitu, “l'action publique a pour objet le prononcé d'une peine ou d'une mesure de défense sociale”, enquanto a ação civil, que tem como objeto a “réparation du dommage causé par une infraction”, “tend à obtenir un dédommagement pécuniaire”.⁴³

Orlando Gomes ensina, por exemplo, que para a caracterização do ilícito civil “basta que um interesse privado seja atingido em consequência da conduta culposa de alguém. Se do fato material da violação de um dever jurídico resulta dano, o Direito civil está caracterizado”.⁴⁴

Ou, como diz Zaffaroni “el instrumento de la coerción penal es la pena, con la finalidad de cumplimentar la función del derecho penal, es decir, proveer a la seguridad jurídica, a la seguridad de la co-existencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor”.⁴⁵

A responsabilidade jurídica pode ser civil ou penal.⁴⁶

⁽⁴¹⁾ *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. vol. I, t. II, p. 125.

⁽⁴²⁾ GOMES, Orlando, op. cit., p. 350.

⁽⁴³⁾ VITU, André, op. cit., p. 164.

⁽⁴⁴⁾ Idem, ibidem, p. 351.

⁽⁴⁵⁾ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Ediar, 1987. p. 63.

⁽⁴⁶⁾ Parte da doutrina ainda cita a responsabilidade disciplinar (atribuída exclusivamente ao funcionário público) e a contábil, que não deixam de ser, a nosso ver, espécies da responsabilidade civil.

A responsabilidade penal decorre sempre do cometimento do “fato punível”. Sem a prática de um delito, é dizer, de um fato típico, antijurídico e culpável, não há de se falar em responsabilidade penal. E este fato típico tem que estar necessariamente cunhado em uma lei penal (*nulla poena sine lege*).

A responsabilidade civil também pode decorrer da prática delituosa, bastando que o crime tenha ocasionado um dano, patrimonial ou não.

Ocorre que, enquanto a responsabilidade penal é rigorosamente pessoal, a responsabilidade civil é ampla, atingindo as pessoas que, segundo a lei civil, devam responder pelo fato (art. 1.587 do CC).⁴⁷ “A obrigação à restituição é característica e típica sanção civil, porque consiste no restabelecimento do estado de fato que existia antes da prática do delito. A restituição pode dizer respeito às coisas móveis de que o culpado se apoderou ilicitamente, como também às coisas imóveis, através, por exemplo, da remoção das linhas de demarcação após um delito de usuração. A restituição não diz respeito apenas à coisa, mas se estende também aos seus frutos”.⁴⁸

Adverte-se que a responsabilidade objetiva é rechaçada pelo Direito Penal moderno, pois todo crime deve, necessariamente, decorrer de culpa (*lato sensu*): *nullum crimen sine culpa*. Em direito civil, como se sabe, admite-se a responsabilidade sem culpa ou objetiva, explicada pela teoria do risco.⁴⁹

Resumindo e simplificando, dizem Mazeaud e Mazeaud que a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal é a distinção entre o direito penal e o direito civil”.⁵⁰

Em relação às respectivas ações decorrentes do crime (ação civil e ação penal), são conhecidos quatro sistemas, senão vejamos:

1) Sistema da confusão: a mesma ação tem como finalidade a imposição de pena e a reparação civil.

2) Da solidariedade: apesar de haver duas ações distintas, a penal e a civil, ambas, porém, são aforadas no mesmo juízo (criminal) e em um só processo.

3) Da livre escolha ou da interdependência: permite a facultatividade, ou seja, a vítima (ou quem tenha legitimidade ativa) opta entre cumular as duas

⁽⁴⁷⁾ Diz a Constituição Federal: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor patrimonial transferido” (art. 5.º, XLV).

⁽⁴⁸⁾ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 233.

⁽⁴⁹⁾ Para Orlando Gomes, “o dever de indenizar o dano produzido sem culpa é antes uma *garantia* do que uma *responsabilidade*” (op. cit., p. 410).

⁽⁵⁰⁾ Apud STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1994. p. 40.

ações no juízo criminal (em um mesmo processo) ou separar as demandas (em processos diferentes e em juízos diversos).

4) Da separação ou da independência: a ação civil só pode ser aforada no juízo cível, assim como a ação penal só o pode ser no juízo criminal.

O Brasil adotou o sistema da independência ou da separação, ou seja, “não há comistão nem cumulação, obrigatória ou facultativa. Quem quiser *mover ação civil* terá de fazê-lo na sede civil”.⁵¹

Explicando esse sistema, Araken de Assis anota que “essa separação de ações denota a consolidação histórica de determinados fatores. Eles são três: primeiro, a individualização dos campos da ilicitude em razão da natureza do interesse infringido; ademais, a dissociação das situações legitimadoras, cabendo a ação proveniente do ilícito que, porventura, envolva interesse público a pessoa diversa da vítima; e, por fim, a diversidade de sanções aplicáveis em cada esfera de ilicitude”.⁵²

Em nosso Código de Processo Penal, a matéria da responsabilidade civil decorrente de crime vem estampada nos arts. 63 a 68 do respectivo código, que tratam da chamada ação civil *ex delicto* (*actio civilis ex delicto*).

Como já se viu, a ação civil “que procede do crime, é o direito de demandar a reparação ou satisfação plena do mal causado pelo delito”.⁵³

Entre nós, a ação civil para ressarcimento do dano causado pela infração penal (crime ou contravenção) pode ser interposta antes, durante ou depois da ação penal respectiva; o ofendido (ou os demais legitimados) pode aguardar o desfecho do processo criminal, executando, então, a sentença penal condenatória, ou, se preferir, pode, desde logo, intentar a ação indenizatória no Juízo cível, independentemente do andamento ou mesmo do início da ação criminal. Exige-se, apenas, que a infração penal tenha ocasionado algum dano à vítima, o que não ocorre necessariamente em todos os delitos, como, v.g., o uso de droga, que não acarreta dano algum a ninguém salvo ao próprio usuário.⁵⁴

Estas possibilidades resultam claras nos arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal:

“Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

⁽⁵¹⁾ TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 116.

⁽⁵²⁾ *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo : RT, 2000. p. 196.

⁽⁵³⁾ BUENO, José Antonio Pimenta, op. cit., p. 73.

⁽⁵⁴⁾ Exatamente por isso inadmissível é a criminalização do uso de entorpecente. Como diz Maria Lúcia Karam, “a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal, da mesma forma que a autolesão ou a tentativa de suicídio, situa-se na esfera de privacidade de cada um, não podendo o Direito nela intervir (...), pois o Direito não pode punir o autoprejuízo, não pode intervir em condutas que não saiam da esfera individual, que não tenham potencialidade para afetar terceiros” (*De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro : Luam, 1991. p. 128).

“Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil”.

Vê-se, portanto, que não se faz necessária uma sentença penal condenatória transitada em julgado para se pretender, no cível, a reparação do dano. O ofendido ou seu representante legal ou seus herdeiros podem, independentemente da ação penal, antecipar-se e pretender, desde logo, o ressarcimento. É evidente que neste último caso não terá o autor um título executivo judicial, representado pela sentença penal condenatória.

Esta possibilidade de se impetrar a ação civil, antes mesmo da ação penal, advém do fato de que ambas as instâncias são independentes (conforme o sistema adotado por nós), nada obstante, como veremos mais adiante, algumas decisões criminais influenciarem decisivamente o julgamento no cível.

O certo, porém, é que a ação penal e a ação civil são autônomas, ainda que a sentença penal seja determinante no cível em relação a determinados aspectos. A autonomia, portanto, não é absoluta, como queria Toullier.

Prevaleceu na doutrina a teoria de Merlin, adotada, inclusive, pelo nosso Código Civil, ao dispor no seu art. 1.525 que:

“A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

Esta disposição do Código Civil se justifica plenamente, a fim de que se evitem decisões absolutamente discrepantes, em evidente prejuízo para a ordem jurídica. Não seria admissível atestar um processo que alguém praticou um delito e, sob o mesmo sistema jurídico, afirmar o contrário em outro processo, ou, como bem diz Washington de Barros Monteiro, “decidir-se na justiça penal que determinado fato ocorreu e depois, na justiça civil, decidir diferentemente que o mesmo não se verificou”.

Para este civilista “repugna conceber que o Estado, em sua unidade, na repressão de um fato reputado como ofensivo da ordem social, decida soberanamente, por um de seus órgãos jurisdicionais, que esse fato constitui crime, que seu autor é passível de pena e o condene a sofrer o castigo legal; e que esse mesmo Estado, prossequindo na repressão do fato antijurídico, venha a declarar, por outro ramo do Poder Judiciário, que ele não é delituoso, que é perfeitamente lícito, que não acarreta responsabilidade alguma para seu autor, que não está assim adstrito ao dever de compor os danos a que deu causa”.⁵⁵

⁽⁵⁵⁾ *Curso de direito civil*. 2.ª Parte. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. vol. V. *Direito das obrigações*. p. 403.

Bem antes, João Monteiro já indagava: “Que papel representaria o Poder Público, se o mesmo crime pudesse existir e não existir, ou se X fosse e não fosse o autor de determinado crime?”⁵⁶

Por sua vez, complementando essa relativa independência entre as duas instâncias, o Código de Processo Penal proclama:

“Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”.

Este artigo guarda estreita relação com o disposto no art. 160, I e II, do CC, *in verbis*:

“Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I – Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

II – A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520)”.

Vê-se, portanto, que o sistema adotado pelo Brasil reconhece a independência entre o Juízo cível e o penal, ressaltando, no entanto, que quanto à autoria e à existência do delito prevalece o decidido no crime (art. 1.525 do Código Civil), bem como no que se refere às causas excludentes de ilicitude (art. 23 do CP); exatamente por isso o par. ún. do art. 64 “faculta” ao Juiz da ação civil suspender o curso do respectivo processo, até que se decida definitivamente a ação penal.⁵⁷

Temos, então, que se na ação penal for decidido por sentença transitada em julgado que o réu não cometeu o delito, esta questão não pode ser mais discutida no cível, ou seja, o Juiz da ação civil não poderá decidir contrariamente. O mesmo

⁽⁵⁶⁾ Apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. vol. II, p. 28.

⁽⁵⁷⁾ Entendemos que este poder se traduz em verdadeiro dever, ou seja, o Juiz cível, ao invés de poder, deve suspender o curso do processo. Como ensina Maximiliano, “ater-se aos vocábulos é processo casuístico, retrógrado. Por isso mesmo se não opõe, sem maior exame, *pode a deve, não pode a não deve*. Se, ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, *pode* assume as proporções e o efeito de *deve*” (cf. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 7. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 336). Assim também pensa Tourinho Filho, ao afirmar com propriedade: “A faculdade que o parágrafo único do art. 64 do CPP concede ao Juiz da ação civil de suspender a instância desta, até que seja definitivamente julgada a ação penal proposta contemporaneamente com aquela, torna-se uma obrigação, pois que o Juiz, velando pelo decoro da Justiça, terá de evitar o conflito de decisões díspares, baseadas em um mesmo fato e na mesma ação antijurídica. E, para evitar essas consequências desastrosas, pelo atrito de julgados irreconciliáveis, a faculdade se há de converter em obrigação” (op. cit., p. 36).

se diga se a sentença penal absolutória fundamentar-se na inexistência *categorica* do fato ou admitir a licitude da ação pelo reconhecimento de qualquer uma das causas que excluem o crime previstas no art. 23 do CP.

“Realmente, o conflito entre sentenças que apreciam o mesmo fato, uma negando e a outra afirmando a sua existência, uma recusando a autoria do delito e a outra aceitando-a, criaria uma situação de contundente extravagância. Inclinou-se a doutrina, por isso, para a conclusão de Merlin, negando-lhe os fundamentos. A decisão proferida no Juízo criminal tranca o Juízo civil toda vez que declarar inexistente o fato imputado ou disser que o acusado não o praticou. Quando, porém, como bem esclareceu Mendes Pimentel ‘a absolvição criminal teve motivo peculiar ao direito ou ao processo penal, como a inimputabilidade do delinqüente ou a prescrição da ação penal, a sentença criminal não obsta ao pronunciamento civil sobre a reparação do dano’”⁵⁸

Observa-se, contudo, que a *inexistência material do fato* deve ser reconhecida *categoricamente*, sob pena de não vincular a decisão cível. Di-lo o art. 66 do CPP:

“Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Assim, para fazer coisa julgada na área cível, a sentença penal absolutória deverá fundar-se no art. 386, I, do CPP (*O juiz absolverá o réu desde que reconheça estar provada a inexistência do fato*); se o fizer com fulcro no inc. II (*por não haver prova da existência do fato*) admite-se a ação *ex delicto*, podendo o Juiz cível reconhecer a materialidade do crime a partir das provas colhidas neste Juízo. Nesse último caso, observa-se que a decisão criminal não foi peremptória quando do decreto absolutório; faltaram provas contundentes em relação à materialidade do delito e, exatamente por isso, restou a via cível para provar a sua existência. Não foi negada a materialidade, mas apenas se declarou a inexistência de provas quanto a ela.

O Código de Processo Penal ainda estabelece (e, a bem da verdade, nem o precisaria) que a decisão penal extintiva da punibilidade não prejudica a ação civil (art. 67, II). É evidente esta outra ressalva, visto que as causas ensejadoras da extinção da punibilidade no campo penal são de natureza diversa das do civil. Mesmo quando se trata da prescrição (causa comum às duas ações), os prazos são outros em matéria penal. Outro exemplo: a morte do ofensor impede a propositura ou obstaculiza a continuação de uma ação penal; este mesmo fato, porém, não impossibilita nem macula a pretensão de ressarcimento, que poderá ser proposta contra os respectivos sucessores.

⁽⁵⁸⁾ GOMES, Orlando, op. cit., p. 352.

“É de ponderar, entretanto, que, se a causa extintiva da punibilidade for a prevista no art. 107, VII ou VIII, do CP, a ação civil perderá seu objetivo”.⁵⁹

Também não impede a propositura da ação civil a *sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime* (art. 67, III c/c o art. 386, III). Assim, *verbi gratia*, um cheque emitido sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, porém pós-datado ou dado como garantia de dívida, pode vir a não constituir um delito (como entendem majoritariamente a doutrina e a jurisprudência pátrias, inclusive o STF), porém certamente constituirá um ilícito civil; ou seja, a decisão judicial/penal que entender pela atipicidade dessa conduta não terá o condão de impedir a ação civil, pois o fato poderá vir a ser reconhecido como um ilícito civil e, portanto, indenizável se causou dano. A conduta não se encaixa em um tipo penal, mas se ajusta a um ilícito civil.

O mesmo se diga quando a sentença absolutória fundar-se no art. 386, IV e VI, é dizer, na insuficiência de prova quanto à autoria e para a condenação, respectivamente. Em ambos os casos não houve categórica negação do fato ou da autoria delituosa, pelo que continua o Juiz cível livre para decidir e condenar.

Por fim, o art. 67, I do mesmo código ainda estabelece que a decisão judicial que determinar o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outra peça informativa não constituirá em impedimento para a propositura da ação civil. Este inciso também soa lógico, pois tal *decisum* sequer foi proferido em uma ação de conhecimento, sequer houve processo criminal.

Ainda no Código de Processo Penal, encontramos dispositivos relacionados com a mesma matéria, como por exemplo os arts. 118 a 124, que tratam da restituição de coisa apreendida e arts. 125 a 144 (das medidas assecuratórias); a respeito destes últimos dispositivos, assim comentou Tourinho Filho:

“O CPP prevê, nos arts. 118 a 120, a possibilidade da restituição ao lesado de coisas apreendidas no juízo criminal e até mesmo na fase investigatória que precede a propositura da ação penal. (...)”

Além disso, admitem-se na sede penal várias medidas cautelares no campo da satisfação do dano. Seqüestro, arresto e hipoteca legal são providências precautórias que podem ser tomadas perante o Juiz penal. (...)”

Em caso de condenação, os autos desse procedimento incidental (seqüestro, arresto e hipoteca levados a cabo na Justiça penal) serão encaminhados ao cível, para os fins do art. 63 do CPP”.⁶⁰

⁽⁵⁹⁾ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 47.

⁽⁶⁰⁾ Op. cit., p. 11.

Na restituição ocorre, na verdade, uma “execução administrativa independente de qualquer ação judiciária, *come provvedimento di polizia*”, nas palavras de Nino Levi.⁶¹

Já no Código Penal estão estabelecidos diversos efeitos secundários da sentença penal condenatória, alguns de natureza penal e outros de natureza civil, entre os quais o de *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime* (art. 91, I). Assim, a sentença condenatória, além de aplicar a sanção de natureza penal, funciona como decisão declaratória de “que houve a prática de um ato ilícito e, conseqüentemente, de um ato que violou direito de outrem. É por esse motivo que a condenação torna ‘certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime’”.⁶²

Ainda no Código Penal, merecem lembrança três outros dispositivos, quais sejam: o art. 16, que trata do *arrependimento posterior*, segundo o qual a *reparação do dano ou a restituição voluntária da coisa*, até o recebimento da peça acusatória, reduz obrigatoriamente a pena a ser aplicada pelo Juiz, desde que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; e o art. 65, III, b, que estabelece uma circunstância atenuante para o acusado que, antes do julgamento, repare o dano.

Há, ainda, o disposto no art. 43, I, c/c o art. 45, § 1.º: a pena restritiva de direito consubstanciada na prestação pecuniária, que, por sua vez, consiste *no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes*, ou a entidade pública ou privada com destinação social do valor compreendido entre 1 a 360 salários mínimos que serão deduzidos *do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários*.

Luiz Flávio Gomes ressalta que esta “prestação pecuniária possui *cunho indenizatório*, seja de danos materiais, seja de danos morais”.⁶³

A Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, erigiu à categoria de fator extintivo da punibilidade a composição civil dos danos entre o *autor do fato* e a *vítima* nos crimes de ação penal de iniciativa privada e nos de ação pública condicionada à representação. Assim, se o autor do fato, em uma audiência preliminar e antes mesmo de iniciar o processo, aceitar reparar o dano causado ao ofendido, será homologado o respectivo acordo, que terá eficácia de título a ser executado no Juízo cível competente (art. 74). Mesmo nos casos de ação penal pública incondicionada, a lei não dispensa a realização dessa audiência preliminar, devendo sempre ser tentada a composição civil dos danos. Nesse último caso, apesar de não haver a extinção da punibilidade, o autor do fato no momento

⁽⁶¹⁾ Apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas : Millennium, 1999. vol. III, p. 373.

⁽⁶²⁾ MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 369.

⁽⁶³⁾ *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo : RT, 1999. p. 131.

oportuno terá direito às diminuições de pena referidas na Parte Geral do Código Penal (arts. 16 e 61, III, b).

Ainda nessa lei há outro dispositivo que privilegia a reparação do dano: o art. 89, que disciplina o instituto da suspensão condicional do processo, estabelecendo como uma das condições legais para o benefício a reparação do dano, *salvo impossibilidade de fazê-lo* (art. 89, § 1.º, I). No seu § 3.º se estabelece a obrigatoriedade da revogação da suspensão caso, no curso do respectivo prazo, o beneficiário *não efetue, sem motivo justificado, a reparação do dano*.

Comentando essa lei, *verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro*, Ada, Magalhães, Scarance e Luiz Flávio ressaltam que a “preocupação com a vítima é postura que se reflete em toda a lei, que se ocupa da transação civil e da reparação dos danos na suspensão condicional do processo”.⁶⁴

Cezar Roberto Bitencourt, no mesmo entendimento, assevera:

“A Lei 9.099, de 1995, finalmente, dá uma importância extraordinária à *reparação do dano ‘ex delicto’*, que surge como uma obrigação natural decorrente da realização da infração penal, tornando-a prioritária em relação à *composição da pena*. Enfim, uma lei que se preocupa com o *primo pobre* da *complexa* relação processual criminal, voltando ‘seus olhos míopes, ainda que tardiamente, para a desventurada vítima’”.⁶⁵

Evidentemente que tanto a composição civil dos danos (art. 74) quanto a reparação do dano na suspensão condicional do processo (art. 89, III, b) não impedem posterior ação civil *ex delicto*. Nesse caso, o Juiz, ao fixar o valor da indenização, deverá abater o que teria sido pago nos Juizados Especiais Criminais.⁶⁶

Na Lei 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, há a penalidade de multa reparatória que “consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1.º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. (...) Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado (art. 297 e seu § 3.º).

Depois de observarem que *ao longo do tempo, a legislação penal procurou estimular a reparação do dano à vítima*, Paulo José da Costa Jr. e Maria Elizabeth Queijo aduzem que a multa reparatória “objetiva a indenização da vítima ou de seus sucessores e não a prevenção do delito e tem natureza civil, embora aplicada pelo Juízo criminal, tanto que se permite o seu desconto no valor da indenização civil do dano (§ 3.º do art. 297)”.⁶⁷

⁽⁶⁴⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo : RT, 1999. p. 35.

⁽⁶⁵⁾ *Novas penas alternativas*. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 115.

⁽⁶⁶⁾ Neste sentido vejam-se as disposições contidas na Lei 9.605/98, art. 12; no CP, art. 45, § 1.º, *in fine*, e no Código de Trânsito Brasileiro, art. 297, § 3.º.

⁽⁶⁷⁾ *Comentários aos crimes do novo Código de Trânsito*. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 36.

Possuem legitimidade para a ação civil *ex delicto* o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Por ofendido entenda-se quem foi *diretamente* prejudicado pelo fato delituoso. Se esta vítima não mais existir, legitimam-se os seus herdeiros. Se não tiver capacidade para pleitear, o seu representante legal adquire legitimidade (art. 63 do CPP).

O Ministério Público também tem tal legitimidade, como substituto processual, sempre que o titular do direito à reparação do dano for pobre e assim o requerer ao *Parquet* (art. 68). Para efeitos processuais penais, considera-se pobre a pessoa “que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família” (art. 32, § 1.º, do CPP). Neste caso, segundo anota Tourinho Filho, o Ministério Público age excepcionalmente e “o faz para melhor tutelar os interesses particulares. É um caso típico de Administração Pública de interesses privados”.⁶⁸

É bem verdade que alguns já entendem que não tem mais o Ministério Público esta legitimidade para a ação civil, tendo sido, para eles, revogado pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) o referido art. 68. Dizem, outros, que a existência da Defensoria Pública dispensa essa atuação do *Parquet*, tendo em vista o disposto no art. 134 da CF, segundo o qual a “Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV”.

A nosso ver o art. 68 continua em pleno vigor, nada impedindo que o Ministério Público aja civilmente em defesa da vítima pobre, quando for instado a fazê-lo, mesmo porque assim o permite o art. 129, IX, da CF.⁶⁹

Mesmo após a Constituição Federal e já em vigência o estatuto da advocacia, assim já decidiram os nossos Tribunais, inclusive o STJ:

“Ministério Público – Ação *ex delicto*. Legitimidade *ad causam*. Substituto processual. O Ministério Público tem legitimidade para promover, como substituto processual do necessitado, a ação de indenização *ex delicto*, presumindo-se que a sua intervenção decorra da insuficiência dos serviços de defensoria pública. Precedentes do STF e do STJ. Art. 68 do CPP. Recurso conhecido e provido” (STJ, recurso especial, rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 08.10.1997, DJ 09.12.1997, p. 64.714).

“Processo civil. Substituição processual. Reparação de dano. Legitimidade do Ministério Público para propor a ação quando a vítima do crime for pobre. CPP, art. 68. A substituição processual e a representação das partes no processo são institutos diversos, bem por isso, a substituição processual prevista no art. 68

⁽⁶⁸⁾ Op. cit., p. 4.

⁽⁶⁹⁾ Sobre o assunto, cf. Mirabete, *Código de Processo Penal interpretado*, 7. ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 241.

do CPP subsiste, a despeito dos textos legais posteriores que conferiram privativamente aos advogados a representação das partes no processo. Recurso especial não conhecido" (STJ, recurso especial, rel. Ari Pargendler, j. 22.08.1996, *DJ* 16.09.1996, p. 33.711).

"A Constituição Federal não privilegiou apenas o advogado para o deferimento só a ele da capacidade postulatória da ação civil dos necessitados. Tanto a Constituição como as leis ordinárias procuram ampliar a proteção, nunca restringi-la, quanto aos necessitados, na busca da efetivação dos meios à prestação jurisdicional, sobre seus legítimos interesses. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil em favor de pessoa necessitada à reparação do dano, na conformidade do art. 68 do CPP" (TJSP, 7.^a C., AI, rel. Benine Cabral, j. 07.03.1990, *JTJ - Lex* 128/326 e *RT* 653/113).

A ação civil *ex delicto* deverá ser proposta contra o autor do delito, seus representantes legais ou seus herdeiros, respeitada, neste caso, a força da herança, nos termos do art. 1.587 do CC.

Nesse aspecto reside diferença palmar entre essa ação e a penal, pois na ação penal o sujeito passivo da relação processual só poderá ser, exclusivamente, o autor do delito.

Tal ocorre porque a "responsabilidade civil tem uma função essencialmente indenizatória, ressarcitiva ou reparadora, só acessória ou secundariamente assumindo caráter punitivo, ao invés do que sucede com a responsabilidade criminal, cuja função primordial é de caráter punitivo e preventivo".⁷⁰

Agora, por força do novo dispositivo, acrescentou-se um par. ún. ao art. 63, nos seguintes termos: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do art. 387, VII, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido".

Além de estabelecer a reparação civil pelo dano causado, deverá o Juiz criminal decidir "fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar (art. 319), sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta", afastando-se a odiosa prisão decorrente da sentença condenatória recorrível, que fere de morte o princípio da presunção de inocência. Desta maneira, na sentença condenatória, seja o réu primário ou não, tenha ou não tenha bons antecedentes, poderá ele apelar e só o fará preso se for tal medida (ou uma outra) *necessária*.

Vejamos, então, o que se modifica em relação ao Ministério Público. Com efeito, diz o novo art. 257 que à Instituição cabe:

1) "Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código", em consonância com o já estabelecido pelo art. 129, I, da CF/88; e

⁽⁷⁰⁾ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 1977. p. 228.

2) “Fiscalizar a execução da lei”, tarefa que já lhe é deferida atualmente e que lhe dá, no processo penal, uma feição toda especial, pois ao lado de ser parte, também age como *custos legis*, devendo, neste mister, zelar pelo fiel cumprimento da lei e garantir que o devido processo legal seja obedecido nos seus estritos termos.

O novo art. 366 estabelece que “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação pessoal, ou com hora certa, do acusado”. Na verdade, como ensina Frederico Marques, “com a citação válida, estabelece-se a angularidade da relação processual, surgindo assim a instância”.⁷¹ A regra continua a ser a citação real, pessoal ou *in faciem*, e, apenas na hipótese de não ser encontrado “o acusado, será procedida a citação por edital”, salvo se o réu “furtar-se, de qualquer modo, a receber a citação; caso em que, certificada a ocorrência pelo oficial de justiça encarregado da diligência, ela será efetuada com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do CPC”. Observa-se aqui inovação importante, pois não se admite na atual sistemática processual penal a citação com hora certa, desde há muito usada no processo civil. No caso da citação com hora certa, não comparecendo o acusado, “ser-lhe-á nomeado defensor, passando a correr o prazo para oferecimento de defesa, na forma da lei”, ou seja, será ele julgado à sua revelia, sem mais necessidade de intimação ou notificação, tendo tão-somente a assistência obrigatória e indeclinável do defensor (defesa técnica).

Uma segunda hipótese de citação por edital se dará quando “inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu”.

Sendo o caso, porém, de citação editalícia, se ele não comparecer, nem constituir advogado (não tendo relevância aqui o defensor constituído na fase inquisitorial):

1) “Ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição (art. 109 do CP); decorrido esse prazo, recomençará a fluir o da prescrição”, findando-se, assim, a polêmica em torno do atual art. 366 quanto à duração da suspensão do prazo prescricional. O legislador, coerentemente, optou pelos prazos já estabelecidos pelo art. 109 do CP, o que merece aplausos. Finda a suspensão do prazo prescricional, o processo, no entanto, continuará suspenso até o comparecimento do acusado ou a extinção da punibilidade pela prescrição, que deverá ser decretada de ofício pelo Juiz (art. 61 do CPP).

2) “O juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou de ofício, determinará a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, considerando-se como tais as perícias e a prova testemunhal, à vista do que dispõe o art. 92, *in fine*, do atual CPP (“inquirição de testemunhas e de outras provas de natureza urgente”). Tais provas “serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor nomeado pelo juiz”.

(71) *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1998. vol. II, p. 183.

3) “O juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e 313”, observando-se que não se trata de prisão preventiva obrigatória, mas nos estritos termos dos novos arts. 312 e 313. Repita-se: a prisão preventiva não pode ser consequência imediata da citação editalícia quando não haja o comparecimento do acusado ou do seu defensor constituído, como hoje vem se tornando praxe.

Dispõe o § 6.º do art. 366 que “comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo” seguirá o procedimento comum ou especial, na forma do art. 394 *et seq.*

Vejamos, então, como está disposta agora a questão da *emendatio libelli*:

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. Nesta hipótese, como se sabe, a peça acusatória narrou perfeitamente o fato criminoso, tendo o Juiz “liberdade de atribuir ao delito conceituação jurídica diversa da que lhe foi dada pelo acusador, mesmo para impor pena mais grave, contanto que não substitua o fato por outro”, como já explicou Basileu Garcia.⁷²

Ao contrário, porém, da atual sistematização, ainda que seja apenas o caso de *emendatio libelli*, determina o novo art. 383 que “as partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença”. Ademais, e, então, temos mais uma inovação importante e salutar, a *emendatio libelli* poderá ser antecipada para o instante do “recebimento da denúncia ou queixa”, evitando-se que uma peça acusatória equivocada mantenha-se assim durante todo o processo criminal. Se com a *emendatio libelli* (seja no início do processo, seja ao final), “houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei”, ou seja, dará vista ao Ministério Público para a proposta da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, sem a qual não poderá haver julgamento. Caso o Promotor de Justiça não ofereça a proposta, deve o Juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para ele próprio fazê-lo ou designar outro membro da Instituição para a tarefa. O que não se admite, tal como já decidiu o STF, é a concessão *ex officio* da suspensão pelo Juiz. Também não entendemos possível o cabimento da suspensão nas ações penais de iniciativa privada, até porque já dispõe o querelante de institutos como o perdão e a perempção para obstaculizar o andamento do feito criminal.

Por outro lado, se com a definição jurídica diversa surgir infração penal de menor potencial ofensivo, determina a lei que os autos deverão ser encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, até porque tal competência está estabelecida no art. 98, I, da CF/88.

⁽⁷²⁾ *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1945. vol. III, p. 495.

Vejamos, então, como está disciplinada a *mutatio libelli*, lembrando, com Basileu Garcia, que “veda-se ao juiz, no decidir a causa, a *mutatio libelli*”.⁷³

Assim está escrito o novo art. 384:

“Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente”.

Preferiu o novo legislador substituir a expressão “circunstância elementar” por elemento ou circunstância da infração penal, o que muda pouco, pois estão enquadrados em ambas as definições aqueles “requisitos que tenham sido exigidos pelo direito objetivo para a existência do crime, senão também as causas de aumento e de diminuição de pena (distintas das circunstâncias agravantes e atenuantes), porque transplantam a entidade delituosa de um para outro preceito penal, instituindo, pois, comparativamente ao tipo originário ou fundamental da infração, especial modalidade”.⁷⁴ No que se refere às agravantes (art. 61 e 62 do CP), continua em vigor o disposto no atual art. 385, ou seja, poderão elas ser reconhecidas na sentença, sem necessidade de nenhuma outra providência.

Agora, pouco importa se aumentará ou não a pena: de todas as maneiras o Ministério poderá aditar, inclusive verbalmente, a peça acusatória (denúncia ou queixa subsidiária). Tal providência, como se nota, só é cabível nas ações penais públicas ou na ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP).

Neste caso, “ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento”.

Da mesma forma que se dá na *emendatio libelli*, se “houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei”, ou seja, dará vista ao Ministério Público para a proposta da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, sem a qual não poderá haver julgamento. Caso o Promotor de Justiça não ofereça a proposta, deve o Juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para ele próprio fazê-lo ou designar outro membro da Instituição para a tarefa. O que não se admite, repita-se, tal como já decidiu o STF, é a concessão *ex officio* da suspensão pelo Juiz. Também não entendemos possível o cabimento da suspensão nas ações penais de iniciativa privada, até porque já dispõe o querelante, como disse-

⁽⁷³⁾ Idem, *ibidem*.

⁽⁷⁴⁾ GARCIA, Basileu, op. cit., p. 504.

mos acima, de institutos como o perdão e a perempção para obstaculizar o andamento do feito criminal. Outrossim, se com a nova definição jurídica do fato surgir infração penal de menor potencial ofensivo, determina a lei que os autos deverão ser encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, até porque tal competência está estabelecida no art. 98, I, da CF/88.

No caso de aditamento, “cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias”; caso não seja recebido o “aditamento, a audiência prosseguirá.” O prazo de aditamento não está estabelecido na lei, donde concluir-se, com Tourinho Filho, ser possível a aplicação analógica do art. 46, § 2.º, ou seja, em três dias.⁷⁵

Observa-se que o novo legislador restringiu o art. 384 às ações penais públicas ou às de iniciativa privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX, CF/88). De toda forma, estamos com Tourinho Filho que, nada obstante a restrição legal, “possa também o querelante proceder ao aditamento. Há duas situações: a) se, ao tempo da queixa, já havia prova sobre determinada circunstância elementar capaz de alterar a qualificação jurídico-penal do fato, objeto do processo, e o querelante não se deu conta, o aditamento seria até impossível por manifesta decadência; b) se a prova se deu posteriormente, o aditamento pode ser feito por aplicação analógica (...), não havendo violação ao princípio da disponibilidade que rege a ação privada, mesmo porque ninguém está fazendo o aditamento pelo querelante e tampouco obrigando-o a fazê-lo”.⁷⁶

O Livro II do novo CPP, acertadamente, terá como epígrafe “Do procedimento”, diferenciando-se acertadamente o processo de um de seus aspectos, que é o procedimento. Na verdade, processo revela principalmente uma relação jurídica, sendo o procedimento apenas a sua face externa, exterior, ou seja, como ele se desenvolve visando à prestação jurisdicional, que é a sua finalidade. Assim, na lição de Calmon de Passos, podemos “entender o processo como referido ao fenômeno visto intrinsecamente, na sua essência, e em sua globalidade. Este o termo adequado para a espécie. Já procedimento é o processo em sua dinâmica, é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo. É o modo de atuar em juízo. Daí falar-se em modos típicos de atuar, prefixados na lei, como sejam o procedimento comum, desdobrado em ordinário e sumaríssimo, e os procedimentos especiais”.⁷⁷

Pois bem. Subseqüentemente, temos o Título I, “Das formas procedimentais” e, em seguida, o Capítulo I, sob a seguinte epígrafe: “Disposições aplicáveis às formas procedimentais”.

(75) *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo : Saraiva, 1996. vol. I, p. 574.

(76) *Código de Processo Penal comentado*, cit., vol. I, p. 573. Nesta mesma oportunidade o autor esclarece que em caso de recusa ao aditamento pelo Ministério Público, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, posição com a qual concordamos inteiramente.

(77) *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. vol. III, p. 7.

Adiante, o novo art. 394 consagra os dois novos procedimentos: o comum e o especial. Por sua vez, o comum poderá ser ordinário, sumário ou sumariíssimo.

O procedimento comum ordinário será obedecido “quando tiver por objeto crime cuja pena máxima cominada seja igual ou superior a quatro anos de prisão”. O sumário “quando tiver por objeto crime cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de prisão” e o “sumariíssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei”.⁷⁸ Observe-se que a nova redação já não trata de distinguir pena de reclusão ou de detenção, referindo-se apenas à “pena de prisão”, em consonância com o projeto de reforma da Parte Geral do Código Penal, que elimina esta dicotomia hoje existente entre as penas privativas de liberdade.⁷⁹

Como está a indicar, o procedimento comum é a regra, “salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial”, devendo-se também aplicar subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumariíssimo as disposições do procedimento ordinário.

Para os crimes dolosos contra a vida, por exemplo, aplicar-se-ão as novas regras estabelecidas nos arts. 406 a 497 do novo Código.

Vejam, agora, os procedimentos ordinário e sumário, *in verbis*:

“Art. 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”. Adota-se aqui o que já ocorria nas hipóteses do art. 514 do CPP, do art. 4.º da Lei 8.038/90 e no art. 43, § 1.º, da Lei de Imprensa, ou seja, a ouvida do denunciado ou querelado antes do recebimento da denúncia, providência extremamente salutar, pois somente desta forma podemos dizer que há, no processo penal, efetivamente, uma defesa prévia. Discordamos apenas quando se determina a citação do acusado, pois, além de não haver ainda acusado (pois não há processo), o que deveria ocorrer seria a notificação ao imputado para preliminarmente defender-se, tentando convencer o Juiz da impossibilidade do recebimento da denúncia. Até porque, mesmo com esta anterior cientificação, a citação, acaso recebida a peça acusatória, seria de rigor.

Nesta sua “defesa prévia”, o denunciado ou querelado “poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justifica-

(78) Neste ponto, observar que a Lei 10.259/01 (Juizados Especiais Criminais Federais) poderá ter ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo, modificando o art. 61 da Lei 9.099/95. Neste sentido, já se pronunciaram juristas dos mais importantes, como Adatao Suannes, Alberto Silva Franco, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio de Jesus, Cláudio dell’Orto, Luiz Flávio Gomes, dentre outros (conferir tais opiniões no site www.direitocriminal.com.br).

(79) Assim está redigido o art. 32 do projeto de reforma do Código Penal: “Art. 32. As penas são: I – prisão; II – restrição de direito; III – multa; IV – perda de bens”.

ções, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as, e, dependendo o comparecimento de intimação, requerê-la desde logo". As exceções processuais acaso opostas serão processadas em conformidade com os atuais arts. 95 a 112 do CPP.

Se nos dez dias estabelecidos pela lei não houver resposta ou não se constituir advogado, "o juiz nomeará dativo para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por dez dias", até porque a defesa técnica é indispensável, ainda que a autodefesa não tenha sido querida.

"Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em cinco dias", prazo que deveria ser, também, de dez dias, em respeito ao princípio da igualdade. Poderá o Juiz, se assim entender como imprescindível, determinar "a realização de diligências, no prazo máximo de dez dias, podendo ouvir testemunhas e interrogar o acusado". Aqui, para nós, um outro erro terminológico: interrogar a quem ainda não teve contra si aceita a imputação? Melhor seria dizer-se: "ouvir o denunciado ou o querelado".

Após tais providências iniciais, agora sim, o Juiz "fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa". Rejeitará a peça acusatória quando:

- 1) "For manifestamente inepta";
- 2) "Faltar pressuposto processual (de existência ou de validade) ou condição para o exercício da ação penal (genérica ou específica)";
- 3) "Faltar justa causa para o exercício da ação", ou seja, lastro probatório mínimo para o oferecimento da denúncia ou da queixa (Afrânio Silva Jardim).

Contra esta decisão caberá apelação. Já da decisão que rejeitar parcialmente a acusação caberá agravo, como também a que receber a peça acusatória, como veremos adiante.

Se, nada obstante tenha sido recebida a peça acusatória, o Juiz considerar "plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade, absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas". Previu-se aqui nada mais nada menos do que o julgamento antecipado da lide, e julgamento de mérito, sujeito a produzir coisa julgada material, o que não se conhece no sistema atual, evitando-se que o processado tenha que se submeter a todas aquelas "cerimônias degradantes" de que falava Garfinkel, para, apenas na sentença final, após um longo tempo de "calvário", ser absolvido. Como dizia Carnelutti, "o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilidade".⁸⁰ Contra essa sentença de absolvição sumária também caberá recurso de apelação. Uma observação urge: na verdade, se a acusa-

⁽⁸⁰⁾ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo : Conan, 1995. p. 12.

ção era manifestamente improcedente ou militava em favor do acusado uma causa excludente de criminalidade ou culpabilidade, a denúncia ou queixa não deveria ter sido recebida desde logo, por faltar uma das condições genéricas da ação: o interesse de agir.⁸¹

Tais disposições (arts. 395 a 398) aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

No caso de recebimento da acusação, como o acusado já foi citado, “o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”. Note-se que mais uma vez o nosso legislador não fez a diferença técnica entre notificação e intimação. Câmara Leal, comentando o atual Código de Processo Penal e alertando que este diploma se afastara da técnica, “não estabelecendo distinção entre intimação e notificação, confundindo-as indevidamente”, já afirmava que “a doutrina processual moderna diferencia essas duas modalidades – a notificação e a intimação, como atos distintos”, pois “a notificação é a ciência que se dá a alguém de alguma coisa que deverá fazer ou omitir por determinação do juiz. Ao passo que a intimação é a simples ciência que se dá de algum ato já praticado na causa, sem que se lhe imponha qualquer prática ou omissão”.⁸² Seria imperioso que com a reforma se adotasse esta diferenciação que boa parte da doutrina exige.

Mantém-se a citação através de requisição para o acusado preso, “devendo o Estado providenciar sua apresentação”, sob pena de nulidade absoluta.

Adota-se, agora, o princípio da identidade física do Juiz, segundo o qual o Magistrado “que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Como se sabe, tal princípio não era conferido no atual sistema processual penal, tal como o é no processo civil (art. 132 do CPC). Por ele, o Juiz que colher a prova deve julgar o processo, podendo, desta forma, “apreciar melhor a credibilidade dos depoimentos; e a decisão deve ser dada enquanto essas impressões ainda estão vivas no espírito do julgador”.⁸³

É extremamente salutar a adoção deste princípio, pois “a ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com lamentável frequência, seres humanos que desconhece”.⁸⁴

Já no Capítulo II regula-se o procedimento ordinário, determinando-se, no art. 400, que na “audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nes-

(81) Sobre o assunto, confira-se a obra de José Antonio Paganella Boschi, *Ação penal*, Rio de Janeiro, Aide, 1993, p. 62.

(82) *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1942. vol. II, p. 421.

(83) BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro : Forense. vol. I, p. 327.

(84) DOTI, René Ariel. “O interrogatório à distância”. *Revista Consulex* 29/23, Brasília.

ta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado". Observa-se que o interrogatório do acusado é o último ato processual após a instrução criminal, o que vem a fortalecer a idéia daqueles que o vêem como autêntico meio de defesa e não mais como um meio probatório.

Assim, "na lei nova prevalece outra orientação: o interrogatório é o momento mais importante da *autodefesa*; é a ocasião em que o acusado pode fornecer ao juiz sua versão pessoal sobre os fatos, e sua realização após a colheita da prova permitirá, sem dúvida, um exercício mais completo do *direito de defesa*, inclusive pela faculdade de permanecer em *silêncio* (art. 5.º, LVIII, CF)".⁸⁵

É sabido que se discute na doutrina se o interrogatório é um meio de prova ou um meio de defesa. Hoje, mais do que antes, aceita-se a idéia de que se trata, em verdade, de um meio de defesa, sendo esta a posição adotada por doutrinadores do porte de Tourinho Filho, Bento de Faria e Jorge Alberto Romeiro, entre outros. Frederico Marques, por sua vez, defendia o contrário. Tornaghi, identificando o problema como uma questão de "política processual" diz que o interrogatório "tanto pode ser aproveitado pela lei para servir como método de prova quanto como instrumento de defesa", sendo, portanto, "meio de prova quando a lei o considera fato probante (*factum probans*) e é meio de defesa e fonte de prova quando ela entende que ele por si nada prova, mas apenas faz referência ao fato probando e, por isso mesmo, é preciso ir buscar a prova de tudo quanto nele foi dito pelo réu".⁸⁶

O Código de Processo Penal italiano, nos seus arts. 64 e 65 deixa clara a intenção do legislador italiano em considerar o interrogatório como meio de defesa, pois, salvo em caso de prisão cautelar, "la persona sottoposta alle indagini (...) interviene libera all'interrogatorio". Ademais, antes de iniciar o interrogatório, o imputado será advertido de seu direito "di non rispondere", excetuando-se os dados de mera identificação, devendo a autoridade judicial informar ao interrogado a respeito dos elementos de prova que pesam sobre ele, bem como as respectivas fontes, salvo "se non può derivarne pregiudizio per le indagini"; em seguida o Juiz, "invita la persona ad esporre quanto ritiene utile per la sua difesa e le pone direttamente domande" (grifo nosso).

Para nós é indubitoso o caráter de meio defensivo que possui o interrogatório.

Como já se disse, o princípio da ampla defesa insculpido no art. 5.º, LV, da CF engloba não somente a defesa técnica, a cargo de um profissional do Direito devidamente habilitado, como também a denominada autodefesa ou defesa pessoal, esta exercida pelo próprio acusado quando, por exemplo, depõe pessoal e livremente no seu interrogatório.

(85) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 176.

(86) TORNAGHI, Hélio, *op. cit.*, p. 810.

Veja-se a respeito a lição de Germano Marques da Silva:

“A lei, com efeito, reserva ao arguido, para por ele serem exercidos pessoalmente, certos actos de defesa. É o que acontece, nomeadamente, com o seu interrogatório, quando detido, quer se trate do primeiro interrogatório judicial, quer de interrogado por parte do Ministério Público, do direito de ser interrogado na fase da instrução, das declarações sobre os factos da acusação no decurso da audiência e depois de findas as alegações e antes de encerrada a audiência”⁸⁷

Ora, tratando-se como efetivamente se trata de um modo de defesa pessoal, é evidente que o interrogatório não pode ser considerado como meio de prova.

Não esqueçamos que o interrogado tem direito a calar-se, na forma do art. 5.º, LXIII, da CF, sem que o seu silêncio possa causar-lhe qualquer ônus processual ou qualquer presunção contrária à sua presumida inocência.

O interrogado tem também o direito indiscutível de não se auto-incriminar e o de não fazer prova contra si mesmo, em conformidade com o art. 8.º, 2, g, do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22.11.1969 e art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova Iorque, assinado em 19.12.1966, ambos já incorporados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Dec. 678, de 06.11.1992 e do Dec. 592, de 06.07.1992.

Ressalte-se, ainda, que a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, no art. 81 disciplinou que o interrogatório deverá ser realizado após a ouvida da vítima e das testemunhas, afastando-o do início do procedimento e levando-o para o final, ou seja, após a colheita de todas a provas, o que veio a reforçar, também, a nosso ver, o seu caráter de meio de defesa.

Adepto desta tese, e para finalizar o assunto, Ferrajoli entende que o interrogatório é o melhor paradigma de distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório, pois naquele o interrogatório representava “el comienzo de la guerra forense”, “el primer ataque del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión”. Contrariamente, continua o mestre italiano, no processo acusatorio/garantista “informado por la presunción de inocencia, *el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse*”⁸⁸.

Não sendo, destarte, meio de prova, o interrogatório, no entanto, poderá ser considerado uma importante fonte de prova (como ressaltou Tornaghi), sempre que “ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias”⁸⁹.

(87) SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lisboa : Verbo. vol. I, p. 288.

(88) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 3. ed. Madrid : Trotta, 1998. p. 607.

(89) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 223.

Ademais, tal como nos Juizados Especiais Criminais, também são adotados os princípios da imediatidade e da concentração dos atos processuais, pois as “provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”. Aqui, vale uma advertência: o indeferimento injustificado de provas poderá acarretar a nulidade absoluta do ato processual pelo princípio da ampla defesa, de forma que somente quando indubitadas as (más) intenções das partes é que legítimo será o indeferimento.

“Na instrução poderão ser inquiridas até oito testemunhas arroladas pela acusação e oito pela defesa”, não se compreendendo neste número “as que não prestem compromisso e as referidas”, podendo a “parte, com anuência da outra, desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas”, ressalvadas aquelas inquiridas por força de determinação judicial (art. 209 do CPP).

Sem estabelecer um prazo, “produzidas as provas, ao final da audiência o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”, o que significa que tais requerimentos devem ser feitos de imediato e não mais nas 24 horas hoje previstas (o que não impede que, considerando-se a complexidade do processo, seja deferido às partes um prazo maior para tais requerimentos, atentando-se apenas para que não se protele o andamento processual). Não os havendo, ou tendo sido indeferidos, “serão oferecidas alegações finais orais, por vinte minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais dez, proferindo o juiz, a seguir, sentença”, prazo que será individual para a defesa se houver mais de um acusado. Se houver assistente, a ele serão concedidos, após a manifestação do Ministério Público, dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

“O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de cinco dias, sucessivamente, para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de dez dias para proferir a sentença”. Esperamos, apenas, que esse expediente aberto pela lei não se torne praxe, dilatando-se desnecessariamente o processo.

Caso as partes ou qualquer uma delas tenha requerido ao Juiz a feitura de diligência, e tenha sido a solicitação aceita pelo Juiz (se não o for é possível o uso da correição parcial, ou mesmo do *habeas corpus* ou do mandado de segurança), “a audiência será concluída sem as alegações finais”. Após a realização dessas diligências, “as partes apresentarão, no prazo sucessivo de cinco dias, suas alegações finais, por memorial e, no prazo de dez dias, o juiz proferirá a sentença”.

E, por fim:

“Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

Parágrafo único. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a

obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição". Disposição semelhante já encontramos na Lei 9.099/95, arts. 13, § 2.º, e 65, § 3.º, impelindo "a Justiça para que continue no seu processo de modernização".⁹⁰

No Capítulo V temos a previsão do procedimento sumário.

Neste modo de proceder, a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de quinze dias e nela deverá inicialmente ser ouvido o ofendido, se possível, depois as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, após o que colher-se-ão os esclarecimentos dos peritos, far-se-ão as acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, então, o acusado e procedendo-se, finalmente, aos debates orais.

Essas "alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, proferindo, o juiz, a seguir, sentença". "Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual" e ao "assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa".

Neste procedimento, o número de testemunhas evidentemente é menor: até cinco testemunhas para a acusação e cinco para a defesa.

Tal como no procedimento ordinário, neste também as "provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias". Valem aqui as observações feitas anteriormente, quanto ao cerceamento de defesa.

"Art. 535. Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer". Mais uma vez, repete-se regra estabelecida na Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 80).

Art. 536. A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência", atentando-se que as testemunhas arroladas pela acusação devem necessariamente ser ouvidas antes daquelas indicadas pela defesa, obedecendo-se ao contraditório.

Prevê a lei um prazo máximo para a conclusão desse procedimento, que será de noventa dias, ao cabo dos quais, estando o acusado preso, considerar-se-á constrangimento ilegal a ser remediado via *habeas corpus*.

Naquelas hipóteses em que se permite a remessa dos autos referentes a infrações penais de pequeno potencial ofensivo ao juízo comum (arts. 66, par. ún., e 77, §§ 2.º e 3.º, da Lei 9.099/95), o rito a ser adotado será o sumário previsto neste Capítulo.

⁽⁹⁰⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais*, cit., p. 85. Na página seguinte, advertem os autores: "Não basta. Mister se faz que as audiências possam ser simplesmente gravadas. Além da maior autenticidade no registro de tudo o que sucede, proporciona-se ainda grande dinamismo ao andamento da causa".

Por fim, o projeto de lei revoga expressamente os arts. 43 (que trata da rejeição da denúncia ou da queixa), 362 (citação por edital do réu que se oculta, que agora será citado com hora certa) e 498 a 502.

No que diz respeito ao direito intertemporal, acaso sancionado este projeto de lei, as suas disposições aplicam-se aos processos em que ainda não houve o recebimento da denúncia ou queixa, ainda que os procedimentos não sejam regulados pelo Código de Processo Penal.

8. Provas – Projeto de Lei 4.205/01

Este projeto altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova.

Permanecemos com o sistema do livre convencimento fundamentado, pois diz o novo art. 155 que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”. Não pode, ademais, “fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas”, o que vem a fortalecer o devido processo legal, com os seus corolários da ampla defesa e do contraditório, pois na fase investigatória, que é inquisitiva, não se permite o exercício do contraditório, tampouco a ampla defesa, o que macula qualquer decisão tomada com base exclusivamente na prova colhida naquela fase anterior. Assim, salvo as ressalvas feitas pela lei, aliás, perfeitamente compreensíveis, a prova produzida na peça informativa deve ser repetida, para que valha como meio de prova idôneo para o julgador. Grande regra!

Tal como hoje (art. 155), “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”, pois, na lição do velho Câmara Leal, “a prova do estado das pessoas fica subordinada às regras civis para sua produção”,⁹¹ como no casamento, a idade etc.

O novo art. 156 repete, em parte, o atual, ao dizer que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, facultando-se, porém, ao Juiz o seguinte:

1) “Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”;

2) “Determinar, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

A esse respeito, veja-se o que dissemos sobre a atividade persecutória do juiz no processo penal acusatório.

A propósito, Juan Montero Aroca adverte que “si el medio de prueba practicado de oficio por el tribunal de instancia tiene por objeto la comprobación de los

⁹¹ Op. cit., vol. I, p. 429.

hechos, esto es, se dirige a probar su existencia o inexistencia, se produce la quiebra de la imparcialidad objetiva del tribunal".⁹²

O projeto passa a considerar "inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais", bem como aquelas "derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras". São as chamadas provas ilícitas por derivação, baseadas na doutrina do *fruit of the poisonous* ou *the tainted fruit*, o que já era, na doutrina nacional, uma idéia mais ou menos pacífica.⁹³ Esta disposição é válida tanto em relação às provas ilícitas como às ilegítimas, para quem as diferencia.⁹⁴

Caso não tenha havido o desentranhamento, e preclusa esta possibilidade, "serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório". E, mais: "O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença", para que dela não se contamine o seu espírito.

Quanto às perícias, houve nova modificação em relação àquela já ocorrida com a Lei 8.862/94. Assim, em vez de dois peritos oficiais, o "exame de corpo de delito e outras perícias serão, em regra, realizados por perito oficial" sendo que, na sua falta, será realizado, agora sim, "por duas pessoas idôneas, escolhidas, de preferência, dentre as que tiverem habilitação técnica". Neste último caso, os peritos inoficiais deverão prestar "o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo".

A outra novidade é que além da possibilidade da formulação de quesitos pelo Ministério Público e seu assistente, pelo querelante, pelo ofendido, pelo investigado e pelo acusado, poder-se-ão indicar assistentes técnicos, "que atuarão a partir de sua admissão pelo juiz".

Abandonando o nosso sistema tradicional de ouvida das testemunhas, que era o presidencialista (atual art. 212), adotar-se-á agora o sistema americano do *cross examination*, ou seja, "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida", como já ocorre hoje no plenário do Júri. O par. ún. do novo art. 212 estabelece que "sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição".

(92) *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999. p. 89.

(93) A respeito confira-se a obra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Interceptação telefônica*, São Paulo, RT, 1997.

(94) Ada, Scarance e Magalhães Gomes, por exemplo, esclarecem que "quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida" (*As nulidades no processo penal*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 116).

9. Interrogatório e defesa legítima – Projeto de Lei 4.204/01

Este projeto de lei modifica os dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao interrogatório do acusado e à defesa efetiva.

Assim, o Capítulo III do Título VII passará a vigorar com algumas alterações importantes. A primeira delas, sem dúvida, é a necessidade impostergável da presença de advogado, nomeado ou constituído, quando do interrogatório do acusado, pois a nova redação do art. 185 assim prescreve: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

Como se sabe o interrogatório é o meio pelo qual o acusado pode dar ao Juiz criminal a sua versão a respeito dos fatos que lhe foram imputados pelo acusador. Por outro lado, é a oportunidade que possui o Magistrado de conhecer pessoalmente aquele que será julgado pela Justiça criminal; representa, ainda, uma das facetas da ampla defesa (a autodefesa), que se completará com a defesa técnica a ser produzida pelo advogado do acusado.

A partir dessas primeiras considerações avulta a questão sobre a necessidade ou não de o Juiz que preside o interrogatório ser o mesmo que sentencie o interrogado; em outras palavras, pergunta-se se o Magistrado que irá julgar tem que ser necessariamente aquele que interrogou o réu. A resposta é positiva, visto que, como vimos, passará a vigorar no Processo Penal o princípio da identidade física do Juiz, tal como já acontece no processo civil, onde “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor” (art. 132, *caput*, CPC). No processo penal vindouro obedecer-se-á este princípio, donde se conclui que o Juiz interrogante precisa necessariamente ser o respectivo julgador, salvo as escusas legais, até porque é de suma importância para o ato de julgar este contato pessoal entre julgador e julgado, e o interrogatório é justamente o momento em que o Juiz conhecerá o acusado, tomará conhecimento pessoal (e não somente através da leitura de um depoimento escrito) do *homem* a ser por ele julgado.

Como afirma Tourinho Filho, é “pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena”. É, destarte, a oportunidade “para que o Juiz conheça sua personalidade, saiba em que circunstâncias ocorreu a infração – porque ninguém melhor que o acusado para sabê-lo – e quais os seus motivos determinantes”. Por isso é meritório esse “contato entre julgador e imputado, quando aquele ouvirá, de viva voz, a resposta do réu à acusação que se lhe faz”.⁹⁵

(95) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., vol. 3, p. 266.

Ainda a esse respeito, o magistral Tornaghi se manifesta no mesmo sentido. Para ele “o interrogatório é a grande oportunidade que tem o juiz para, num contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d’alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral”.⁹⁶

Quanto à presença de advogado nesta fase, discute-se na doutrina e na jurisprudência a respeito desta necessidade. Boa parte da doutrina entende que sim. Nesse sentido, Tourinho Filho, Frederico Marques e Espínola Filho. Há quem entenda, porém, a sua desnecessidade por se tratar de um momento processual típico da autodefesa (e não da defesa técnica), podendo, ademais, haver retratação a qualquer instante. A jurisprudência claramente se inclina neste segundo sentido, a ponto de o próprio Tourinho Filho observar que “nunca se anulou qualquer processo pelo não-comparecimento do Advogado ao ato do interrogatório”.⁹⁷ Agora certamente se anulará.

Mirabete, por exemplo, acompanhando essa corrente jurisprudencial majoritária, sustenta que “a presença do defensor no interrogatório é apenas facultativa, já que não pode normalmente intervir nesse ato processual, razão por que a sua ausência não constitui nulidade no processo (RT 600/369, 610/407, JTACrSP 59/340)”.

Em sentido contrário, defende Ferrajoli “el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio, para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales”.⁹⁸

Recentemente a Suprema Corte, por meio de um dos seus mais destacados Ministros, Celso de Mello, através de liminar concedida em mandado de segurança deixou assentado que “*cabe reconhecer, por isso mesmo, que a presença do advogado em qualquer procedimento estatal, independentemente do domínio institucional em que esse mesmo procedimento tenha sido instaurado, constitui fator inequívoco de certeza de que os órgãos do Poder Público (Legislativo, Judiciário e Executivo) não transgredirão os limites delineados pelo ordenamento positivo da República, respeitando-se, em consequência, como se impõe aos membros e aos agentes do aparelho estatal, o regime das liberdades públicas e os direitos subjetivos constitucionalmente assegurados às pessoas em geral, inclusive àquelas eventualmente sujeitas, qualquer que seja o motivo, a investigação parlamentar, ou a inquérito policial, ou, ainda, a processo judicial*” (RDA 196/197 – HC 79.244-DF).

(96) TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1967. t. III, p. 812.

(97) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 273.

(98) FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 608.

Outra importante modificação está no art. 188, segundo o qual, “após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”, ou seja, será permitida a interferência das partes, ao contrário do que dispõe o atual art. 187. Esta inovação é absolutamente salutar, pois a assistência técnica do advogado deve sempre ser deferida pelo Juiz, sob pena de não se completar a ampla defesa (só teria havido, então, a defesa pessoal). Nesse sentido, já dissemos, decidiu o STF, em liminar concedida pelo Min. Celso de Mello, por meio da qual se reconheceu, garantindo-o, o direito do advogado de intervir na inquirição do seu cliente pela chamada “CPI do narcotráfico”, sob o argumento de que a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), assim o permite. Nessa decisão monocrática, escreveu o Min. Celso de Mello ser direito do advogado “manter contacto com o seu cliente, podendo interferir, nas hipóteses contempladas em lei, com o objetivo de dispensar-lhe efetiva assistência técnica que dê sentido e concreção à garantia constitucional que confere, a qualquer um – indiciado, ou não –, o privilégio contra a auto-incriminação” (RDA 196/197 – HC 79.244-DF). Aqui, ao contrário do que ocorre na produção da prova testemunhal, as perguntas das partes devem ser dirigidas ao Juiz e não diretamente ao acusado.

Parece-nos que à vista da garantia da ampla defesa (que pressupõe o exercício da defesa técnica) indiscutível poder o advogado orientar o seu cliente durante o interrogatório, mesmo porque “el defensor interviene en el proceso con la finalidad de conseguir la absolución de su defendido, poniendo a disposicón de este objetivo todos sus conocimientos jurídicos”.⁹⁹

Por expressa disposição legal, “não se admitirá o interrogatório à distância de acusado preso”.

Há algum tempo, lembram-se, criticou-se a iniciativa do jurista Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito hoje aposentado, que procedeu a um interrogatório à distância feito por computador. Sob o argumento de que o “Judiciário não pode ficar alheio à modernidade tecnológica”, o referido penalista admite o interrogatório *on line* “desde que assegurado o amplo direito de defesa”.¹⁰⁰

Condenando essa iniciativa e afirmando que o interrogatório *on line* inaugurava “um novo estilo de cerimônia degradante”, Dotti afirmou que a “tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o *Senhor da*

⁽⁹⁹⁾ CATENA, Víctor Moreno. *Derecho procesal penal*. Madrid : Colex, 1999. p. 143.

⁽¹⁰⁰⁾ GOMES, Luiz Flávio. “O interrogatório a distância através do computador”, *Revista Literária de Direito*, p. 13, São Paulo, nov./dez. 1996.

Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão”.¹⁰¹ Sobre o assunto, leia-se “Interrogatório à distância”, do Prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, publicado no *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 93, ago. 2000.

Cremos, realmente, que não seja o interrogatório o ato processual mais adequado para nele se utilizarem os meios tecnológicos postos à nossa disposição e tão necessários à agilização da Justiça criminal; a informática, evidentemente, trouxe avanços indiscutíveis em nosso cotidiano e devemos utilizá-la de molde a proporcionar a tão almejada eficiência da Justiça, mas com uma certa dose de critério e atentos a princípios inseparáveis do devido processo legal.

Note-se, porém, que há um projeto de lei, o de n. 2.504/00, dispondo sobre o interrogatório do acusado à distância com a utilização de meios eletrônicos. No seu art. 1.º se diz poder o Juiz, no processo penal, “utilizando-se de meios eletrônicos, proceder à distância ao interrogatório do réu”, exigindo-se “que o réu seja assistido por seu advogado ou, à falta, por Defensor Público”. Oxalá não seja aprovado!

O art. 186 do projeto de lei sob comento obriga que, “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”, em conformidade com o direito ao silêncio insculpido no art. 5.º, LXIII, da CF/88. O que muda efetivamente é que o uso desse direito constitucionalmente garantido, ou seja, o de permanecer calado, “não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz”.

Diz o art. 187 que o “interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos:

1) “Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais”.

2) “Na segunda parte será perguntado sobre: I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita; II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; IV – as provas já apuradas; V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra

⁽¹⁰¹⁾ DOTTI, René Ariel, op. cit., p. 25.

elas; VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa”.

Na verdade, no interrogatório distinguem-se três fases: a de identificação ou de qualificação, oportunidade em que a autoridade perguntará ao interrogando a respeito de seus dados pessoais, visando a uma perfeita identificação; a de cientificação, quando se informa sobre a imputação feita pelo acusador e, por fim, a de mérito ou de conteúdo, onde serão feitas as indagações indicadas nos incs. I a VIII do art. 187, § 2.º, e no art. 190 do CPP (“Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam”). Evidentemente que estas perguntas não são exaustivas, podendo outras ser formuladas a depender das circunstâncias da infração.

O novo art. 189 não traz novidades, *in verbis*: “Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas”.

Quanto ao interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo, será feito pela forma seguinte:

1) “Ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente”;

2) “Ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as ele por escrito”;

3) “Ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará ele as respostas”.

Caso o “interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo”, assim como se “não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete”, donde se conclui que em nosso sistema o idioma nacional é exigido para o cumprimento de todos os atos processuais, ainda que isto não venha expresso no Código de Processo Penal, como o faz o CPC, no art. 156.

O art. 194 não apresenta novidades, pois estabelece que se “o interrogando for menor, o interrogatório será realizado na presença do curador, preferentemente advogado”. Observa-se, apenas, que a Súmula 352 do STF prescreve não ser nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo. Pergunta-se: e se o advogado foi constituído, a ausência deste curador acarretará a nulidade do ato processual? Responda-se afirmativamente com o magistério de Adalberto José de Camargo Aranha ao dizer “que a distinção reside no fato da nomeação do dativo partir do juiz, como ocorre com o curador, o que não acontece quando o defensor for constituído. Vale dizer, é essencial que o curador seja pessoa nomeada e de confiança do juiz, nomeação essa que também ocorre com o dativo”.¹⁰²

(102) *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 100.

No novo art. 195, tampouco, há novidade: "Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo", assim como o art. 196: "A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes".

O não comparecimento injustificado do acusado poderá ensejar a sua condução coercitiva tal como o permite o art. 260 do CPP, que não foi alterado; evidentemente, que a obrigatoriedade em comparecer não pode significar, como foi visto acima, obrigação em falar nem em produzir prova contra si. Porém, é dever de todo cidadão atender ao chamamento da autoridade judiciária, até para que possa identificar-se perfeitamente (ressalvando a hipótese da recusa ser um ato legítimo de autodefesa); este é um reclamo da própria sociedade, primeira interessada no perfeito funcionamento da Justiça criminal. Não atendendo à respectiva notificação, desrespeita-se a administração da Justiça. Neste caso, a condução coercitiva não poderá significar qualquer mácula ao direito ao silêncio ou ao de não se auto-incriminar.

Se o acusado residir em comarca diversa do Juízo processante, poderá ser realizado o interrogatório mediante a expedição de carta precatória. Esta possibilidade é pacificamente aceita pela jurisprudência e por grande parte da doutrina, apesar de ser sempre aconselhável que o Juiz do processo interroge o respectivo acusado, pelos motivos já explicitados. De toda forma, a enormidade do território brasileiro obriga aceitar-se a realização do interrogatório mediante carta precatória.

Se houver co-réus, os seus interrogatórios devem-se realizar separadamente (art. 191).

Por fim, modifica-se, outrossim, o art. 261, que está no Capítulo III do Título VIII do Código de Processo Penal ("Dos sujeitos processuais"), acrescentando-lhe um parágrafo único, afirmando que a "defesa técnica será efetiva, exigindo manifestação fundamentada".

Com efeito, todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do direito, a fim de que se estabeleça íntegra a ampla defesa; como se sabe a defesa ampla se compõe da autodefesa e da defesa técnica, aquela exercida pelo próprio acusado e esta por um advogado.

Aliás, é imperioso destacar que o direito de defesa no processo penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade:

"Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se considere en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión".¹⁰³

Mesmo para o réu ausente ou foragido é indispensável, sob pena de nulidade absoluta, que se lhe nomeie um defensor; se menor de 21 anos, além do defensor,

⁽¹⁰³⁾ TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona : Ariel, 1989. p. 184.

necessário se faz a presença também de um curador, ressalvando, como já se disse, que o STF já sumulou o entendimento segundo o qual “não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo” (Súm. 352); se o réu menor, porém, for defendido por um advogado constituído, entendemos subsistir a necessidade da presença de um curador, pois que este pressupõe pessoa da confiança do Juízo, o que coincide com a natureza do defensor dativo, mas não com a do constituído (ver acima).

O defensor nomeado ou dativo será obrigado a aceitar a defesa, sob pena de multa (art. 264 do CPP) e de responder por infração disciplinar (art. 34, XII, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). Se, porém, o acusado para o qual o Juiz nomeou um defensor na realidade não for pobre, será obrigado a pagar os honorários advocatícios arbitrados pelo Juiz (art. 263, par. ún., do CPP).

A constituição de advogado no processo penal pode ser feita por procuração ou por indicação verbal quando da realização do interrogatório, dispensando-se, neste último caso, a juntada do instrumento procuratório. Ainda que inicialmente tenha sido nomeado um defensor dativo, pode o acusado a qualquer momento constituir um profissional de sua confiança (art. 263, *caput*).

Como já assinalado, o defensor exerce a chamada defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa.

A propósito, veja-se a definição de Fenech:

“Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituidos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya”.

Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, “que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo”.¹⁰⁴

⁽¹⁰⁴⁾ FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Barcelona : Labor, 1952. vol. I, p. 457.

Ressalte-se que o defensor não é parte, nem sujeito processual, nem, tampouco, substituto processual, agindo apenas como um representante técnico da parte; neste mister, parece-nos que cabe a esse profissional exercer a sua defesa mesmo contra a vontade do réu, até porque o direito de defesa é indisponível: “En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculcado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental”.¹⁰⁵

10. Recursos e ações de impugnação – Projeto de Lei 4.206/01

Este projeto de lei altera os dispositivos do Código de Processo Penal que dizem respeito aos recursos e às ações de impugnação.

Por primeiro, o Livro III passa a ter a seguinte epígrafe: “Das nulidades, dos recursos e das ações de impugnação”.

Uma lástima que não se tenha alterado o Título I que trata das nulidades, um dos mais confusos e assistemáticos do nosso CPP. Sobre ele disse o mestre Frederico Marques:

“Não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais penais. Os arts. 563 *usque* 573 estão prenhes de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto”.¹⁰⁶

De toda maneira, o Título II, “Dos recursos em geral” e o seu Capítulo I, “Disposições gerais”, assim se inicia: “Art. 574. Os recursos serão voluntários”, acabando-se com a possibilidade dos “recursos de ofício”, cuja natureza recursal é, inclusive, bastante discutível. Tourinho Filho, por exemplo, respaldando-se nas lições de Alcides de Mendonça Lima, assevera que “o recurso necessário não pode ser considerado como tal, pois o juiz, que tem o dever de recorrer de ofício, não haveria de ficar inconformado com a sua própria decisão... Ademais, quando alguém recorre, evidentemente há de desejar seja o seu recurso provido. No *ex officio* dá-se exatamente o contrário: o Juiz quer que a sua decisão seja mantida, donde decorre que, o recurso *ex officio*, tecnicamente, não é um recurso, posto não ser interposto por quem tenha interesse na reforma da decisão. Trata-se de providência administrativa visando a acautelar determinados interesses tutelados pelas leis que o admitem”.¹⁰⁷ Na verdade, em tais hipóteses o que há é uma condição de eficácia da sentença.¹⁰⁸

(105) TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 185.

(106) *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller. vol. II, p. 366.

(107) *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo : Saraiva, 1996. vol. II, p. 244. Em seguida, este mesmo autor diz cumprir “ao legislador extirpá-lo, por se tratar de verdadeira absurdez, nos termos em que o concebemos”.

(108) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo : RT, 2001. p. 35.

Há, inclusive, decisões jurisprudenciais entendendo pelo banimento do recurso de ofício em nossa sistemática, com fulcro no art. 129, I, da CF/88 (RT, 659/305; *Revista de Julgados e Doutrina do TACrimSP*, 13/118, 124, 204 e 206).

Vejamos, tão-somente, as novidades vindouras:

O art. 577 legitima para recorrer “o Ministério Público, o querelante, o ofendido nas hipóteses previstas em lei e o acusado ou seu defensor”. Observa-se que o ofendido tem legitimidade para recorrer nas hipóteses previstas no *caput* do art. 598 do CPP, que não foi modificado, salvo o seu parágrafo único, que, dissipando dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao prazo, estabeleceu que “o prazo para interposição deste recurso, contado a partir do dia em que terminar o do Ministério Público, será de cinco dias para o assistente e de quinze dias para o ofendido não habilitado”. Este prazo maior para o ofendido não habilitado como assistente é plenamente justificado, pois ele sequer será intimado da sentença, devendo-lhe ser concedido um prazo maior, a fim de que possa tomar conhecimento da decisão absolutória e dela recorrer.

O art. 578 estabelece que o recurso será interposto por petição, já acompanhada das razões. Assim, “no novo sistema as razões já serão oferecidas na própria petição de interposição, o que não ocorre na disciplina do CPP, em que há um outro prazo de oito dias (três nas contravenções) para que o recurso seja arrazoado. E quem milita na área criminal bem conhece as procrastinações que essa duplicidade de prazos acarreta”.¹⁰⁹ Permite-se que o réu interponha “o recurso pessoalmente, por termo nos autos, devendo nessa hipótese ser intimado seu defensor para arrazoá-lo no respectivo prazo”, atentando-se, evidentemente, para a outra face da ampla defesa, que é a defesa técnica, indispensável e irrenunciável no processo penal.

O novel art. 581 estabelece que “caberá recurso da sentença e da decisão interlocutória”, definindo que “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito”, “decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” e “despachos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte”.

“Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário”: são os chamados atos de movimentação, levados a efeito pelos serventuários da justiça e que visam a dar andamento ao processo.

No Capítulo II, ao invés do vetusto recurso em sentido estrito, estabelece-se a possibilidade do agravo, retido nos autos ou por instrumento, ambos no prazo de dez dias (art. 582).

Em regra caberá o agravo retido, podendo ser de instrumento da decisão que:

1) “Receber a denúncia ou a queixa ou rejeitá-la parcialmente”; note-se: é cabível o recurso também para o recebimento da peça acusatória, *como para a rejeição parcial de ambas*.

(109) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais*, cit., p. 189.

- 2) "Declarar a incompetência do juízo".
- 3) "Rejeitar exceção processual".
- 4) "Pronunciar o acusado"; ressalta-se que este recurso "suspenderá tão-somente o julgamento".
- 5) "Deferir, negar, arbitrar, cassar, julgar idônea ou quebrada a fiança ou perdido o seu valor; deferir ou indeferir requerimento de prisão temporária ou preventiva, ou revogá-las; deferir ou indeferir liberdade provisória, relaxar ou manter a prisão em flagrante e deferir ou indeferir medidas cautelares"; observa-se que o "recurso da decisão que julgar quebrada a fiança suspenderá unicamente o efeito de perda da metade do seu valor".
- 6) "Declarar lícita ou ilícita a prova".
- 7) "Conceder ou negar liminar em *habeas corpus*".
- 8) "Indeferir pedido de extinção da punibilidade".
- 9) "Conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena".
- 10) "Anular parcialmente o processo".
- 11) "Suspender o processo".
- 12) "Julgar o incidente de falsidade".
- 13) "For proferida pelo juiz da execução", revogando-se implicitamente o art. 197 da Lei de Execução Penal.

O agravo retido "terá efeito apenas devolutivo e o agravo de instrumento terá também efeito suspensivo nos casos em que, a critério do juiz, sendo relevante a fundamentação do pedido, da decisão puder resultar lesão grave ou de difícil reparação" e será "interposto por petição dirigida ao juízo recorrido, acompanhada de razões endereçadas ao tribunal competente para o julgamento da apelação, com requerimento de que o tribunal dele conheça preliminarmente", dele não se conhecendo "se o agravante deixar de requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo tribunal".

Este tipo de agravo poderá também ser interposto oralmente, quando a respectiva decisão for proferida em audiência, "a constar do respectivo termo, expostas, no ato da interposição, as razões que justifiquem o pedido de nova decisão".

Já o agravo de instrumento, disciplinado no art. 586, "será interposto perante o juízo recorrido, com razões dirigidas ao tribunal competente, por meio de petição contendo os seguintes requisitos:

- 1) 'A exposição do fato e do direito'.
- 2) 'As razões do pedido de reforma da decisão'.
- 3) 'A indicação das peças a serem trasladadas ao instrumento'; quanto a este traslado, será 'realizado sem ônus pelo cartório, no prazo de cinco dias, e dele constarão, na ordem numérica das folhas do processo originário, cópias da denúncia ou queixa, aditamentos e respectivas decisões de recebimento ou

rejeição; da decisão agravada e certidão da respectiva intimação; da procuração ou nomeação de defensor do agravante e do agravado e demais peças indicadas pelo agravante'.

4) 'O nome e o endereço completo dos advogados constantes dos autos'".

"Art. 587. O agravado será intimado, independentemente de despacho do juiz, para responder no prazo de dez dias". Nessa resposta, ele "poderá indicar peças a serem trasladadas, sem ônus, pelo cartório, em cinco dias, e juntadas ao instrumento segundo a ordem numérica das folhas do processo originário".

Dispensa-se, no art. 590, a autenticação de cópias de peças, salvo dúvida sobre a autenticidade.

No art. 589 consagra-se o que parte da doutrina denomina impropriamente de efeito iterativo, regressivo ou diferido do recurso, mas que, na verdade, como ensinam Ada, Gomes Filho e Scarance, trata-se do que eles denominam de juízo de confirmação ou retratação, "que nada mais representa do que um aspecto do próprio efeito devolutivo" da via impugnativa,¹¹⁰ *in verbis*: "Se o juiz reformar a decisão agravada, a parte contrária poderá agravar, quando cabível, por simples petição, da nova decisão, sendo vedado ao juiz modificá-la e, às partes, apresentar novas razões".

Por fim, quanto ao agravo, abre-se uma possibilidade para disciplinar-se o seu julgamento no âmbito dos tribunais, ao se prescrever que "norma de organização judiciária poderá instituir órgão do tribunal para decidir sobre a admissibilidade do agravo de instrumento e o efeito suspensivo". Tal norma, a nosso sentir, poderá vir de uma lei ordinária estadual ou mesmo a partir do Regimento Interno do Tribunal.

No Capítulo III, temos a nova disciplina do recurso de apelação. Destarte, diz o art. 593 ser cabível este recurso, no prazo de quinze dias, da sentença. Por outro lado, a decisão proferida no Tribunal do Júri é também apelável quando: "ocorrer nulidade posterior à pronúncia; for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, caso em que o tribunal *ad quem* fará a devida retificação; houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança, caso em que o tribunal *ad quem* procederá à devida retificação; for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, caso em que o tribunal *ad quem* sujeitará o acusado a novo julgamento, não se admitindo, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação".

Permanece a regra estabelecida no § 4.º do art. 593, que traduz o chamado princípio da singularidade ou unirrecorribilidade dos recursos, pois "quando cabível a apelação, não se admitirá agravo, ainda que se recorra somente de parte da decisão".

⁽¹¹⁰⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no processo penal*, cit., p. 57.

Modificação radical e absolutamente necessária trouxe o art. 597, pois, privilegiando mais uma vez o princípio da presunção de inocência (ou, como outros preferem, o da não-culpabilidade), estabelece-se que a apelação da sentença condenatória terá efeito suspensivo; no entanto (e então está o avanço) pode “o juiz decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação”. Assim, tenha ou não bons antecedentes, seja ou não primário, recorra-se ou não à prisão, o apelo da defesa deverá ser sempre conhecido; de outro lado, só se manterá o apelante no cárcere ou submetido a outra medida cautelar, caso fundamentadamente se demonstre a *necessidade* da restrição.

Em conformidade com o art. 2.º, par. ún., da Lei de Execução Penal, estabelece-se que “durante o processamento da apelação, as questões relativas à situação do preso provisório serão decididas pelo juiz da execução, se necessário em autuação suplementar”, o que significa que é possível anteciparem-se os efeitos da sentença condenatória, sem se falar em execução provisória da pena, como de há muito defendeu o Prof. Rogério Lauria Tucci.¹¹¹

A apelação deverá ser interposta por petição dirigida ao Juiz da causa e conterá: “a designação de recorrente e recorrido; os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão”, permitindo-se ao assistente arrazoar “em cinco dias, após o prazo do Ministério Público”. Caso se trate de ação penal de iniciativa privada, o Ministério Público terá vista dos autos neste mesmo prazo. Caso haja “dois ou mais apelantes ou apelados, os prazos serão individuais e sucessivos”.

Quanto ao outro efeito deste recurso, leia-se o novo art. 604, *in verbis*: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”, sendo, “porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”, ressalvando, ainda, que se “a acusação ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”.

Aqui vale repetir as lições de Ada, Magalhães e Scarance:

“A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício”.¹¹²

Diz o projeto de lei que ao “receber a apelação, o juiz mandará dar vista ao apelado para responder”; caso haja dois ou mais apelados, os prazos serão individuais e sucessivos.

Note-se que sendo interposta apelação contra a decisão de *rejeição liminar* da denúncia ou queixa, “o acusado será citado pessoalmente para responder, va-

(111) Apud DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 188, em nota de rodapé de n. 324.

(112) Op. cit., p. 156.

lendo a citação para os termos ulteriores do processo". Providência extremamente salutar, pois, ainda que não haja processo, nem se tenha estabelecido a relação processual entre os três sujeitos principais, em face da ampla defesa esta medida se impõe, tal como no sistema atual se tem decidido quando se interpõe o recurso em sentido estrito do não recebimento da peça acusatória (RTJ 98/672, 98/679, 107/98; RT 552/403, 597/325, 607/358, 639/311 e 688/296).

E, para terminar este capítulo da apelação, duas últimas disposições:

"Art. 606. Apresentada a resposta, o juiz, se for o caso, reexaminará os requisitos de admissibilidade do recurso.

Parágrafo único. Findo o prazo para resposta, os autos serão remetidos à instância superior".

O Capítulo V trata do processo e do julgamento dos recursos nos Tribunais, respeitando-se, evidentemente, a Lei 8.038/90, as leis de organização judiciária, as Constituições Estaduais e os regimentos internos dos Tribunais.

Tanto é assim que se dispõe que as "câmaras, turmas, grupos ou outros órgãos fracionários terão a competência estabelecida pelas normas de organização judiciária".

No mais, são normas a serem obedecidas nos seguintes termos:

"Art. 610. Se a decisão desfavorável ao acusado, na apelação, tomada em órgão fracionário do tribunal, não for unânime, o processo será automaticamente colocado em pauta para reexame pelo órgão competente, pelo menos quinze dias após a publicação do resultado do julgamento.

§ 1.º O resumo dos votos vencedores e vencido, no julgamento da apelação, com seus fundamentos, constará da intimação do julgamento.

§ 2.º Os interessados poderão manifestar-se, por escrito, até a data do novo julgamento e sustentar oralmente na sessão", acabando com aquele odioso privilégio de apenas o representante do Ministério Público exarar parecer escrito em segunda instância, ferindo de morte o princípio do contraditório. Agora, além da defesa oral, o advogado do acusado poderá, tal como o representante do Ministério Público, oferecer suas alegações escritas, e depois daquele...

A esse respeito sempre nos pareceu que o parecer escrito do Procurador de Justiça na segunda instância, ainda que como *custos legis*, soava estranho, mesmo porque fiscal da lei também é o Promotor de Justiça atuante junto à primeira instância e, no entanto, nunca se dispensou a ouvida da defesa... Para nós, esse privilégio fere os princípios do contraditório (informação>reação), da isonomia (paridade de armas), do devido processo legal (a defesa fala por último) e da ampla defesa (direito de ser informado por último, bilateralidade da audiência).

A propósito, ouçamos a boa doutrina:

"Bem de ver é, porém, que na Justiça criminal se apresenta algo esdrúxula essa função consultiva do procurador-geral, uma vez que o Ministério Público

está constituído, precipuamente, como órgão da ação penal e da pretensão punitiva do Estado. Além disso, não se compadece muito com a estrutura contraditória do processo penal pátrio, e com as garantias de defesa plena do réu, que fale em último lugar um órgão investido de funções nitidamente persecutórias. Daí se nos afigurar errônea e infeliz a disposição contida no art. 610 do CPP, sobre a abertura de vista ao procurador-geral".¹¹³

"Mal saídos de uma fatigante atividade combativa, assumem função completamente imparcial, própria dos fiscais da lei e, muitas vezes, com várias e honrosas exceções, o *custos legis* é traído pelo Acusador, quebrando, assim, uma regra decorrente do devido processo legal, segundo a qual a Defesa fala por último... E, para evitar essas traições, a nosso ver, deveria o Ministério Público, na segunda instância, limitar-se à análise dos processos sob o aspecto formal, deixando a apreciação do mérito aos Tribunais".¹¹⁴

"A esta altura pergunta-se: no processo penal, quando o processo atinge o grau recursal qual das partes fala por último? O réu ou o Ministério Público? Os arts. 610 e 613 do CPP nos dão a resposta: o Ministério Público manifesta-se depois da defesa e, ordinariamente, a defesa sequer tem vista do que foi oficiado pelo Ministério Público – a não ser que requeira vista dos autos e se lhe for concedida. Alguns autores fundamentam tais incompreensíveis dispositivos legais com a função de fiscal da lei que o Ministério Público desempenharia nos recursos criminais. Ora, não se pode confundir a função de parte com a de fiscal da lei. No processo criminal por ação de iniciativa pública é o Ministério Público, uno e indivisível, quem oferece denúncia; é ele quem postula a aplicação da sanção penal; e é ele quem, mesmo em grau de recurso, tem legitimidade para sustentar oralmente o recurso do promotor, visando, até, à majoração da pena. Então, não se pode falar que o mesmo órgão público, o mesmo órgão do Estado, possa ser, ao mesmo tempo, fiscal da lei e parte, a ponto de, na instância recursal, desaparecer a parte, permanecendo apenas o fiscal da lei, em uma estranha ação penal sem autor".¹¹⁵

Complementando o nosso estudo sobre o art. 610, o seu § 3.º estabelece: "O órgão competente para o reexame será composto de modo a garantir a possibilidade de reversão do julgamento". Por sua vez, o § 4.º diz que a "decisão da

(113) MARQUES, José Frederico, op. cit., vol. IV, p. 213.

(114) TOURINHO FILHO, op. cit., p. 318.

(115) CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 85. Nesta obra, em carta dirigida ao autor, Tourinho Filho reafirma a sua posição acima transcrita, nos seguintes termos: "Todos sabemos que os Procuradores eram Promotores. Como podem eles, da noite para o dia, perder a agressividade acusatória para adquirir a serenidade da toga? Com raríssimas exceções, os Procuradores quando se manifestam nas apelações e nos recursos em sentido estrito deixam entrever, com clareza, que o cordão umbilical que os liga à parte acusadora não foi cortado... Sendo assim, como podem atuar com imparcialidade? Ademais, como a defesa deve falar por último, a rigor, os autos deveriam sair da Procuradoria e ser encaminhados à OAB..." (p. 1).

apelação não terá eficácia enquanto não for cumprido o disposto no *caput* deste artigo" (veja a transcrição acima).

"Art. 611. Salvo o caso de requerimento expresso e destacado de efeito suspensivo no agravo de instrumento, este, após distribuição ao relator, irá, de imediato, independentemente de despacho, ao Ministério Público, para parecer em dez dias.

Parágrafo único. O relator, ou órgão instituído por norma de organização judiciária, decidirá sobre a concessão ou não do efeito suspensivo e comunicará ao juízo a sua decisão, remetendo-se após os autos ao Ministério Público para parecer.

Art. 612. Salvo disposição expressa em contrário, conclusos os autos, o relator os examinará em dez dias, enviando-os, em seguida, quando for o caso, ao revisor por igual prazo.

Parágrafo único. Os autos serão enviados à mesa de julgamento pelo relator ou revisor, conforme o caso.

Art. 613. Haverá revisor somente em recursos de apelação relativos a processos por crimes punidos com pena máxima superior a quatro anos.

Art. 614. No caso de impossibilidade de observância de qualquer dos prazos pelo julgador, os motivos da demora serão declarados nos autos.

Art. 615. O tribunal decidirá por maioria de votos.

§ 1.º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; caso contrário, prevalecerá o mais favorável ao acusado.

§ 2.º O resultado do julgamento será proclamado pelo presidente após a tomada dos votos, observando-se, sob sua responsabilidade, o seguinte:

I – prevalecendo o voto do relator e ressalvada a hipótese de retificação da minuta de voto, o acórdão será assinado ao final da sessão de julgamento ou, no máximo, em cinco dias;

II – no caso de não prevalecer o voto do relator, o acórdão será assinado pelo relator designado, sendo obrigatória a declaração de voto vencido, se favorável ao acusado;

III – no caso de retificação da minuta de voto, o acórdão será assinado no prazo máximo de dez dias;

IV – a secretaria do tribunal fará publicar, no dia subsequente à assinatura do acórdão, a intimação, iniciando-se, a partir desta, o prazo para eventual recurso".

O capítulo VI, tal como hoje, trata dos embargos de declaração, nos arts. 618 e 619. Acaba com aquela dicotomia, ou seja, "unificou em uma só disposição, a previsão dos embargos de declaração contra sentença e acórdão, previstos no

Código de Processo Penal em artigos distintos: 382, para a sentença, e 619, relativamente ao acórdão".¹¹⁶

Assim, caberão embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição ou "for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal".

Eles só terão efeito modificativo "na medida do esclarecimento da obscuridade, da eliminação da contradição ou do suprimimento da omissão", podendo, a nosso ver, inclusive, dar azo à modificação substancial da decisão, inclusive para alterar-se a pena, em caso de evidente contradição entre o *decisum* e a pena aplicada. Como dizem, mais uma vez, Ada, Gomes e Scarance, "a realidade dos fatos mostra que a decisão dos embargos declaratórios pode, por vezes, ter efeito *infringente*, modificando o primeiro julgado". Para eles não há razão em não se admitir este efeito infringente para aumentar a pena, pois "é preferível corrigir o erro em embargos de declaração – nos limites da contradição ou omissão – do que chegar ao mesmo resultado pela via de outro recurso".¹¹⁷

Unificando-se as hipóteses dos embargos, unifica-se também o respectivo prazo, que será de cinco dias, opostos "em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo" (não se admite, como nos Juizados Especiais Criminais, a interposição oral). "O relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, independentemente de intimação, proferindo voto".

Terminando com a omissão do atual Código, firma-se que "os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes". Observa-se que outra é a disposição nos Juizados Especiais Criminais, quando haverá a suspensão do prazo (art. 83, § 2.º).

No novo Capítulo VII (Do recurso especial e do recurso extraordinário), e em apenas um artigo, está dito: "Art. 620. O recurso especial e o recurso extraordinário serão processados e julgados na conformidade da lei específica e, na forma estabelecida pelos regimentos internos". Leiam-se os arts. 102, III, e 105, III, da CF/88, Lei 8.038/90, regimentos internos do STJ e STF e suas respectivas súmulas, atentando-se que a "Lei 8.950/94 não revogou as disposições da Lei 8.038/90, relativamente ao processo penal", como afirmam os mesmos Ada, Gomes e Scarance (op. cit., p. 268).

Acrescentou-se a este Livro III, o Título III que tratará das ações de impugnação. No Capítulo I regula-se a revisão criminal, aditando-se apenas dois parágrafos ao art. 623, pelos quais no "STF e no STJ o processo e julgamento obedecerão ao que for estabelecido no respectivo regimento interno" e nos "tribunais estaduais o julgamento será efetuado pelas câmaras ou turmas criminais, reunidas em sessão conjunta, ou pelo tribunal pleno".

⁽¹¹⁶⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais*, cit., p. 193.

⁽¹¹⁷⁾ *Recursos no processo penal*, cit., p. 239.

No Capítulo do *Habeas Corpus* alterou-se apenas o art. 664, *in verbis*:

“Art. 664. Recebidas as informações, ou dispensadas, o Ministério Público terá vista dos autos por cinco dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar sobre o decurso do prazo.

§ 1.º Decorrido o prazo, com ou sem manifestação, o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

§ 2.º Se o impetrante o requerer, destacadamente, na impetração, será intimado da data do julgamento.

§ 3.º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente”.

Para nós teria sido interessante que a lei, acompanhando o entendimento hoje pacífico da jurisprudência, e espancando dúvidas, previsse a possibilidade da concessão de liminar em *habeas corpus*, acaso patentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Olvidou-se, outrossim, de disciplinar o mandado de segurança em matéria criminal, nada obstante sabermos que a regulamentação legal da matéria encontra-se na Lei 1.533/51, mas nada custaria adequar-se aquela lei às peculiaridades do sistema processual penal, com todas as características próprias de seus atos processuais. Uma pena!

De mais a mais, revogam-se os arts. 594 e 595 (sobre os quais já nos referimos acima), 600 (que trata da apelação e em relação à qual já se tem nova disciplina), 607 e 608 (acabando com o protesto por novo Júri), 637 e 638 (que tratam do recurso extraordinário, o que permitirá que, pendente ainda o recurso extraordinário, possa o recorrente aguardar em liberdade o seu julgamento, tudo em consonância com o princípio da presunção de inocência) e o Capítulo IX do Título II do Livro III (extinguindo a Carta Testemunhável – arts 639 a 646, “tornada desnecessária ante o novo formato do agravo de instrumento, cuja agilidade e praticidade, diante do atual recurso em sentido estrito, é evidente”, conforme se lê na respectiva exposição de motivos) do Código de Processo Penal.